

QUESTIONI APERTE

Intercettazioni

La decisione

Intercettazioni indirette “casuali” - Autorizzazione *ad actum* “postuma” - Organo funzionalmente competente - Giudice per le indagini preliminari - Esercizio azione penale - Incompetenza funzionale - Abnormità (Cost., artt. 68; C.p.p., art. 178; L. n. 140 del 2003, artt. 4 e 6)

È abnorme il provvedimento con il quale il Giudice per le indagini preliminari, dopo l'esercizio dell'azione penale, in violazione della disciplina sulla competenza funzionale, richiama, alla Camera d'appartenenza, la c.d. “autorizzazione postuma” necessaria per l'utilizzo processuale delle intercettazioni indirette “casuali” riguardanti il parlamentare.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 4 marzo 2020 (ud. 29 novembre 2019) - ROSI, *Presidente* - SCARCELLA, *Relatore* - PICARDI, *Procuratore Generale* - MAIETTA, *Ricorrente*.

La competenza funzionale.

Tra anomia legislativa e dinamismo interpretativo.

Se si conviene sul fatto che l'incompetenza funzionale equivale al disconoscimento dei criteri interni che sovrintendono la ripartizione di attribuzioni giurisdizionali, allora non è difficile comprendere il perché all'anomia legislativa si è contrapposto, nel corso degli anni, un forte dinamismo interpretativo che ha permesso di circostanziare, vieppiù con estremo rigore, i lineamenti essenziali dell'istituto altresì individuando efficaci strumenti di controllo, preventivi e repressivi, nei casi di sua violazione. La sentenza qui in commento costituisce senz'altro un esempio di “buona” nomofilachia ponendosi nel solco di un'elaborazione teorica oramai secolare ed andando a sanzionare un provvedimento in cui l'arbitrario esercizio di poteri, in realtà, non spettanti ha rischiato non solo di sovvertire, sviandola, la corretta fisiologia processuale ma anche di pregiudicare i difficili equilibri tra diversi poteri dello Stato.

Functional competence. Between legislative anomaly and interpretative dynamism

If we agree that the functional incompetence can be seen as a repudiation of the internal criteria which rule the repartition of jurisdictional powers, it is not difficult to understand the reason why, before a lacking of legislation, an interpretative dynamism has grown, allowing not only to strictly define the essential features of the legal institution, but also to identify effective control tools, both preventive and repressive, in the case of its violation. The judgment here analysed constitutes undoubtedly an example of “good” nomophylax, on the heels of a secular theoretical elaboration, and it sanctions a decision in which the discretionary exercise of not legitimized powers risked to overthrow the correct processual physiology and to affect the difficult balance between powers of the State

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione. - 2. La tutela immunitaria approntata dall'art. 68, co. 3, Cost. e le autorizzazioni previste dagli artt. 4 e 6 della L. n. 140/03. - 3. La competenza funzionale. - 4. L'incompetenza funzionale: tra prevenzione e repressione. - 5. [Segue] Un'ipotesi sanzionatoria “alternativa” limitata all'atto avente contenuto probatorio. - 6. Conclusioni.

1. *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione.* Con una senten-

za particolarmente apprezzabile, sia per la soluzione offerta che per l'approfondimento giuridico e la vastità delle tematiche trattate¹, la Corte di Cassazione non può far altro che dichiarare l'abnormità dell'ordinanza emanata dal Giudice per le indagini preliminari di Latina², il quale, dopo l'esercizio dell'azione penale e nel mentre si stava celebrando il processo di primo grado, disponeva, ai sensi dell'art. 6, co. 2, della L. n. 140 del 20 giugno 2003, l'inoltro, alla Camera dei Deputati, di alcune intercettazioni in cui figurava, nella veste di interlocutore indiretto, uno degli imputati, all'epoca dei fatti Parlamentare della Repubblica.

In particolare, l'organo nomofilattico, alla stregua di una meticolosa ricostruzione del sistema afferente alle immunità parlamentari, così come delineato dalla Costituzione *sub* art. 68, e della correlata disciplina delle autorizzazioni *ad acta*, perviene ad isolare l'indicata invalidità processuale ricordando che ogni provvedimento giurisdizionale, per potersi considerare validamente emesso, deve conformarsi, oltreché ai tre criteri codicistici di attribuzione della competenza, *id est* «competenza per materia, competenza per territorio e competenza per connessione», anche ai principi enucleati, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in tema di competenza funzionale, ovvero sia quella specifica «competenza a svolgere determinati procedimenti o particolari fasi o gradi del procedimento o a compiere determinati atti»³.

Ragion per cui, una volta conclusa la fase investigativa, in assenza di regressione processuale, il giudice di cui all'art. 328 c.p.p. «ha esaurito il suo potere»⁴ e l'ostinato ricorso allo *ius dicere* determina una non contemplata ultrattività della propria funzione «la quale concorrerebbe, intersecandola, con quella “generale” del giudice del dibattimento e darebbe luogo ad un regime privo di riscontro nella sistematica del codice di rito»⁵.

¹ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, *inedita*, 1 ss.

² G.i.p. Latina, 2 agosto 2019, Maietta, *inedita*, 1 ss.

³ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, *cit.*, 10 s.

⁴ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, *cit.*, 11.

⁵ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, *cit.*, 11. Nell'affermare ciò, la Corte di Cassazione si ispira all'insegnamento di Corte cost., n. 255 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 409 ss., che veniva investita d'incidente di costituzionalità dell'art. 224 c.p.p. in relazione agli artt. 2 e 15 Cost. in quanto il remittente dubitava che il procedimento di trascrizione delle intercettazioni, attivato direttamente in dibattimento, garantisse la riservatezza delle conversazioni manifestamente irrilevanti e, a tal riguardo, ipotizzava, implicitamente, un'ultrattività delle funzioni del Giudice per le indagini preliminari, il quale, pur in costanza di processo, sarebbe rimasto competente per disporre la trascrizione prevista dall'art. 268 c.p.p. e curare tutti gli adempimenti connessi. Egesi normativa che, idealizzando una sovrapposizione di competenza funzionale tra due diversi giudici, ognuno dei quali, per giunta, deputato a valutare una differente fase del procedimento, determinava la manifesta inammissibilità dell'ordinanza di remissione sul presupposto che «il giudice *a quo* invoca una pronuncia a carattere manipolativo i cui contenuti

Di qui, l'abnormità dell'ordinanza impugnata, meritevole di annullamento senza rinvio poiché «cagionata dall'esercizio, da parte del giudice, di un potere non attribuitogli, oppure, previsto, ma esercitato in una situazione radicalmente diversa da quella configurata dalla legge»⁶.

L'enunciazione di tale principio, senz'altro convincente, induce ad un'accurata riflessione in ordine all'istituto della competenza funzionale ed alle eventuali sanzioni che si potrebbero profilare nel caso di sua inosservanza; non senza, però, aver premesso alcune brevi considerazioni sul regime di utilizzabilità che l'ordinamento interno riserva alle intercettazioni di conversazioni, telefoniche ed ambientali, che, direttamente o indirettamente, vengono a coinvolgere soggetti insigniti di mandato rappresentativo presso una delle due assemblee legislative nazionali.

2. *La tutela immunitaria approntata dall'art. 68, co. 3, Cost. e le autorizzazioni previste dagli artt. 4 e 6 della L. n. 140/03.* Come noto, nella sistematica processualpenalistica, l'accezione "immunità"⁷ designa «l'insieme delle situazioni in cui alla commissione di fatti previsti dalla legge come reato non seguono per determinati soggetti conseguenze penali»⁸.

Il nostro ordinamento, accanto a quelle di diritto internazionale⁹, annovera un

appaiono non soltanto non costituzionalmente obbligati, ma addirittura fortemente "creativi", in quanto derogatori rispetto alle coordinate generali del vigente sistema processuale [...] il risultato cui mira il giudice a quo [...] è inequivocamente quello di devolvere al giudice per le indagini preliminari, anche a dibattimento in corso, le operazioni di selezione e trascrizione delle intercettazioni nei modi previsti dall'art. 268 cod. proc. pen., senza, peraltro, che ciò determini la regressione del procedimento [...] in tal modo, si verrebbe, peraltro, ad introdurre una competenza funzionale specifica del giudice per le indagini preliminari in materia di acquisizioni probatorie, destinata ad operare anche dopo che la fase delle indagini preliminari si è conclusa, la quale concorrerebbe, intersecandola, con quella "generale" del giudice del dibattimento: regime, questo, privo di riscontro nella sistematica del codice di rito».

⁶ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, cit., 11.

⁷ Espressione che, come ricorda ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, 11, originariamente, indicava l'esenzione da *munera publica*, ossia una posizione di vantaggio, di sostanziale privilegio, accordata a determinati soggetti.

⁸ RICCIO, *Immunità*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1992, 6, 176, che, tra l'altro, alla pagina successiva, puntualizza: «per indicare le stesse situazioni in luogo di immunità viene talvolta usato indifferentemente il termine "privilegio" oppure "prerogativa". Ma mentre "immunità" ha un significato neutro, adattandosi a situazioni del tutto eterogenee, non così è per gli altri usati come sinonimi. Definendo privilegio la situazione giuridica di esenzione dalla pena, si sottolinea il carattere individuale ed eccezionale della posizione soggettiva. Prerogativa indica invece un nesso tra la suddetta situazione del soggetto e l'esercizio della carica, il ruolo che egli svolge [...] nonostante la consapevolezza che non è certo il termine usato quello che connota univocamente la funzione delle immunità, è utile precisare che quelle regolate dal diritto interno (artt. 68 e 90 Cost.) si pongono nell'attuale ordinamento come prerogative, ovvero sono in funzione del ruolo o della carica e a garanzia del libero svolgimento di quest'ultima».

⁹ Sul tema, CARLINO, *Genesis e fondamento delle immunità diplomatiche*, Roma, 1915, 1 ss.; COCCIA,

fitto reticolo di immunità di diritto pubblico, tra le quali – per i fini che qui interessano – acquisiscono precipuo rilievo le immunità parlamentari¹⁰. Segnatamente, l'art. 68¹¹, co. 3, Cost., nel testo interpolato dalla L. cost. n. 3

Osservazioni sull'immunità penale dei parlamentari europei, in *Riv. dir. inter.*, 1985, 68, 824 ss.; CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1979, 455 ss.; DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Napoli, 1996, 1 ss.; DOMINIONI, *Immunità, extraterritorialità e asilo nel diritto penale internazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 378 ss.; GINATTA, *In tema di immunità del console straniero dalla giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1971, 7, 341 ss.; GIULIANO, *Le relazioni e immunità diplomatiche*, Milano, 1968, 1 ss.; MALINTOPPI, *Diplomatici agenti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 7, 590 ss.; MARAZZI, *Immunità diplomatiche*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, 8, 196 ss.; MARAZZATO, *Sulle prime affermazioni dell'immunità penale del Pontefice*, in *Annali Triestini*, 1945, 3-4, 1 ss.; MIELE, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, 1961, 1 ss.; PERASSI, *Consoli ed agenti diplomatici: immunità in materia penale*, in *Riv. dir. intern.*, 1933, 238 ss.; PETTA, *La Costituzione e la Convenzione sullo status delle truppe della Nato*, in *Giur. cost.*, 1973, 18, 977 ss.; POLITI, *Giurisdizione penale sul personale della Nato e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1974, 470 ss.; SEMINARA, *L'immunità penale dei membri del Parlamento europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 128 ss.; TANZI, *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, Padova, 1991, 1 ss.; TOMMASI DI VIGNANO, *Immunità e privilegi dei funzionari internazionali*, Padova, 1961, 13 ss.; ZECCHINO, *Immunità dei membri del Parlamento europeo e art. 3 della costituzione*, in *Giur. mer.*, 1981, 3, 776 ss.

¹⁰ A livello storico, è interessante notare come l'istituto delle immunità parlamentari si sia consolidato parallelamente alla nascita dei parlamenti moderni, per garantire ai relativi membri il diritto di espressione e di critica rispetto al Re. La prima proclamazione risale, infatti, al *Bill of Rights* del 1689 che garantiva *"the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament"*, una vera e propria conquista dei parlamentari inglesi rispetto al Sovrano ed ai giudici da questi nominati, dopo la *Glorious revolution*. La tradizione di tutela delle assemblee elettive, in nome della loro supremazia sugli altri organi statali, si è poi sedimentata nella Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 (art. I, sez. 6^a), con la c.d. *"Speech or Debate Clause"*, e nella Costituzione francese del 1791 che, agli artt. 7 e 8, dichiarava *"inviolables"* i rappresentanti della Nazione e garantiva che, in caso di arresto per flagranza o di mandato di cattura, *"en sera donnè avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation"*. Al pari delle altre Costituzioni ottocentesche, lo Statuto albertino declinava entrambe le classiche forme della prerogativa: da una parte, insindacabilità *"per ragione delle opinioni da loro emesse e dei voti dati nelle Camere"* (art. 51) e, dall'altra, inviolabilità personale per senatori e deputati (artt. 37, 45 e 46). Il progetto di Costituzione repubblicana inserì, fin dall'inizio, la duplice garanzia dell'insindacabilità e dell'invioabilità (art. 65), approvate in Assemblea costituente, nella seduta del 10 ottobre 1947, senza soverchie discussioni, quale deroga ai principi dello stato di diritto, in ragione dell'autonomia e dell'indipendenza delle Camere, rappresentative della volontà popolare, per restringere e tendenzialmente eliminare le intrusioni e le influenze di altri centri decisionali sulla composizione e sull'attività del Parlamento. Di conseguenza, il testo dell'art. 68 Cost., originariamente vigente, affiancava la garanzia dell'insindacabilità a quella dell'invioabilità, che veniva riconosciuta sia rispetto a specifici atti limitativi della libertà personale e domiciliare dei membri delle Camere (autorizzazione preliminare per arresto e perquisizioni), che come generale autorizzazione per sottoporre deputati e senatori a procedimento penale (c.d. autorizzazione a procedere), quali condizioni di legittimità dei provvedimenti e del procedimento.

¹¹ In generale, sulle immunità parlamentari, BARBERA, *I Parlamenti*, Roma, 2015, 1 ss.; BUONOMO, *La questione dell'immunità parlamentare*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di BENE, Bari, 2018, 209 ss.; CARNEVALE, *Insindacabilità per atti funzionali. I parlamentari - Profili processuali*, in *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di ORLANDI, PUGIOTTO, Torino, 2005, 99 ss.; CERASE,

del 29 ottobre 1993¹², stabilisce che, «per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni», è necessario ottenere una speciale autorizzazione dalla Camera d'appartenenza.

sub art. 68, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Torino, 2006, 2, 1316 ss.; CHIEPPA, *Le prerogative parlamentari*, in *I controlli sul potere: immunità parlamentare, reati dei ministri, continuità e indipendenza della Corte costituzionale, iniziativa del cittadino per la difesa immediata della Costituzione*, Firenze, 1967, 31 ss.; DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di MANIACI, Milano, 2006, 271 ss.; GIORGIS, *Le immunità parlamentari nella legge di attuazione e nelle proposte costituzionali di modifica*, in *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, a cura di CARLASSARE, Padova, 2003, 125 ss.; GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, 1 ss.; LASORELLA, POSTERARO, *Prerogative parlamentari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, 24, 1 ss.; LOJACONO, *Le prerogative dei membri del Parlamento (art. 68 della Costituzione)*, Milano, 1954, 1 ss.; LONG, *Commento all'art. 68 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1986, 185 ss.; MANNUZZU, *Immunità parlamentari e processo democratico*, in *Politica del diritto*, 1982, 1, 71 ss.; MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Milano, 2002, 1 ss.; MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, 1999, 1 ss.; MORETTI, sub art. 68, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di CRISAFULLI, PALADIN, Padova, 1990, 409 ss.; ID., *Sui limiti delle immunità parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1976, 4, 751 ss.; PAGLIARO, *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 20, 213 ss.; PACELLI, *La posizione giuridica di membro del Parlamento*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1969, 25, 461 ss.; RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 415 ss.; TONINI, *La prerogativa parlamentare ed il proscioglimento nel merito*, in *Foro it.*, 1982, 9, 385 ss.; TRAVERSA, *Immunità parlamentari*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 20, 178 ss.; ZANGARA, *Prerogative: riserva rinforzata di potere esclusivo*, Milano, 1969, 1 ss.; ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, 10, 3 ss.

¹² NEGRI, *Immunità parlamentare (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II° Annali, II° Tomo, Milano, 2008, 2, 692, sottolinea che «la l. cost. n. 3 del 1993 abolì due capisaldi storici dell'immunità a tutela dei membri dell'Assemblea legislativa: il divieto di instaurare il processo penale contro un parlamentare e quello di eseguire la condanna ad una pena detentiva, senza il preventivo nulla osta della Camera competente. Cadde dunque, in quel singolare frangente, l'istituto dell'autorizzazione a procedere, ormai avvertito come ingiustificato privilegio personale [...] mentre rimuoveva l'impedimento ad iniziare il processo e ad eseguire la condanna, il legislatore costituzionale aveva perciò mantenuto ferme le ipotesi di autorizzazione *ad acta* contemplate nel testo originario dell'art. 68 cost., anzi aveva esteso la tutela, con la sostituzione del comma 3, alla libertà di comunicazione del parlamentare; l'elenco iniziale, che comprendeva le perquisizioni e i provvedimenti limitativi della libertà personale, si è arricchito così delle intercettazioni e del sequestro di corrispondenza». Il passaggio da un sistema basato sull'autorizzazione a procedere ad altro concepito attorno alle autorizzazioni *ad acta*, ove ogni singola immunità è collegata alla specifica funzione che il parlamentare ricopre, limite entro il quale può essere accordata l'eccezionale protezione, è ricostruito da BARBIERI, *L'autorizzazione ad acta nei confronti di parlamentari*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 449 ss.; CONSO, *Autorizzazione al processo, autorizzazioni a singoli atti*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 137 ss.; GIOCOLI NACCI, *Autorizzazione a procedere: istituto obsoleto o attuale?*, in *Amministrazione e politica*, 1992, 6, 3 ss.; LASORELLA, *L'autorizzazione a procedere in giudizio: nuove tendenze e progetti di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, 2, 367 ss.; MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione "ad acta"*, Padova, 1999, 1 ss.; ORLANDI, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, 1994, 1 ss.; ID., *La riforma dell'art. 68 Cost. e la normativa di attuazione: l'autorizzazione a procedere al traghetto dall'una all'altra legislatura*, in *Leg. pen.*, 1994, 3, 541 ss.; PRESUTTI, *Autorizzazione a procedere e riforma della immunità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1993, 2, 1437 ss.; ZAGREBELSKY, *La riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Il corriere giuridico*, 1994, 1, 281 ss.

La disposizione, connaturata al valore costituzionale della sovranità popolare, introduce uno spettro di tutela destinato ad operare nell'interesse «generale al libero esercizio della funzione parlamentare», da intendersi quale «situazione giuridica che vede l'organo parlamentare unico destinatario di un sistema di garanzie solo formalmente attribuite ai suoi membri»¹³.

In questa prospettiva, obiettivo della prerogativa è quello di «proteggere l'integrità di composizione e la piena autonomia decisionale delle assemblee legislative da attività giudiziarie illegittime»¹⁴, più precisamente «dal rischio che strumenti investigativi di particolare invasività [...] possano essere impiegati con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione»¹⁵; si vuole, in altri termini, evitare «che l'ascolto dei colloqui riservati da parte dell'autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo»¹⁶.

Se, allora, lo scopo è preservare «l'indipendenza del potere politico contro ogni indebita ingerenza suscettibile di alterare la reciproca parità e la necessa-

¹³ GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Padova, 2000, 26 s. *Contra* ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, cit., 56, che osserva: «non è forse vero che la tutela dell'autonomia e indipendenza delle Camere (cioè del loro carattere di organi sovrani) è il frutto della posizione dei singoli (e non invece - come si vorrebbe - del contrario)?». Quest'ultima tesi è stata ripresa da GIORGIS, *La legge di attuazione dell'art. 68 Cost.: un'occasione perduta dal Parlamento per iniziare ad arginare un uso distorto delle prerogative dei propri membri?*, in www.costituzionalismo.it, 10 novembre 2003, 6, secondo il quale l'art. 68 Cost. è norma posta a garanzia del singolo parlamentare «ossia, una norma che prevede una garanzia di carattere innanzitutto individuale».

¹⁴ Cass., Sez. III, 29.11.2019, Maietta, cit., 6.

¹⁵ Corte cost., n. 390 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4367 ss., con commenti di CHIAIA, *Utilizzabilità delle intercettazioni di comunicazioni. Il riequilibrio del sistema procedimentale penale operato dalla sentenza n. 390 del 2007*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1 ss.; FORTUNA, *Le intercettazioni "indirette" e l'interlocutore "abituale": tutela della funzione parlamentare o guarentigie "speciali"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, 1 ss.; GIOSTRA, *Intercettazioni con blocco preventivo*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 ottobre 2007, 23; ID., *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, in *Cass. pen.*, 2008, 57 ss.; GIUPPONI, *Le intercettazioni "indirette" nei confronti dei parlamentari e la legge n. 140/03: cronaca di un'illegittimità costituzionale preannunciata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1 ss.; GREVI, *I privilegi smantellati*, in *Il Corriere della Sera*, 27 ottobre 2007, 46; ID., *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni "indirette" (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del parlamento*, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4385 ss.; LA SPADA, *Intercettazioni "indirette": consentita l'utilizzabilità nei soli confronti dei soggetti terzi*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, 1 ss.; MARALFA, *Le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei membri del Parlamento, anche in forma indiretta o casuale, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 19/11/2007, n. 390*, in www.neldiritto.it, dicembre 2007, 19, 1 ss.; NEPPI MODONA, *Intercettazioni, le due misure della riservatezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 novembre 2007, 27; ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasionalmente" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in www.federalismi.it, 5 dicembre 2007, 23, 1 ss.

¹⁶ Corte cost., n. 390 del 2007, cit., 4381.

ria distinzione tra i poteri dello Stato»¹⁷, *a fortiori* quando l'invasione di campo assume i connotati del *fumus persecutionis*¹⁸, non è difficile comprendere le ragioni per cui la prescrizione impartita dal terzo comma dell'art. 68 Cost. costituisca il «sacrificio minimo indispensabile dei valori di libertà ed indipendenza della funzione parlamentare»¹⁹.

Ciò posto, deve osservarsi come la disposizione costituzionale abbia trovato attuazione, venendo tradotta in «regole di dettaglio»²⁰, per merito della L. n. 140/03²¹ che, all'art. 4, onera la magistratura del «potere-dovere»²² di dotarsi della consentanea autorizzazione *ad actum*, qualora intenda avviare intercettazioni, di qualsiasi genere, nei confronti di un parlamentare.

¹⁷ Corte cost., n. 13 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, 43.

¹⁸ Secondo la definizione fornita da PIZZORUSSO, *Dissonanze e incomprensioni tra la concezione penalistica e la concezione costituzionalistica delle immunità parlamentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 2, 582 s., con *fumus persecutionis* si intende quella situazione in cui sussistono «concreti indizi che l'esercizio penale ha carattere strumentale e comporta una minaccia all'indipendenza parlamentare».

¹⁹ Corte cost., n. 188 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2221 ss., annotata da PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la "decisività" del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2236 ss.

²⁰ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, cit., 7.

²¹ Per un'analisi alla L. n. 140/03, si rinvia a BRICCHETTI, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 4)*, in *Leg. pen.*, 2004, 37 ss.; DI BUGNO, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 5)*, cit., 41 ss.; FASSONE, *Intercettazioni e immunità: primi problemi posti dalla legge 140/2003*, in *Cass. pen.*, 2004, 1, 4 ss.; LIBONE, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 8)*, cit., 65 ss.; ID., *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 9)*, cit., 72 s.; MARTINELLI, *Legge n. 140 del 2003: attuazione o violazione della Costituzione*, in *Studium Iuris*, 2004, 1, 34 ss.; MENGONI, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 2)*, cit., 20 ss.; MENGONI, MANZIONE, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 3)*, cit., 22 ss.; NEGRI, MARZADURI, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 1)*, cit., 5 ss.; PACE, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 3, 5 ss.; SANDRI, *L'attuazione dell'art. 68 della Costituzione: vecchi interrogativi e inquietanti novità*, in *Questione Giustizia*, 2001, 1, 62 ss.; SELMI, DI BUGNO, LIBONE, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 6)*, cit., 46 ss.; SELMI, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 7)*, cit., 65.

²² NEGRI, *Immunità parlamentare (diritto processuale penale)*, cit., 698.

Com'è evidente, tale autorizzazione, da un punto di vista strutturale, si configura come limitazione preventiva e condizione di legittimità al compimento del suddetto atto d'indagine²³; ed infatti, un ingranaggio procedimentale di stampo garantista²⁴ affida agli stessi elettori, per il tramite del voto formulato dalla maggioranza dei loro rappresentanti, la decisione circa la sussistenza dei presupposti necessari per addivenire ad una temporanea compressione di sovranità.

Sul punto, vale la pena precisare che, per far scattare l'operatività del meccanismo poc'anzi descritto, ciò che rileva non è tanto la titolarità o la disponibilità materiale dell'utenza (ovvero del luogo in cui è effettuata l'intercettazione ambientale) in capo al parlamentare, quanto, piuttosto, la direzione dell'atto di indagine; ove quest'ultimo sia, strumentalmente, proteso ad attingere la sfera di comunicazioni del politico, attraverso l'ascolto delle conversazioni di suoi abituali interlocutori, allora non ci si potrà sottrarre alla richiesta del "nulla osta" preventivo²⁵.

Inequivoca la *ratio* da cui prende le mosse il principio: scongiurare che da «un uso distorto del potere giurisdizionale»²⁶ possa derivare la «surrettizia elusione della garanzia dell'autorizzazione preventiva: elusione che si realizzerebbe allorché, attraverso la sottoposizione ad intercettazione di utenze telefoniche o luoghi appartenenti formalmente a terzi – ma che possono presumersi frequentati dal parlamentare – si intendono captare, in realtà le comunicazioni di quest'ultimo»²⁷.

²³ Così MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, II° Annali, I° Tomo, Milano, 2007, 2, 80 ss. Peraltro, si noti come la conclusione, a livello legislativo, trovi riscontro nel testo dell'art. 343 c.p.p. e dell'art. 6, co. 5 e 6, L. n. 140/03, secondo cui gli atti aventi natura probatoria, in assenza della prescritta autorizzazione, sono inutilizzabili e devono essere distrutti.

²⁴ In merito alla *ratio* garantista delle autorizzazioni *ad acta*, ORLANDO, *Immunità parlamentare ed organi sovrani*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, 1 ss.; SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 236 ss.; ZANGARA, *Le prerogative costituzionali*, Padova, 1970, 33 ss.

²⁵ Il principio è stato enunciato da Corte cost., n. 390 del 2007, cit., 4381: «al riguardo, va infatti osservato che la norma costituzionale vieta di sottoporre ad intercettazione, senza autorizzazione, non le utenze del parlamentare, ma le sue comunicazioni: quello che conta – ai fini dell'operatività del regime dell'autorizzazione preventiva stabilito dall'art. 68, terzo comma, Cost. – non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto di indagine. Se quest'ultimo è volto, in concreto ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengono a terzi».

²⁶ Corte cost., n. 390 del 2007, cit., 4381.

²⁷ Corte cost., n. 390 del 2007, cit., 4381, che, inoltre, aggiunge: «la disciplina dell'autorizzazione preventiva, dettata dall'art. 4 deve ritenersi destinata, cioè, a trovare applicazione tutte le volte in cui il parlamentare sia individuato in anticipo quale destinatario dell'attività di captazione, ancorché questa abbia luogo monitorando utenze di diversi soggetti».

L'equiparazione, sotto un profilo dogmatico, delle intercettazioni "dirette" a quelle "indirette mirate" fa sì che, per entrambe, il soggetto preposto all'inoltro dell'istanza d'autorizzazione debba, ai sensi dell'art. 4, co. 1 e 2, della L. n. 140/03, essere individuato nella «autorità competente», quella cioè che «ha emesso il provvedimento da eseguire». Viene da sé che, a seconda della fattispecie concreta, promotori del controllo parlamentare saranno tanto il pubblico ministero quanto il giudice: «il primo, sostenitore naturale dell'uso corretto degli strumenti demandati al suo autonomo potere durante le indagini [...] l'altro, per la veste di garante dei diritti individuali, meno adatto a perorare il buon esito di iniziative riconducibili all'accusa, benché sottoposte al vaglio giurisdizionale»²⁸. Di talché, se, per un verso, il giudicante rimarrà funzionalmente competente per le richieste autorizzative aventi ad oggetto atti a sua firma, per l'altro, la pubblica accusa – oltre agli ordinari atti che gli competono, quali le perquisizioni ed i sequestri – si dovrà far parte diligente pure nei casi d'intercettazione disposta in via d'urgenza²⁹; da quest'angolo visuale, è corretto arguire un mutamento della tipica posizione dell'organo inquirente, «da destinatario d'una domanda (querela, istanza, richiesta) diventa "postulante"; e chiede un permesso d'agire»³⁰. Sensibilmente diversa, a tratti antitetica, è la disciplina che l'art. 6 della L. n. 140/03 riserva alle c.d. intercettazioni "indirette casuali" o "fortuite"³¹ che,

²⁸ NEGRI, *Immunità parlamentare (diritto processuale penale)*, cit., 698 s.

²⁹ Concorda MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione "ad acta"*, cit., 285.

³⁰ Parole di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1993, 410.

³¹ Al fine di discernere l'intercettazione indiretta di tipo "mirata" da quella, invece, meramente "casuale", appare, innanzitutto, doveroso il richiamo a Corte cost., n. 113 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1251 ss., che – a fronte di un'ordinanza di remissione nella quale si asseriva che «l'originaria assenza dell'intento di captare le conversazioni di un parlamentare, in sede di sottoposizione a controllo di una determinata utenza nella disponibilità di terzi, valga a qualificare indeterminatamente come "casuali" le intercettazioni di comunicazioni del membro del Parlamento operate su detta utenza» – non perdeva l'occasione di spiegare che se «nel corso dell'attività di intercettazione emergano, non soltanto rapporti di interlocuzione abituale tra il soggetto intercettato e il parlamentare, ma anche indizi di reità nei confronti di quest'ultimo, non si può trascurare l'eventualità che intervenga, nell'autorità giudiziaria, un mutamento di obiettivi: nel senso che – in ragione anche dell'obbligo di perseguire gli autori dei reati – le ulteriori intercettazioni potrebbero risultare finalizzate, nelle strategie investigative dell'organo inquirente, a captare non più (soltanto) le comunicazioni del terzo titolare dell'utenza, ma (anche) quelle del suo interlocutore parlamentare, per accertarne le responsabilità penali. Quando ciò accadesse, ogni "casualità" verrebbe evidentemente meno: le successive captazioni delle comunicazioni del membro del Parlamento, lungi dal restare fortuite, diventerebbero "mirate" (e, con ciò, "indirette"), esigendo quindi l'autorizzazione preventiva della Camera, ai sensi dell'art. 4». Dunque, anche nell'eventualità in cui il coinvolgimento del parlamentare sia stato effettivamente successivo rispetto all'inizio delle intercettazioni, per potersi parlare d'intercettazioni "fortuite", occorrerà pur sempre verificare, in concreto, che le medesime non siano state (o siano diventate *in itinere*) viceversa "mirate", ciò che comporterebbe la necessità di ricorrere al meccanismo dell'autorizzazione preventiva. Altra pronuncia, *in subiecta mate-*

sebbene eseguite nei confronti di terzi soggetti, vedono, in modo del tutto inaspettato, l'intervento e la partecipazione al dialogo del parlamentare³². Escludendo che, in simili evenienze, data l'accidentalità del risultato di prova, sia possibile sollecitare un *placet* preventivo, il legislatore ha strutturato una procedura autorizzativa di tipo postumo, successiva all'espletazione dell'atto investigativo ed orientata ad «impedire che, immettendo nel circuito processuale la documentazione dei colloqui accidentalmente captati, si determini una loro divulgazione strumentale: e ciò in situazioni nelle quali quella documentazione dovrebbe essere, invece, prontamente distrutta per la sua irrilevanza»³³. Operativamente, il contenuto precettivo della norma attribuisce competenza funzionale al «giudice per le indagini preliminari»³⁴, il quale, laddove ritenga

ria, di somma importanza è rappresentata da Corte cost., n. 114 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1261 ss., nell'ambito della quale veniva criticata l'impostazione del giudice rimettente che aveva affermato «la natura "casuale" delle intercettazioni in termini sostanzialmente apodittici, facendola discendere, in pratica, dalla sola circostanza che l'attività di captazione è stata disposta su utenze in uso ad altri indagati. Tale indicazione risulta insufficiente». Insufficienza - prosegue la Corte - tanto più significativa laddove l'intercettazione colpisca (sempre indirettamente) un parlamentare a carico del quale siano già emersi anche meri indizi di reità: «ma è altrettanto vero che, nella fattispecie considerata, il sospetto dell'elusione della garanzia è più forte e che, comunque, l'ingresso del parlamentare - già preventivamente raggiunto da indizi di reità - nell'area di ascolto evoca con maggiore immediatezza, nell'autorità giudiziaria, la prospettiva che la prosecuzione dell'attività di intercettazione su utenze altrui servirà (anche) a captare comunicazioni del membro del Parlamento, suscettibili di impiego a suo carico: ipotesi nella quale la captazione successiva di tali comunicazioni perde ogni "casualità", per divenire mirata». Di talché, sempre Corte cost., n. 114 del 2010, cit., 1263, individuava una serie di «elementi significativi al fine di affermare o escludere la "casualità" dell'intercettazione: e così, ad esempio, dei rapporti intercorrenti tra parlamentare e terzo sottoposto a intercettazione, avuto riguardo al tipo di attività criminosa oggetto di indagine; del numero delle conversazioni intercorse tra il terzo e il parlamentare; dell'arco di tempo durante il quale tale attività di captazione è avvenuta, anche rispetto ad eventuali proroghe delle autorizzazioni e al momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare».

³² Come ricordato da Corte cost., n. 163 del 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 453 ss., l'intervento del parlamentare nella conversazione presuppone una sua partecipazione personale, ciò in linea con i lavori preparatori alla L. n. 140/03 dai quale emerge che il legislatore ha inteso sganciare il meccanismo autorizzatorio dalla mera "riferibilità" al membro del Parlamento dei contenuti della conversazione intercettata, fuori dei casi di una sua partecipazione personale e diretta ad essa, con esclusione di quelle conversazioni in cui il parlamentare, pur presenziandovi, sia rimasto muto o di quelle in cui taluno, in qualità di *nunciatus*, abbia riportato la sua volontà o il suo pensiero.

³³ Corte cost., n. 390 del 2007, cit., 4382, che, entrando più nello specifico, paventa il rischio che «tale documentazione potrebbe essere così impiegata, tramite la cassa di risonanza dei *mass media*, ai fini di pressione politica». Questa diversa angolazione del sindacato parlamentare è stata confermata anche dalla *Giunta per le autorizzazioni della Camera dei Deputati presentata alla Presidenza il 19 marzo 2007*, doc. IV, n. 6-A, la quale ha, espressamente, affermato che il parametro sulla base del quale consentire o negare l'utilizzazione delle intercettazioni indirette non può essere quello «del *fumus persecutionis*, venendo in rilievo il risultato probatorio di un'istruttoria già effettuata, ma piuttosto la rilevanza e l'utilizzabilità processuale di tale risultato rispetto all'oggetto dell'accusa».

³⁴ Che si tratti di competenza funzionale non è circostanza revocabile in dubbio tant'è che SELMI, DI BUGNO, LIBONE, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione*

ininfluenti le conversazioni intercettate, ne dispone, anche d'ufficio, la «distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti» (art. 6, co. 1), ma, nell'ipotesi inversa, quando cioè si appalesi la necessità di un loro utilizzo processuale, nel rispetto del principio dispositivo in tema di acquisizione probatoria, «su istanza di una parte processuale [...] decide con ordinanza e richiede, entro i dieci giorni successivi, l'autorizzazione della Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento in cui le conversazioni o le comunicazioni sono state intercettate» (art. 6, co. 2).

Ammettendo l'atto d'impulso, propedeutico all'avvio dell'*iter* parlamentare, alla competenza per funzione del Giudice per le indagini preliminari, si è voluto anticipare, proprio alla fase investigativa, il diritto alla prova, nella prospettiva di un suo futuro e diretto ingresso negli atti che andranno a comporre il fascicolo dibattimentale³⁵; un'opzione legislativa ispirata non tanto ad esigenze deflattive, delle quali – ad onor del vero – non vi è nemmeno traccia nei lunghi lavori preparatori che hanno preceduto l'approvazione della L. n. 140/03, quanto, viceversa, ad «assicurare il massimo grado di tutela alla riservatezza e alla posizione istituzionale del politico», riducendo «il rischio di una divulgazione dei contenuti della conversazione – che andrebbe sempre più dilatandosi quanto più avanza il corso del procedimento – senza pregiudicare, al contempo, il diritto delle parti al confronto dialettico sulla questione»³⁶.

dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 6), cit., 53, commentando le modifiche normative introdotte dalla L. n. 140/03, rilevano che «un simile potere sembra inderogabilmente attribuito, per competenza funzionale, al giudice per le indagini preliminari».

³⁵ A supporto di tale esegesi convergono i lavori preparatori alla L. n. 140/03 durante i quali, segnatamente nel corso della seduta referente del 17 luglio 2002 della I^a (“Affari Costituzionali”) e della II^a (“Giustizia”) Commissione della Camera dei Deputati, veniva rigettato il seguente emendamento proposto dall'On. Giuseppe Fanfani teso a posticipare il termine ultimo per l'inoltro dell'autorizzazione *ad acta* alla fase immediatamente successiva alle indagini preliminari: «ove nel corso delle indagini, ovvero all'esito di esse, il pubblico ministero ritenga di dover utilizzare le intercettazioni ai fini del processo, con missiva riservata avanza richiesta di utilizzazione al Presidente». D'altronde, del tutto analoga, sembra la presa di posizione della *Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari*, relatore On. Giovanni Crema, in Atti parlamentari Senato, XIV^a legislatura, Disegni di legge e relazioni, doc. XVI^a, n. 9, 6: «si potrebbe argomentare che le intercettazioni non irrilevanti possono sopravvivere all'obbligo di distruzione e vivere in uno stato di quiescenza fino a quando un Gip non ritenga necessario utilizzarle: ma tale stato non è affatto un “limbo” giuridico, perché ad esso si applica la vigente disciplina del segreto nonché le modalità e i termini di conservazione previsti dall'art. 269 c.p.p.».

³⁶ SELMI, DI BUGNO, LIBONE, *Commenti articolo per articolo. L. 20-6-2003, n. 140 - Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti della alte cariche dello Stato (art. 6), cit., 57*. Gli Autori, alla pagina precedente, precisano che «attribuire in via esclusiva ed inderogabile al g.i.p. la competenza funzionale per la valutazione in termini di utilità del materiale probatorio e l'adozione del conseguente provvedimento di investitura del Parlamento» vieta che la richiesta di inoltro dell'istanza di “autorizzazione postuma” possa essere effettuata in sede dibat-

3. *La competenza funzionale*. Inquadrata la disciplina sull'inviolabilità delle conversazioni del parlamentare, la complementare procedura delle autorizzazioni *ad acta* ed identificati i soggetti competenti all'inoltro della relativa richiesta, preventiva e postuma, alla Camera dei Deputati ovvero al Senato della Repubblica, può, a questo punto, volgersi lo sguardo alla competenza funzionale³⁷.

Una prima ed imprescindibile osservazione risulta imposta dal *deficit* definitorio che tale istituto processuale sconta a livello codicistico.

Al di là delle difficoltà concettuali, pratiche e dogmatiche che, inevitabilmente, hanno influenzato l'idealizzazione e la rappresentazione, nei suoi lineamenti essenziali, di questa specifica tipologia di competenza³⁸ - a volte confusa con quella per materia³⁹, altre volte con quella per territorio⁴⁰ - l'assenza di

timentale, pena la creazione di «un circuito quantomeno vizioso: la retrocessione degli atti al gip affinché, instaurato un nuovo contraddittorio tra le parti, sia questi ad effettuare un apprezzamento in punto di necessità di utilizzazione».

³⁷ In argomento, ASTARITA, GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. disc. pubbl.*, III° Aggiornamento, Torino, 2005, 1, 176 ss.; BATTAGLINI, *In tema di incompetenza funzionale*, in *Giust. pen.*, 1952, III, 378 ss.; BELLAVISTA, *Competenza penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, 3, 768 ss.; CONSO, BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 1992, 83; DANIELE, sub art. 4, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2007, 1, 81; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1968, 1, 347 ss.; GUARNIERI, *Competenza in materia penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 8, 98 ss.; INZERILLO, *L'incompetenza funzionale del giudice per incompatibilità o incompetenza sopravvenuta in forza di sentenze di illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1998, 1903 ss.; MANASSERO, *Introduzione allo studio sistematico della competenza funzionale in materia penale*, Padova, 1939, 1 ss.; MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, in *Enc. dir.*, V° Aggiornamento, Milano, 2001, 217 ss.; RASCIO, *In tema di incompetenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 136 ss.; RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959, 1 ss.; TRANCHINA, DI CHIARA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, a cura di SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, Milano, 2011, 27 ss.

³⁸ Cercando di risalirne all'origine, VIGGIANO, *In tema di competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 328, evidenzia che la competenza funzionale «è un felice esempio di convergenza tra elaborazione teoretica e soddisfacimento di esigenze pratiche».

³⁹ SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 131 ss.

⁴⁰ Sembra intradarsi verso questa direzione CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 483 ss., quando afferma che, in ambito processualecivile, particolari cause venivano affidate ad un giudice di un determinato territorio «pel fatto che la sua funzione sarà ivi più facile o più efficace». Quanto, invece, al concetto di «competenza», inteso in senso lato, CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 368, ritiene che essa sia null'altro che la «misura della giurisdizione attribuita a ciascun giudice nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria». Di diverso avviso è CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 134, secondo il quale la competenza «non è misura della giurisdizione attribuita all'organo [...] se lo fosse, le decisioni emesse dall'incompetente sarebbero *inutiliter datae* ossia inesistenti; e invece, non impugnate diventano irrevocabili, costituendo cosa giudicata [...] definiamola nei seguenti termini: a tutti i giudici penali spetta l'intero potere, ma uno solo (individuabile *ante factum*) è chiamato a procedere nel caso singolo; gli altri devono astenersene».

specificazione classificativa potrebbe far pensare che il legislatore ne abbia misconosciuto, se non addirittura ignorato, gli aspetti contenutistici. All'eventuale obiezione, bisogna, tuttavia, replicare rilevandone l'infondatezza: da un'attenta ed unitaria lettura del codice di rito, emerge che «la attribuzione dei compiti d'ufficio è, di volta in volta, specificata attraverso regole di appartenenza dell'atto o degli atti all'organo o al soggetto specificatamente determinato, anche attraverso la "compatibilità" di quell'atto e del giudice che lo ha prodotto col compimento di ulteriori atti e/o attività»⁴¹. Nella direzione tracciata si pone, innanzitutto, la disposizione di cui all'art. 1 c.p.p.⁴² che, affidando l'esercizio della giurisdizione penale ai «giudici» secondo «le norme di questo codice», adempie ad una funzione programmatica e già anticipa come l'organizzazione, la ripartizione e l'assegnazione interna degli «affari» non sia materia di certo lasciata al caso. Ed infatti, sorvolando sui ricorrenti richiami, quale criterio attributivo di potere, alla figura del «giudice che procede»⁴³, può, a titolo esemplificativo, menzionarsi la competenza funzionale riconosciuta alla Corte d'Appello sulla ricsuzione presentata nei confronti di un Giudice del Tribunale (art. 40, co. 1, c.p.p.)⁴⁴, alla Corte di Cassazione nei casi di richiesta di rimessione del processo (art. 45 c.p.p.)⁴⁵, al Giu-

⁴¹ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2002, 7, 2.

⁴² Tra i vari commenti all'art. 1 c.p.p., il più completo pare quello di GIARDA, sub *art. 1*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2007, 1, 61 ss.

⁴³ In effetti, «giudice che procede» è espressione rinvenibile in una miriade di disposizioni normative, tra cui gli artt. 48, co. 3 («*Decisione*» sulla richiesta di rimessione del processo), 78, co. 1 («*Formalità della costituzione di parte civile*»), 83, co. 3 e 4 («*Citazione del responsabile civile*»), 84, co. 1 («*Costituzione del responsabile civile*»), 116, co. 2 («*Copie, estratti e certificati*»), 175, co. 4 («*Restituzione nel termine*»), 279 («*Giudice competente*» in tema di misure cautelari personali), 281, co. 1 («*Divieto di espatrio*»), 282-bis, co. 1 («*Allontanamento dalla casa familiare*»), 283, co. 1 e 2 («*Divieto e obbligo di dimora*»), 317, co. 1 («*Forma del provvedimento. Competenza*» in tema di sequestro conservativo), 338, co. 5 («*Curatore speciale per la querela*»), e 391-bis, co. 6 e 7 («*Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*»), c.p.p., nonché gli artt. 70, co. 1 («*Sauzioni applicabili agli iscritti nell'albo dei periti*»), 89-bis, co. 2 («*Archivio riservato delle intercettazioni*»), e 240, co. 1 («*Trattamento sanitario del detenuto*»), disp. att. c.p.p.

⁴⁴ E' proprio per il suo carattere funzionale che Cass., Sez. IV, 30 aprile 2003, C., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 434 ss., ha annullato l'ordinanza con la quale il Presidente di una Corte d'Appello, in luogo della Corte medesima, aveva deciso unilateralmente sulla dichiarazione di ricsuzione. Analogamente, Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, T., in *CED Cass. pen.*, 2003, rv. 227734, ha considerato violativa delle regole in materia di competenza funzionale, più specificatamente del principio *nemo iudex in causa propria*, la decisione di un Giudice Onorario di Tribunale che, *motu proprio*, dichiarava inammissibile la ricsuzione presentata nei suoi confronti.

⁴⁵ Cass., Sez. I, 15 luglio 1996, A., in *Cass. pen.*, 1998, 3308 ss.; Cass., Sez. V, 30 marzo 1998, S., in *Cass. pen.*, 2000, 399. Si veda anche Cass., Sez. Un., 12 maggio 1995, Romanelli, in *Cass. pen.*, 1995, 2855 s., che ha precisato: «il giudice al quale sia stata presentata richiesta di rimessione del processo, ai sensi degli artt. 45 e 46 c.p.p., non può, perché funzionalmente incompetente, adottare pronuncia alcuna in relazione alla richiesta medesima, ma deve limitarsi a trasmetterla immediatamente alla Corte di

dice per le indagini preliminari “distrettuale” laddove si persegua taluno dei reati indicati nell’art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. (art. 328, co. 1-*bis*, c.p.p.)⁴⁶, al Giudice dell’udienza preliminare per la definizione del procedimento nelle forme del giudizio abbreviato (art. 438 c.p.p.)⁴⁷, al Tribunale in composizione monocratica per il reclamo avverso il decreto di archiviazione (art. 410-*bis*, co. 3 e 4, c.p.p.), al Presidente del Tribunale o della Corte d’Assise per l’autorizzazione alla citazione dei testimoni (art. 468, co. 2, c.p.p.), al Tribunale di sorveglianza per la decisione sulle istanze d’applicazione di misure alternative alla detenzione carceraria (art. 656, co. 6, c.p.p.)⁴⁸ ovvero al Giudice dell’esecuzione affinché, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, restituisca, all’avente diritto, i beni sottoposti a sequestro probatorio (art. 263, co. 6, c.p.p.).

Al vuoto formale si contrappone, quindi, una «poliedricità dei riferimenti normativi» che ergono la “funzione” a «criterio ontologico della categoria»⁴⁹; individuata la funzione si individua anche «il giudice che la deve esercitare ed in tal senso la funzione, nella sua astratta previsione», partecipa ad un «criterio di ripartizione delle competenze»⁵⁰ simmetrico a quello ordinario. La competenza funzionale diviene, così, concetto implicito ed immanente

cassazione, astenendosi dall’emettere la sentenza fino a che non sia intervenuta la relativa decisione: e ciò anche nelle ipotesi in cui l’inammissibilità o l’infondatezza dell’istanza siano rilevabili *ictu oculi*, ovvero nel caso in cui l’interessato abbia riproposto la istanza di rimessione dopo che la precedente sia stata rigettata o dichiarata inammissibile dalla Corte di cassazione».

⁴⁶ Ad affermarne la natura funzionale, sono state, nell’ordine, Cass., Sez. II, 15 settembre 1994, De Nicola, in *Giust. pen.*, 1995, III, 714 ss.; Cass., Sez. I, 29 marzo 1995, C., in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 423 ss.; Cass., Sez. I, 24 ottobre 1995, Bianco, in *Cass. pen.*, 1997, 2734; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 1998, Ripa, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 210379; Cass., Sez. II, 8 novembre 2007, B. ed altro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 323 ss.; Cass., Sez. II, 31 marzo 2009, F. ed altro, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 244545; Cass., Sez. IV, 11 dicembre 2013, K., in *CED Cass. pen.*, 2013, rv. 258515; Cass., Sez. fer., 18 agosto 2015, n. 35672, in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 264512; Cass., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 13222, in *Cass. pen.*, 2017, 9, 3314 ss. Ritieni, invece, trattarsi di uno specifico caso di competenza per materia, Cass., Sez. I, 21 novembre 1994, Carone, in *CED Cass. pen.*, 1994, rv. 199668, mentre Cass., Sez. III, 14 novembre 2018, n. 16500, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 275561, ne sostiene la natura territoriale. In dottrina, hanno provato a risolvere il problema CAMPOLI, *Il gip e il gippissimo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 351 ss.; RAMAJOLI, *Il g.i.p. “distrettuale” nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, è giudice “naturale”?*, in *Giust. pen.*, 1995, III, 108 ss.

⁴⁷ *Ex plurimis* Cass., Sez. I, 7 ottobre 2004, R., in *Cass. pen.*, 2006, 3, 1035 ss.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 27 giugno 2019, n. 36061, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 276837; Cass., Sez. I, 28 settembre 2018, n. 8000, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 276398; Cass., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 19385, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 269629; Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, n. 16372, in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 263325.

⁴⁹ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 2.

⁵⁰ MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 227.

all'ordinamento processuale, ricavabile dallo stesso sistema⁵¹: le «norme che distribuiscono il lavoro all'interno di un medesimo processo, in relazione alle sue fasi o a suoi particolari atti»⁵² rappresentano l'essenza e, al tempo stesso, il fondamento giuridico delle attribuzioni istituzionali che competono ai singoli organi giurisdizionali appartenenti ad una data giurisdizione.

D'altro canto, proprio l'organizzazione giurisdizionale costituisce, forse, la più valida delle «linee-guida» per addivenire ad una corretta esegesi dell'istituto. Giova ricordare che, già sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, ragioni varie - dalla specializzazione delle funzioni, alla divisione del lavoro, fino alla particolare struttura ed organizzazione degli uffici giudiziari⁵³ - avevano suggerito una segmentazione del «processo, oltre che in vari gradi corrispondenti alle impugnazioni, in varie fasi, a ciascuna delle quali corrisponde una determinazione di competenza che chiamiamo funzionale»⁵⁴.

Il meccanismo ruotava, essenzialmente, attorno agli artt. 61 e 299 c.p.p. che, nel prevedere il conferimento di attribuzioni giurisdizionali tramite una ripartizione fasica del processo⁵⁵, saldavano i casi d'incompatibilità alla stessa attivi-

⁵¹ Corollario tratto da Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 1994, 2945 ss., che, già a suo tempo, aveva rimarcato che «la competenza funzionale, pur non avendo trovato una esplicita previsione neppure nel nuovo codice di procedura penale [...] è desumibile dal sistema ed esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende questo non più conforme a parametri normativi di riferimento».

⁵² NAPPI, *Competenza penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, 2, 353.

⁵³ La funzionalità dell'organizzazione interna degli uffici per il raggiungimento dell'efficienza lavorativa, sia nella pubblica amministrazione che in altri settori, è tema scandagliato da BALDUCCI, *Introduzione alla analisi delle organizzazioni*, Milano, 1979, 1 ss.; MORTARA, *L'analisi delle strutture organizzative*, Bologna, 1976, 1 ss.

⁵⁴ LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 1, 371. Non particolarmente distante da tale definizione è quella proposta da MANASSERO, *Introduzione allo studio sistematico della competenza funzionale in materia penale*, cit., 131, il quale rapporta la competenza funzionale alla «ripartizione fatta dalla legge tra i vari giudici della magistratura ordinaria» attribuitiva «a ciascuno di essi il potere di emanare provvedimenti giurisdizionali nell'ambito di un medesimo processo e in una fase del suo sviluppo».

⁵⁵ Sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 372 e s., cristallizza i casi di competenza funzionale: «a) fase dell'istruzione e fase del giudizio. La fase dell'istruzione dà luogo alla competenza funzionale del giudice istruttore, la quale ha un contenuto diverso da quello corrispondente alla fase del giudizio; tra le due competenze si profila perfino una distinzione che tocca la pienezza della giurisdizione, dato che il giudice dell'istruzione può rinviare a giudizio o prosciogliere ma non può condannare; b) nell'ambito della fase del giudizio bisogna distinguere due momenti o tempi: gli atti preliminari al giudizio (artt. 405-422) e il dibattimento (artt. 423-471). Durante il primo momento la competenza per i provvedimenti consentiti spetta di regola all'intero collegio (tuttavia, vi sono attività di esclusiva competenza del presidente); c) fase di primo grado, fase di appello, fase di cassazione, corrispondenti ai tre gradi di giurisdizione; fase di rinvio in talune impugnazioni; d) fase della cognizione e fase dell'esecuzione: alla prima corrisponde la competenza per l'istruzione e per il giudizio in tutti i gradi, come innanzi determinata; alla seconda corrisponde la com-

tà svolta durante il procedimento⁵⁶. Ma si trattava, pur sempre, di un sistema articolato in maniera gerarchica, per fasi omogenee, tutte tendenzialmente rivolte all'accertamento del fatto⁵⁷; in questo modo, l'atto processuale perdeva ogni valore selettivo, venendo, in pratica, esautorato dai criteri di determinazione della competenza funzionale⁵⁸.

La successiva diversificazione del modello processuale, ora morfologicamente strutturato in fasi disomogenee⁵⁹, ha, invece, acuito la responsabilità del singolo giudice in funzione della «adozione di un determinato provvedimento»⁶⁰ ed

petenza del giudice dell'esecuzione e del giudice di sorveglianza (es. artt. 577, 579, 585, 591, 628 e segg.).».

⁵⁶ A tal riguardo, BELLAVISTA, *Competenza penale*, cit., 773, che illustra il funzionamento della vecchia disciplina delle incompatibilità portando come esempio quello di un giudice «che ha pronunciato o è concorso a pronunciare sentenza in un procedimento» il quale «non può partecipare al giudizio negli ulteriori gradi dello stesso procedimento, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento, o per revisione, come non può partecipare al giudizio il giudice che ha pronunciato o è concorso a pronunciare la sentenza di rinvio a giudizio».

⁵⁷ A chiarire il concetto ci pensa MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 227: «nel codice del 1930 una grande dicotomia, nell'ambito della competenza funzionale, era cristallizzata nella distinzione tra attività istruttoria ed attività dibattimentale, che vedeva però un intreccio di poteri tra giudice e pubblico ministero nella stessa attività».

⁵⁸ Sempre RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 2, rileva: «la competenza funzionale aveva come suo nucleo di essenza un'idea "gerarchica" della giurisdizione; ed anche quando rivolgeva l'attenzione - in verità residuale - a particolari atti o ad "istanze" incidentali, solo raramente ci si riferiva ai "momenti" del processo come elemento di qualificazione dei connotati della categoria». Lo stesso GUARNIERI, *Competenza in materia penale*, cit., 104, pur ricordando che «la competenza funzionale presenta un altro aspetto, allorché nell'ambito di una stessa fase alcuni provvedimenti spettano ad un determinato organo, altri ad un organo diverso», limita l'enunciazione delle fattispecie concrete alla «fase degli atti preliminari al giudizio» ove «di regola, è investito della potestà giurisdizionale il presidente del collegio (per esempio in materia di ammissione di testimoni o di riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti ecc.); per altri provvedimenti, invece, la competenza è del collegio (così i provvedimenti sulla libertà provvisoria dell'imputato».

⁵⁹ Ne da menzione Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 12283, in *Giur. it.*, 2006, 2, 363 ss., che ricorda: «l'art. 129 c.p.p., riedizione - soltanto nella formulazione delle ipotesi di proscioglimento - dell'art. 152 del codice del 1930, ha, in aderenza alla struttura del vigente processo, un campo di operatività più circoscritto rispetto alla vecchia norma, nel senso che trova applicazione in ogni stato e grado non "del procedimento" ma "del processo", adeguandosi così alla natura bifasica del modello senza istruzione istituito con il codice del 1988, che ha eliminato la omogeneità tra la fase delle indagini e quelle del processo vero e proprio, posto che nella prima assume preminente rilievo l'attività del p.m. finalizzata a creare le premesse per l'eventuale esercizio dell'azione penale e l'intervento della giurisdizione, mancando ancora una imputazione, non è volto all'accertamento del fatto, sia pure con le diversificazioni valutative connesse alla peculiarità del singolo momento processuale, in quanto l'attività compiuta dalle parti in contraddittorio è sottoposta al vaglio del giudice terzo ed imparziale, che decide, secondo la mutevole prospettiva funzionale ancorata alla dinamica del processo, sulla fondatezza o meno dell'imputazione».

⁶⁰ RICCIARELLI, *L'esercizio della funzione giurisdizionale: dalla competenza al riparto di attribuzioni*, in *Soggetti e atti*, I° Tomo, a cura di DEAN, in *Trattato di procedura penale*, a cura di SPANGHER, Torino, 2009, 1, 50.

in relazione al perseguimento di un determinato scopo, per l'effetto ampliando la di lui "area di intervento". Si pensi, ad esempio, alla rigida demarcazione introdotta tra le funzioni dell'azione e quelle della giurisdizione⁶¹: da ciò, è scaturita la figura del Giudice per le indagini preliminari, un «giudice polifunzionale» a cui è stata demandata una pluralità di compiti di controllo che trascendono la tradizionale attività decisionale e "abbracciano" funzioni di salvaguardia di «diritti fondamentali» ovvero di principi quali «la speditezza del procedimento; l'obbligatorietà dell'azione penale; l'assunzione anticipata della prova»⁶².

L'esaltazione dei compiti di garanzia attribuiti al singolo organo conduce, pertanto, ad una collocazione dinamica della competenza funzionale, in linea con la stessa corporeità della ricognizione giudiziaria. A venir in rilievo saranno, infatti, situazioni soggettive non necessariamente circoscritte alla singola fase processuale ma, all'opposto, destinate a «scandire», assurgendone a condizione di legittimità, «il progredire del processo»⁶³; il che, istituisce, in capo ai

⁶¹ Alla ripartizione del processo in fasi ha fatto seguito pure la soppressione di figure ibride quali quella dell'accusatore-giudice (il pubblico ministero nell'istruzione sommaria) e del giudice-accusatore (il giudice istruttore nell'istruzione formale).

⁶² GRISOLIA, sub art. 328, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2007, 2, 2981 s., il quale prosegue rilevando che il Giudice per le indagini preliminari assolve «le accennate funzioni giurisdizionali in una posizione di spiccata terzietà, in quanto adotta le sue determinazioni mantenendosi estraneo alla ricerca ed acquisizione degli elementi di giudizio nonché indifferentemente all'andamento delle indagini, non essendo né titolare di queste ultime né munito di poteri investigativi in vista di un impegno nella ricerca della verità. Rispetto a tale posizione di terzietà, rappresentato deroghe solo apparenti o comunque parziali le attività svolte: in sede di incidente probatorio (restando sempre ferma la necessità di un'iniziativa di parte); nell'ipotesi di mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del p.m. con indicazione delle ulteriori necessarie indagini da compiere (comunque sempre) da arte di quest'ultimo; indicando alle parti, al termine della discussione nell'udienza preliminare, temi nuovi o incompleti su cui acquisire ulteriori informazioni; provvedendo di ufficio in tema di revoca e sostituzione delle misure cautelari». La pensano nello stesso modo, BILANCETTI, *La funzione del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 296 ss.; CENICCOLA, *Il giudice delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 653 ss.; DE LEO, *L'intervento del giudice nelle indagini preliminari a garanzia delle libertà e dei diritti patrimoniali dell'indiziato*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 353 ss.; FERRAJOLI, *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2013, 1 ss.; GIANNITI, *La poliedrica figura del giudice per le indagini preliminari*, in *Ind. pen.*, 1989, 603 ss.; ICHINO, *La terzietà del giudice per le indagini preliminari: un problema aperto*, in *Questione giustizia*, 1993, 426 ss.

⁶³ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 3. In questa sede, si vuole condividere anche il pensiero di SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139: «la nozione di competenza funzionale deriva dalla distinzione tra funzione in astratto e funzione in concreto. La concretizzazione della funzione astratta nel singolo processo con riferimento ai singoli organi costituisce la competenza funzionale, di quest'ultimi. E poiché, come altrove abbiamo chiarito, la funzione consiste nell'esercizio di un certo numero di poteri, la competenza funzionale altro non è che la legittimazione dell'organo all'esercizio concreto dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione astrattamente considerata. Poiché inoltre la concretizzazione della funzione è determinata dall'esistenza di un processo e

diversi giudici, un dovere di raccordo, una «situazione di dipendenza, di correlazione, di pariteticità e di coordinazione di funzioni»⁶⁴. Ecco la ragione per cui la competenza funzionale è istituito che si conforma alla «scomposizione del processo in una serie di segmenti ed attività»⁶⁵ e che, quindi, è preordinato «alla costruzione normativa del procedimento dinamicamente inteso, dalla fase investigativa alla decisione finale, e delle corrispondenti attribuzioni del giudice, determinando la ripartizione delle attribuzioni dell'organo giudicante in relazione al fisiologico sviluppo processuale, incidendo direttamente sulla sua idoneità specifica all'adozione di un dato provvedimento, in quella fase del processo»⁶⁶.

Lungi, allora, dall'incarnare una mera enunciazione nozionistica, priva di rilevanza sostanziale, introdotta «per risolvere i problemi pratici derivanti da vuoti di previsione normativa» ma che, nel tempo, «ha assunto una dimensione squisitamente concettuale, rivelandosi di scarsa utilità, sia sul piano dogmatico che su quello applicativo»⁶⁷, appare, conclusivamente, chiaro come, il nucleo dell'istituto sia rinvenibile «nella attribuzione di specifica funzione all'organo e/o al singolo soggetto in ragione dei “compiti di istituto” a ciascuno affidati,

la competenza è un presupposto processuale, l'ambito della competenza funzionale è determinata dal rapporto giuridico processuale onde può concludersi che la competenza funzionale è la sfera di attribuzioni per l'esercizio dei poteri direttamente derivanti dalla funzione astrattamente considerata, ai singoli organi giudiziari ed attinenti alla validità di un determinato rapporto giuridico processuale nella sua costituzione e nel suo svolgimento».

⁶⁴ RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, cit., 62.

⁶⁵ VIGGIANO, *In tema di competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari*, cit., 328.

⁶⁶ ASTARITA, GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, cit., 192, che, alla pagina seguente, analizzando l'art. 295, co. 3, c.p.p. - norma contenente solo un generico riferimento al «giudice», quale organo preposto a disporre le intercettazioni nei confronti del latitante - radicano il criterio per la determinazione del giudice funzionalmente competente nella «progressione procedimentale», cosicché tale giudice coinciderà «nel g.i.p., qualora la misura cautelare [emessa nei confronti del latitante] si collochi prima dell'esercizio dell'azione penale; nel g.u.p., ove sia ad essa successiva; nel giudice di primo grado, quando sia stata emessa nel corso del giudizio di primo grado ovvero contestualmente alla sentenza di condanna che ne costituisce l'epilogo; nel Giudice di secondo grado, qualora sia disposta ai sensi dell'art. 275, co. 2-ter, c.p.p.; nel giudice dell'esecuzione, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna».

⁶⁷ DALIA, DELLA MONICA, *Competenza (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, Roma 1999, 7, 18, che proseguono spiegando il loro punto di vista: «come categoria dogmatica, essa copre tutta l'aria della competenza per materia, per territorio e per connessione, presentandosi senza alcun *quid novi*, dal momento che vale solo ad indicare l'astratta possibilità, per il giudice competente, di esercitare la giurisdizione nei limiti della funzione assegnatagli dall'ordinamento. Sul piano applicativo, invece, le questioni che possono sorgere per la mancanza di specifiche disposizioni normative rischiano di restare insolute. Accade, infatti, che nella pratica giudiziaria si avverta il bisogno di individuare il giudice competente ed adottare un determinato provvedimento non espressamente previsto dalla legge: se la competenza funzionale si identifica con la compatibilità di funzioni, da quest'ultima non è dato dedurre, in ogni caso, la idoneità alla adozione del provvedimento stesso».

nella esclusività del potere così conferito e nella peculiarità dell'oggetto della singola vicenda processuale», e ciò per soddisfare l'intuibile esigenza «di costituire un limite all'esercizio della funzione da parte di un determinato organo e/o giudice»⁶⁸.

Dunque, al pari delle restanti forme di competenza, anche quella funzionale si posiziona in una logica sistematica di «attuazione della giurisdizione», trovando esplicazione nell'insieme delle «regole generali ed astratte, fissate *ex ante*, attraverso le quali il legislatore distribuisce la cognizione dei singoli fatti ai diversi organi giurisdizionali»⁶⁹. Essa, da una parte, prescinde dai canoni estrinseci, segnatamente quelli verticali ed orizzontali, di attribuzione delle *rerum iudicande* alle diverse articolazioni giudiziarie⁷⁰, ma, dall'altra parte, li presuppone, avendo come proprio requisito coesenziale le stesse «competenze materiali e territoriali del giudice investito»⁷¹.

In definitiva, la competenza funzionale è «conseguenza della competenza»⁷², nel senso che «obbedisce ad esigenze di capacità del giudice e di idonea organizzazione degli uffici»⁷³, secondo una suddivisione di «compiti» ossequiosa della sequela tipica che compone e scompone il processo penale⁷⁴; il fatto poi che non possa pronosticarsi l'esistenza di un «giudice funzionalmente “delegato all'atto”» che non sia anche «competente per materia e per territorio»⁷⁵ consente di scorgerne l'addentellato costituzionale nella realizzazione operativa dei principi di precostituzione *ex art. 25*⁷⁶, co. 1, Cost., terzietà ed imparzia-

⁶⁸ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 5.

⁶⁹ DALIA, DELLA MONICA, *Competenza (diritto processuale penale)*, cit., 1.

⁷⁰ Ancora MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 227, osserva che «mentre l'individuazione del giudice competente per materia o per territorio è affidata a criteri estrinseci all'esercizio della funzione giurisdizionale, la competenza funzionale, intesa come legittimo esercizio di una certa attività nell'ambito del rapporto processuale tra la sua ragion d'essere dalla necessità di distribuire i compiti tra i diversi giudici che sono dalla legge chiamati al compimento di determinate attività nell'ambito di uno stesso rapporto processuale». Similmente, VIGGIANO, *In tema di competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari*, cit., 329: «mentre l'individuazione del giudice competente per materia, territorio e connessione è affidata a criteri che affondano direttamente, in rapporto all'imputazione, nel diritto sostanziale, la competenza funzionale si determina avuto riguardo a momenti di natura squisitamente processuale».

⁷¹ Conviene BELLAVISTA, *Competenza penale*, cit., 773.

⁷² RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, cit., 4.

⁷³ LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1940, 147.

⁷⁴ Illuminante CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1993, 144, quando rimarca che «l'*iter* processuale compone figure variabili [...] tali sequele implicano una divisione del lavoro e relative competenze, detta funzionale».

⁷⁵ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 6.

⁷⁶ Sul punto, Corte cost., n. 29 del 1958, in *Giur. cost.*, 1958, 124, che ha accolto la tesi della perfetta sovrapponibilità del concetto di naturalità con quello di precostituzione. Si soffermano, ulteriormente, sull'argomento, peraltro con la solita lucidità, GAITO, GIUNGHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale*.

lità ex artt. 101, co. 2, e 111, co. 2, Cost.⁷⁷.

4. *L'incompetenza funzionale: tra prevenzione e repressione.* La carenza di ogni pur minima definizione dell'istituto, in particolar modo dei criteri attributivi di potere, fa il paio con il silenzio serbato dal legislatore sui rimedi esperibili avverso l'atto adottato dall'incompetente funzionalmente; è, tuttavia, ovvio che un sistema fondato su una rigida ripartizione interna di attribuzioni istituzionali, avente peraltro coefficiente inderogabile in virtù della natura indisponibile del rapporto processuale⁷⁸, non può tollerare un esercizio delle

ziale del diritto costituzionale al giudice naturale, in *Giur. cost.*, 2002, 3373 ss. Volendo approfondire, anche con posizioni non sempre uniformi, IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Milano, 2005, 1 ss.; NOBILI, sub art. 25 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di SCAJOLA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 135 ss.; ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981, 1 ss.; UBERTIS, *La naturalità del giudice e valori socioculturali della giurisdizione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1072 ss.

⁷⁷ Entrano nel dettaglio della tematica, RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 1 ss.

⁷⁸ L'inderogabilità delle regole poste a presidio della competenza funzionale ha trovato l'avallo della dottrina (tra i tanti, ALLORIO, *Quesiti del processo penale*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, 2, 354; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1932, 98) e della giurisprudenza (Cass., Sez. I, 27 giugno 2019, n. 36061, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 276837; Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, n. 38048, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 270976; Cass., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 19385, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 269629; Cass., Sez. I, 1 dicembre 2016, n. 10463, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 269550; Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, P.G. in proc. De G., in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 263324; Cass., Sez. V, 31 marzo 2010, G. ed altro, in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 247503; Cass., Sez. I, 2 dicembre 2009, D., in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 245953; Cass., Sez. I, 27 novembre 2009, G., in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 245973; Cass., Sez. I, 4 luglio 2008, H., in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 240775; Cass., Sez. I, 19 giugno 2008, C., in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 240673; Cass., Sez. I, 11 giugno 2008, n. 24738, in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 240812; Cass., Sez. III, 6 marzo 2008, D., in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 239667; Cass., Sez. VI, 5 giugno 2007, G., in *Guida al diritto*, 2007, 39, 78 ss.; Cass., Sez. VI, 31 maggio 2007, M. ed altro, in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 237189; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2006, n. 8849, in *Cass. pen.*, 2007, 1, 222 ss.; Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 7482, in *CED Cass. pen.*, 2006, rv. 233827; Cass., Sez. I, 8 novembre 2001, C., in *Cass. pen.*, 2003, 1644; Cass., Sez. I, 27 febbraio 1998, N., in *Cass. pen.*, 1999, 908; Cass., Sez. VI, 5 giugno 1996, M., in *Cass. pen.*, 1997, 3046; Cass., Sez. I, 24 novembre 1995, P., in *Cass. pen.*, 1996, 3112; Cass., Sez. I, 28 settembre 1994, L., in *Cass. pen.*, 1996, 3110 ss.; Cass., Sez. I, 24 novembre 1990, G., in *Giust. pen.*, 1991, III, 525 ss.; Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990, N., in *Giust. pen.*, 1991, III, 208 ss.; Cass., Sez. I, 15 maggio 1989, S., in *Cass. pen.*, 1990, 1989; Cass., Sez. I, 20 maggio 1985, M., in *Cass. pen.*, 1986, 1570 ss.; Cass., Sez. I, 30 novembre 1983, Z., in *Cass. pen.*, 1985, 410; Cass., Sez. I, 12 gennaio 1983, S., in *Cass. pen.*, 1984, 178; Cass., Sez. I, 13 dicembre 1979, P., in *Cass. pen.*, 1981, 894; Cass., Sez. I, 6 novembre 1978, C., in *Cass. pen.*, 1979, 1623 ss.). Ciò nonostante, non può rimanere priva di nota l'acuta osservazione di RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 9, secondo il quale, anche in materia d'incompetenza funzionale, «il non attivarsi della parte nelle forme e nei modi previsti provoca decadenza e/o inammissibilità dello strumento predisposto e non richiesto nei termini e nei modi dettati, facendo, così, salva la pronuncia del giudice, capace e competente, per materia e per territorio. E dunque, nel caso di specie, se proprio si vuol far ricorso al corollario della inderogabilità, a noi pare essere esso di natura relativa, almeno nel significato in cui la inerzia della parte manifesti acquiescenza all'uso

medesime da parte di organi all'uopo non competenti.

Di qui, con tutte le difficoltà dipese dall'assenza di specificazioni normative, l'elaborazione teorica, sedimentatasi, nel corso degli anni, grazie al contributo fornito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ha cercato di arginare l'incompetenza funzionale ricorrendo ad una vasta categoria di "soluzioni" processuali, ognuna delle quali espressione di un diverso percorso epistemologico.

Muovendo dal rilievo che la disciplina dettata sulla competenza per materia individua i "fatti" ma non anche gli "atti" su cui si riflette la potestà giurisdizionale, una prima tesi postula la saturazione del vuoto legislativo ad opera della competenza funzionale che, come «limite alla giurisdizione»⁷⁹, usufruisce dei criteri sovrintendenti la distribuzione del lavoro nel processo penale per cristallizzare la tipologia di provvedimenti attribuiti ad un determinato ufficio giudiziario *ratione materiae* competente.

Da ciò, quindi, conseguirebbe una sostanziale osmosi tra le due competenze, tant'è che «ogni competenza per materia è funzionale dal punto di vista soggettivo ed ogni competenza funzionale ha ad oggetto la materia assegnata a quel determinato giudice»⁸⁰; seguendo tale ragionamento ed ampliando l'ottica dell'analisi, potrebbe, altresì, ipotizzarsi l'assorbimento, nel medesimo principio, della competenza per territorio e di quella per connessione, e ciò non fosse altro perché è la combinazione di tutti e tre i «criteri a far sì che l'organo giurisdizionale possa esprimere funzionalmente le sue attribuzioni»⁸¹. Tali premesse acquisiscono valenza funzionale all'esplicazione del corollario secondo cui «nessun giudice che abbia esercitato la sua funzione durante una fase del procedimento può riesercitarla nelle fasi successive quando queste richiedono un controllo o un nuovo giudizio»⁸²; ed infatti, non deve sfuggire

degli strumenti di tutela messi a sua disposizione. In definitiva, si tratta di una forma di inderogabilità quanto agli strumenti di tutela e quanto al potere-dovere del giudice di rimuovere il "vizio", non quanto al loro utilizzo da parte della parte "interessata"; situazione, peraltro, ricorrente ma che qui è specificatamente presa in considerazione per elidere il tratto di contiguità consequenziale tra inderogabilità e nullità».

⁷⁹ CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 225.

⁸⁰ DALIA, DELLA MONICA, *Competenza (diritto processuale penale)*, cit., 18, che, a loro volta, richiamano SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 136.

⁸¹ DALIA, DELLA MONICA, *Competenza (diritto processuale penale)*, cit., 18.

⁸² ROSSI, *L'incompetenza funzionale e le tendenze conservatrici della Cassazione*, in *Arch. pen.* on-line, 2017, 1, 3. A tal proposito, MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, 1967, 119; RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1957, 131; TRANCHINA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, a cura di SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, Milano, 1996, 1, 86. Completa il ragionamento MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 227: «[...] una volta stabilito il principio che il rapporto processuale si articola oltre che in vari gradi, in alcune fasi, ciascuna

come l'incompatibilità cagionata dall'esercizio di una pregressa attività decisionale⁸³ sia normata da quegli stessi parametri assegnativi di "potere" necessari alla salvaguardia della credibilità e dell'obiettività della funzione giurisdizionale.

Del resto, ad eguali conclusioni si perverrebbe sviluppando gli *argumenta contrario sensu*: inferendo una relazione tra due termini di riferimento - da una parte, una "fonte di pregiudizio", dall'altra, una "sede pregiudicata"⁸⁴ - l'incompatibilità *ex art. 34 c.p.p.* sussisterebbe fin tanto che la precedente valutazione di merito⁸⁵ sia stata compiuta nel medesimo procedimento⁸⁶. Ed allora, nel momento in cui si riconosce che «la predisposizione di regole di attribuzione al singolo magistrato e/o collegio di specifiche attività ha come effetto la impossibilità che l'uno o l'altro compiano altri atti o conoscano del merito della vicenda»⁸⁷, non si può ignorare quella che è la dimensione negativa della competenza funzionale: inibire l'espletamento di ulteriori attività processuali quando le precedenti hanno compromesso l'imparzialità del giudicante.

delle quali, nella sua strutturale autonomia, reclama la presenza di un giudice diverso, insensibile ad ogni possibile condizionamento scaturente da un pregresso intervento decisorio nell'ambito dello stesso procedimento».

⁸³ La terzietà e l'imparzialità del giudice sono principi diffusamente analizzati da BARBIERI, *Brevi note in tema d'imparzialità del giudice*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 208 ss.; CARCANO, *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, in *Cass. pen.*, 1994, 360 ss.; CASCONI, *L'imparzialità e la terzietà del giudice non sempre garantiscono la neutralità*, in *Documenti Giustizia*, 2001, 42, 58 ss.; DI CHIARA, *Giurisprudenza manipolativa della Corte costituzionale e tutela dell'imparzialità del giudice: appunti in tema di rapporti tra astensione e ricasazione dello iudex suspectus: Corte cost. 14 luglio 2000 n. 283 e 26 luglio 2000 n. 367*, in *Giur. cost.*, 2000, 45, 3387 ss.; ID., *Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 43, 85 ss.; FLORIO, *Il diritto ad un giudice terzo e imparziale*, in *Giur. cost.*, 2000, 1882 ss.; GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, in AA.VV. di Salerno 11/13.10.1996, *Il giusto processo*, Milano, 1998, 35 ss.; MAZZA, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in *Protagonisti e comprimari del processo penale*, a cura di CHIAVARIO, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di CHIAVARIO, MARZADURI, Milano, 1995, 35 ss.; POTETTI, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell'astensione e ricasazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 1108 ss.; QUATROCCOLO, *In tema di imparzialità del giudice penale la Corte costituzionale "potenzia" astensione e ricasazione*, in *Leg. pen.*, 2000, 837 ss.; SEVERINO, *L'imparzialità del giudice cardine del giusto processo*, in *Il giusto processo*, 2002, 15 ss.

⁸⁴ Accostamento operato da APRATI, sub *art. 34*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2007, I, 257.

⁸⁵ Corte cost., n. 401 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 270 ss.; Corte cost., n. 453 del 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 821 ss.

⁸⁶ Corte cost., n. 124 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 1981 ss.; Corte cost., n. 186 del 1992, in *Giust. pen.*, 1993, I, 270 ss.

⁸⁷ RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 6.

Così inquadrato il discorso, naturale e, per certi versi, fisiologica si prefigura l'assimilazione dell'incompetenza funzionale alle c.d. "incompatibilità funzionali", ciò che, a tutto voler concedere, consentirebbe un'aggressione dell'atto solo tramite la ricusazione del magistrato che lo ha emanato⁸⁸.

Invero, sulla base di una logica conservativa, l'art. 42, co. 2, c.p.p. - stabilendo che, unitamente all'accoglimento della dichiarazione (di astensione o) di ricusazione, deve essere rilevato «se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenuto o ricusato conservano efficacia» - ammette espressamente che la parzialità dello *iudex*, pur alterando l'atto nella sua formazione, non per forza ne deve anche pregiudicare la validità⁸⁹. In tal guisa, invalsa è l'opinione di chi ritiene che le cause d'incompatibilità, qualunque esse siano, non escludono la capacità del giudice ma, al massimo,

⁸⁸ Ricusazione come unico rimedio processuale all'incompetenza funzionale è la proposta esegetica fornita da BARONE, sub artt. 34-35 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO, DOMINIONI, 1989, I, 225; BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1984, 157; CIABATTI, *Nullità*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, I° Aggiornamento, Torino, 1993, 488; DELLA CASA, VOENA, *Soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, Appendice, a cura di CONSO, GREVI, Padova, 2000, 42; DOMINIONI, sub art. 33 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO, DOMINIONI, Milano, 1989, I, 215 ss.; FROSALI, *Diritto processuale penale*, Milano, 1989, 187; GIANZI, *Incompatibilità del giudice*, in *Enc. giur.*, 2000, 16, 1 ss.; NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 315; PATANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1997, III, 450 ss.; ID., *Requisiti per la nomina a giudice popolare ed incompatibilità: concetti da non confondere*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 168 ss.; PICA, *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, 12, 228 ss.; PEYRON, *Annullamento con rinvio al giudice di primo grado e composizione del nuovo collegio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 1184; RAFARACI, sub art. 34 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, 1989, I, 192; SPANGHER, VOENA, *Soggetti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, Padova, 1994, 23; VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1956, 89; ZAPPALÀ, sub art. 33 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, Torino, 1989, I, 179.

⁸⁹ Di quest'idea sono BARONE, sub artt. 42-43 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO, DOMINIONI, 1989, I, 261; PAOLOZZI, *I limiti di attività del giudice ricusato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 534. Anche INZERILLO, *L'incompetenza funzionale del giudice per incompatibilità o incompetenza sopravvenuta in forza di sentenze di illegittimità costituzionale*, cit., 1903 s., non se ne discosta ed anzi afferma: «il riconoscimento della situazione di incompatibilità che segua alla proposizione di un'istanza di ricusazione, infatti, non determina *ex se* la nullità degli atti già compiuti, essendo la scelta in ordine alla loro validità rimessa al provvedimento che accoglie la dichiarazione di ricusazione che, ai sensi dell'art. 32, 2° comma, c.p.p. stabilisce "se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia"; la qualità di *iudex suspectus* derivando, tra l'altro, non dalla proposta di dichiarazione di ricusazione, che vieta solamente al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare sentenza e non gli impedisce di compiere attività processuali (art. 37, 2° comma, c.p.p.), bensì dal provvedimento che, *ex art.* 42, 1° comma, c.p.p., gli preclude di adottare ulteriori atti procedurali che, ove posti in essere, saranno colpiti dalla sanzione di nullità».

la comprimono⁹⁰; queste, difatti, «si riferiscono non già alla sua attitudine ad esercitare le funzioni giurisdizionali [...] ma esclusivamente ad un limitato set-

⁹⁰ L'orientamento della Corte di Cassazione di gran lunga dominante è quello che le cause d'incompatibilità non "producono" nullità: Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2016, B. ed altri, in *CED Cass. pen.*, 2016, rv. 266990; Cass., Sez. VI, 4 novembre 2015, P.O. in proc. B. ed altri, in *CED Cass. pen.*, 2016, rv. 266326; Cass., Sez. VI, 9 settembre 2015, A., in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 264637; Cass., Sez. I, 10 marzo 2015, G. ed altri, in *Diritto & Giustizia*, 2015; Cass., Sez. II, 5 marzo 2015, V., in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 262780; Cass., Sez. V, 17 novembre 2014, C. ed altri, in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 262182; Cass., Sez. I, 25 giugno 2014, C., in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 263179; Cass., Sez. I, 23 aprile 2014, A., in *CED Cass. pen.*, 2015, rv. 262302; Cass., Sez. III, 5 dicembre 2013, C., in *CED Cass. pen.*, 2014, rv. 258918; Cass., Sez. VI, 17 ottobre 2013, B., in *Foro it.*, 2014, 5, 281 ss.; Cass., Sez. VI, 4 giugno 2013, S., in *CED Cass. pen.*, 2013, rv. 257033; Cass., Sez. III, 12 maggio 2010, S., in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 248110; Cass., Sez. IV, 29 aprile 2010, S., in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1849 ss.; Cass., Sez. V, 12 marzo 2010, B. ed altro, in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 246716; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2006, M., in *Guida al diritto*, 2007, 8, 92 ss.; Cass., Sez. IV, 9 novembre 2004, C., in *Guida al diritto*, 2005, 20, 70 ss.; Cass., Sez. IV, 4 giugno 2004, V., in *Guida al diritto*, 2004, 41, 67 ss.; Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, A., in *Guida al diritto*, 2004, 45, 60 ss.; Cass., Sez. III, 14 novembre 2003, Jayasurya, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1984 s.; Cass., Sez. I, 10 ottobre 2003, M., in *Guida al diritto*, 2004, 9, 71 ss.; Cass., Sez. II, 26 giugno 2003, B., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 663 ss.; Cass., Sez. II, 16 maggio 2003, M., in *CED Cass. pen.*, 2003, rv. 226248; Cass., Sez. III, 27 novembre 2001, Padula, in *CED Cass. pen.*, 2001, rv. 221055; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2000, Barontini, in *Cass. pen.*, 2002, 1441; Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2000, G., in *CED Cass. pen.*, 2001, rv. 217861; Cass., Sez. Un., 24 novembre 1999, Scrudato, in *Giust. pen.*, 2000, II, 398 ss.; Cass., Sez. III, 20 novembre 1999, Sanasi, in *CED Cass. pen.*, 1999, rv. 214808; Cass., Sez. I, 11 giugno 1999, Mammo, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1286 ss.; Cass., Sez. II, 22 settembre 1998, B., in *Cass. pen.*, 1999, 2613; Cass., Sez. V, 13 luglio 1998, Sculli, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 211699; Cass., Sez. VI, 9.6.1998, Ferretti, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 211087; Cass., Sez. VI, 8 giugno 1998, Finocchi, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 210999; Cass., Sez. VI, 2 aprile 1998, Russo, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 210211; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1998, Angeli, in *CED Cass. pen.*, 1998, rv. 210471; Cass., Sez. VI, 22 dicembre 1997, Todini, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 209493; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 1997, Craparo, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 209473; Cass., Sez. I, 15 dicembre 1997, Geremia, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 209135; Cass., Sez. II, 19 novembre 1997, Migliorisi, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 210455; Cass., Sez. I, 25 settembre 1997, Todesco, in *Giur. it.*, 1998, 1902 ss.; Cass., Sez. VI, 30 settembre 1996, P., in *Cass. pen.*, 1998, 2057; Cass., Sez. II, 23 luglio 1997, Buttignon, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 208569; Cass., Sez. VI, 14 maggio 1997, Egidi, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 209752; Cass., Sez. IV, 9 maggio 1997, Fusco, in *CED Cass. pen.*, 1997, rv. 207372; Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, D'Avino, in *Cass. pen.*, 1996, 2507 ss.; Cass., Sez. I, 29 maggio 1996, D., in *Giust. pen.*, 1997, III, 436 ss.; Cass., Sez. I, 11 marzo 1996, Puca, in *Cass. pen.*, 1997, 778; Cass., Sez. V, 28 gennaio 1997, Benedusi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 501 ss.; Cass., Sez. III, 28 marzo 1996, Catani, in *CED Cass. pen.*, 1996, rv. 205044; Cass., Sez. I, 18 dicembre 1995, Morelli, in *Cass. pen.*, 1997, 436 ss.; Cass., Sez. I, 16 dicembre 1995, Emmanuello, in *CED Cass. pen.*, 1995, rv. 204858; Cass., Sez. III, 8 novembre 1995, C., in *Cass. pen.*, 1997, 1770; Cass., Sez. VI, 4 maggio 1995, Spano, in *Giust. pen.*, 1996, III, 372; Cass., Sez. VI, 22 settembre 1994, D., in *Cass. pen.*, 1996, 1482; Cass., Sez. I, 7 marzo 1994, Toso, in *Cass. pen.*, 1995, 2629; Cass., Sez. II, 28 gennaio 1994, L., in *Giust. pen.*, 1994, III, 590 ss.; Cass., Sez. I, 25 novembre 1993, Fazzari, in *Cass. pen.*, 1995, 618; Cass., Sez. IV, 20 aprile 1993, Mari, in *Cass. pen.*, 1994, 1555; Cass., Sez. I, 13 gennaio 1993, Andreotti, in *CED Cass. pen.*, 1993, rv. 190230; Cass., Sez. I, 1 aprile 1992, Amenta, in *Giur. it.*, 1993, II, 384 ss.; Cass., Sez. I, 30 ottobre 1991, Perna, in *Cass. pen.*, 1993, 2038 ss.; Cass., Sez. IV, 16 novembre 1990, S., in *Cass. pen.*, 1992, 983; Cass., Sez. I, 5 luglio 1990, Villani, in *Cass. pen.*, 1991, 595; Cass., Sez. I, 3 febbraio 1989, B., in *Cass. pen.*, 1990, I, 1324.

tore (relativo ad un determinato procedimento) della sua attività»⁹¹, senza che possa, per ciò solo, venir meno anche «l'originaria qualità di organo giudiziario legalmente dotato della potestà di decidere»⁹². Parimenti, una lettura orientata dell'art. 101, co. 2, Cost. non condurrebbe ad epiloghi differenti posto che dalla disposizione costituzionale è possibile dedurre il principio di soggezione del giudice alla legge ma non «che l'osservanza delle prescrizioni atte a garantire l'imparzialità e, in particolare, di quelle sulle cause di incompatibilità, debba essere assicurata col principio della nullità assoluta»⁹³.

Per quanto solide e resistenti possano apparire le relative fondamenta, affianco a tale impostazione metodologica si è andata insinuando una divergente schematizzazione teorica dotata, anch'essa, di radici assai profonde.

Già molto tempo prima che il nuovo codice di procedura penale entrasse in vigore, ancorché la giurisprudenza si manifestasse incline a limitare i casi di nullità al solo difetto di capacità generica nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali⁹⁴, si erano registrati numerosi tentativi volti a ricondurre le situazioni d'incompatibilità nell'alveo della prefata invalidità processuale. A parte alcune singolari prese di posizione che, pur in assenza di qualsivoglia previsione normativa, avevano ipotizzato la natura relativa del vizio, affidandone la deducibilità allo stesso atto di ricazione⁹⁵, i binari della discussione furono più

⁹¹ INZERILLO, *L'incompetenza funzionale del giudice per incompatibilità o incompetenza sopravvenuta in forza di sentenze di illegittimità costituzionale*, cit., 1903 s.

⁹² DEAN, *Gli effetti dell'incompatibilità del giudice*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di GAITO, Padova, 1995, 5.

⁹³ Ad escludere la ravvisabilità di una nullità assoluta è stata Corte cost., n. 473 del 30.12.1993, in *Cass. pen.*, 1994, 1160 ss., che motiva il proprio *decisum* osservando come ogni interpretazione alternativa condurrebbe ad un'irrazionale discrasia tra le ipotesi di cui agli artt. 34 e 35 c.p.p. e taluni casi di astensione e ricazione, anch'essi caratterizzati dalla sussistenza di un analogo pericolo di compromissione della terzietà del giudice, nonché all'illogica necessità di ricomprendere, in questo ambito, anche le fattispecie di cui agli artt. 16 e 17 ord. giud., le quali, tuttavia, sono vicende che, incidendo sul rapporto di servizio del magistrato, risultano palesemente estranee alla tematica dell'incapacità.

⁹⁴ *Cass.*, Sez. V, 20 ottobre 1988, G., in *Cass. pen.*, 1990, I, 650; *Cass.*, Sez. IV, 2 marzo 1988, D., in *Cass. pen.*, 1989, 2031; *Cass.*, Sez. II, 1 aprile 1987, Toffetti, in *Cass. pen.*, 1988, 2110 s.; *Cass.*, Sez. III, 12 febbraio 1986, Cilea, in *Cass. pen.*, 1987, 578 s.; *Cass.*, Sez. II, 27 aprile 1985, C., in *Giust. pen.*, 1986, III, 517 ss.; *Cass.*, Sez. III, 22 febbraio 1985, B., in *Giust. pen.*, 1985, III, 681; *Cass.*, Sez. II, 7 febbraio 1985, R., in *Riv. pen.*, 1986, 264 ss.; *Cass.*, Sez. VI, 18 aprile 1984, Pigneter, in *Cass. pen.*, 1985, 2065 s.; *Cass.*, Sez. V, 13 dicembre 1983, C., in *Cass. pen.*, 1985, 967; *Cass.*, Sez. II, 2 dicembre 1983, Tomasetti, in *Cass. pen.*, 1985, 937; *Cass.*, Sez. III, 5 ottobre 1983, M., in *Giust. pen.*, 1984, III, 507; *Cass.*, Sez. I, 20 novembre 1981, C., in *Giust. pen.*, 1982, III, 454 ss.; *Cass.*, Sez. III, 24 novembre 1980, S., in *Cass. pen.*, 1982, 1193; *Cass.*, Sez. III, 21 maggio 1980, B., in *Giust. pen.*, 1981, III, 485; *Cass.*, Sez. I, 18 dicembre 1978, V., in *Giust. pen.*, 1979, III, 428; *Cass.*, Sez. II, 17 aprile 1978, C., in *Cass. pen.*, 1980, 454; *Cass.*, Sez. V, 27 gennaio 1978, R., in *Cass. pen.*, 1979, 894 ss.; *Cass.*, Sez. IV, 26 gennaio 1978, R., in *Cass. pen.*, 1980, 139 ss.

⁹⁵ Che si tratti di soluzione singolare lo sostiene anche CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, 272,

correttamente incanalati alla volta delle nullità assolute sul presupposto che l'incompatibilità «si inquadra nelle ragioni di incapacità personale del giudice» che, a loro volta, devono «essere equiparate a quelle previste dall'ordinamento giudiziario cui fa riferimento l'art. 185, n. 1, non potendosi pensare che tale norma si riferisca solo ad ipotesi pressoché impossibili a verificarsi»⁹⁶.

E così, sebbene l'attuale codice di rito, dopo lunga meditazione⁹⁷, abbia notevolmente ridotto il campo d'operatività del vizio inerente la capacità del giudice⁹⁸, ciò non è stato d'ostacolo a chi ha voluto intravedere, nell'art. 33 c.p.p., una concezione di “capacità” intesa come “categoria” che, in quanto «priva di definizione, ricomprend[e] tutte quelle condizioni inerenti alla figura del giudice che non risultino espressamente escluse»⁹⁹. Riconoscendo validità all'assunto, la constatazione che l'incompatibilità non sia formalmente estro-

che, ragionando sul regime di rilevanza e deducibilità del vizio, osserva: «l'alternativa sta fra l'escludere ogni nullità ed il ravvisarne una assoluta; il principio di tassatività esclude una terza via». Ad ogni modo, l'opzione qui criticata aveva trovato l'adesione di Cass., Sez. II, 18 aprile 1987, T., in *Cass. pen.*, 1988, 2120; Cass., Sez. V, 2 dicembre 1983, Barbaro, in *Giust. pen.*, 1985, III, 21; Cass., Sez. VI, 19 dicembre 1979, R., in *Cass. pen.*, 1981, 1293; Cass., Sez. VI, 1 ottobre 1979, L., in *Giust. pen.*, 1980, III, 586; Cass., Sez. II, 4 novembre 1977, Porta, in *Cass. pen.*, 1979, 896 ss.

⁹⁶ Cass., Sez. II, 16 marzo 1965, Ciarelli, in *Cass. pen.*, 1965, 1072 ss. In termini analoghi, Cass., Sez. VI, 17 giugno 1989, Donat Cattin, in *Giur. cost.*, 1989, II, 1562.

⁹⁷ Limitando la ricostruzione alle sole tappe più salienti, fu, innanzitutto, il Progetto preliminare al codice di procedura penale del 1978 a prendere atto del contrasto emergente tra la «prevalente giurisprudenza e autorevole dottrina» e a prevedere, *sub art. 42*, che «l'inosservanza delle norme sull'incompatibilità [...] è causa di nullità assoluta» (cfr. *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, Padova, 1989, 232). La proposta non venne, tuttavia, accolta dalla Commissione consultiva che intravede il pericolo di una trasformazione del processo penale «in un vero e proprio castello di carta, esposto a crollare ad ogni minimo soffio, magari quando si sia ormai prossimi alla conclusione» (cfr. *Parere della Commissione consultiva*, in *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., 232). Di qui, il codice di procedura penale del 1988 esclude ogni accostamento tra i casi d'incompatibilità ed il vizio della nullità sebbene, nel corso dei lavori preparatori, si fosse «molto discusso se nell'incompatibilità debba vedersi la mancanza di un requisito di capacità del giudice o un caso di astensione e ricusazione» (cfr. *Relazione al Progetto preliminare del c.p.p. 1988*, rinvenibile su <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg>).

⁹⁸ Secondo ZAPPALÀ, *sub art. 33 c.p.p.*, cit., 181, l'attuale assetto codicistico da «minor peso all'esigenza di riconoscere nelle disposizioni che determinano la capacità del giudice l'attuazione della garanzia costituzionale del giudice naturale [...] sia espungendo dall'ambito della capacità le norme che si riferiscono all'incompatibilità ed all'immutabilità del giudice, sia designando una posizione di estraneità processuale per le disposizioni riguardanti la destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici». A ciò si aggiunga che l'art. 33, co. 3, c.p.p. sottrae alla “capacità del giudice” tutte le questioni concernenti l'attribuzione «degli affari penali al Tribunale monocratico o collegiale».

⁹⁹ FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi “sopravvenute”*, in *Cass. pen.*, 1990, 1233.

messa dalle “condizioni di capacità” deprivata di costruito la differenziazione, strumentale all’inclusione dell’una ma non anche dell’altra nelle cause di nullità, tra “capacità generica” e “capacità specifica”¹⁰⁰; l’unico riferimento codicistico su cui poter basare l’analisi resta, infatti, quello di cui all’art. 178, lett. a), c.p.p. che, però, sanziona l’inosservanza delle disposizioni concernenti «le condizioni di capacità del giudice» *lato sensu* considerata.

Di talché, ancorare la ricorrenza del vizio alla sola ipotesi di uno scarseggiare dei «requisiti occorrenti per l’esercizio delle funzioni giurisdizionali»¹⁰¹ configurerebbe un’operazione di «ortopedia legislativa»¹⁰² ove «l’interprete anziché “scoprire” il significato del dato normativo, lo “ricostruisce” a suo piacimento» pervenendo «a conclusioni in contrasto con l’esigenza di certezza del diritto»¹⁰³.

Da quest’angolo prospettico, si spiega il perché «l’incompetenza funzionale, incidendo sull’idoneità specifica del giudice, è di carattere assoluto e deve essere rilevata anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento»¹⁰⁴; a ben

¹⁰⁰ Volendo inquadrare la disciplina della capacità, può farsi fede alla ricostruzione di BACCARI, sub *art. 33*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2007, I, 228 che distingue «la “capacità di acquisto” dalla “capacità di esercizio” della funzione giurisdizionale. Il primo termine allude ai requisiti necessari per assumere la qualità di giudice (cittadinanza italiana, età, titolo di studio, godimento dei diritti politici ecc. ex artt. 8 e 124 ord. giud.); il secondo fa riferimento alla idoneità all’esercizio della funzione. Nell’ambito della capacità di esercizio si distingue ulteriormente tra la capacità “generica”, che è il complesso dei requisiti occorrenti per l’esercizio delle funzioni giurisdizionali, e la capacità “specificata”, che è l’insieme delle condizioni previste dalla legge per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali in un determinato processo». Se, invece, si vuole scendere nel dettaglio della materia, si rinvia a CONSO, *Capacità processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 6, 134 ss.

¹⁰¹ Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, D’Avino, cit., 2512.

¹⁰² DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 37.

¹⁰³ DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 42.

¹⁰⁴ Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, in *Cass. pen.*, 1992, 1256, che ha affermato la competenza della Corte di Appello a decidere sull’impugnazione avverso una sentenza pretorile per reati commessi successivamente al 29 novembre 1984. A porre in correlazione l’incompetenza funzionale con il vizio della nullità assoluta sancito dall’art. 178, lett. a), c.p.p. sono stati i seguenti pronunciamenti nomofilattici: Cass., Sez. I, 12 gennaio 2017, n. 17850, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 270297; Cass., Sez. II, 27 settembre 2016, De Leonardo, in *CED Cass. pen.*, 2017, rv. 268449; Cass., Sez. V, 23 novembre 2015, S., in *CED Cass. pen.*, 2016, rv. 265628; Cass., Sez. I, 10 marzo 2015, n. 17027, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, 345 ss.; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2013, C., in *CED Cass. pen.*, 2013, rv. 257185; Cass., Sez. IV, 3 novembre 2010, H. ed altro, in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 248773; Cass., Sez. I, 28 aprile 2010, C., in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 247455; Cass., Sez. IV, 1 dicembre 2009, C. ed altro, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1054 ss.; Cass., Sez. I, 27 novembre 2009, G., in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 245973; Cass., Sez. VI, 30 aprile 1999, Z., in *CED Cass. pen.*, 1999, rv. 214740; Cass., Sez. III, 12 marzo 1999, R., in *Cass. pen.*, 2000, 2073; Cass., Sez. VI, 3 dicembre 1997, Stornelli ed altri, in *Giur. it.*, 1998, 1902 ss. Cass., Sez. III, 3 novembre 1994, -, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 253 ss.; Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit., 2945 ss.; Cass., Sez. III, 26 marzo 1994, F., in *Fisco*, 1994, 5265 ss. Di straordinaria analogia, rispetto alla vicenda giudiziaria qui in esame, è la fattispecie concreta da cui è

vedere, il rinvio al concetto di “idoneità specifica” del magistrato allude ad un vizio incidente sulla sua “capacità specifica”, nel senso che, pur rimanendo titolare di “capacità generica”, gli è preclusa l’adozione di determinati provvedimenti e la cognizione di specifiche cause¹⁰⁵. In sostanza, interpretando la competenza funzionale alla stregua di un «presupposto processuale»¹⁰⁶, in assenza del quale viene meno anche la legittimazione dell’organo giurisdizionale, l’invalidità che scaturisce dalla sua inosservanza rende illegittima «la decisione giudiziale non tanto perché il giudice in tali casi decide in modo difforme da come voluto dalla legge ma perché decide quando non deve»¹⁰⁷.

D’altronde, assodata l’irrelevanza, ai fini della sussistenza del vizio, tra le condizioni di “capacità generica” e quelle di “capacità specifica”, ulteriori spunti a supporto di questa tesi si rinvencono nella stessa sintassi normativa che contrassegna gli artt. 34 e 35 c.p.p. ove l’enunciazione dei divieti è affidata alle locuzioni «non può» e «non possono»; poiché l’esegesi letterale conduce ad una parificazione¹⁰⁸ della situazione dell’incompatibile a quella dell’incapace – cioè di colui che “non può” ovvero di coloro che “non possono” – si è dedotto che queste ultime forme d’incompatibilità, più nocive di quelle «regolate

tratta Cass., Sez. I, 12 gennaio 1999, Tega ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 541 ss., che ha dichiarato la nullità dell’atto con il quale il Giudice dell’udienza preliminare, successivamente all’emissione del decreto di rinvio a giudizio, disponeva la perizia per la trascrizione delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, quindi in un momento in cui la «sua competenza funzionale nel processo era esaurita [...] infatti con la pronuncia del decreto che dispone il giudizio si verifica la *traslatio iudicii* con il definitivo radicamento di ogni potere dispositivo nel processo del giudice del dibattimento sicché questi e non altri, avrebbero potuto, dopo gli adempimenti di rito, decretare le trascrizioni di cui ci si occupa».

¹⁰⁵ Sotto un profilo sistematico, l’esegesi sembra trovare conferma in quelle decisioni della Corte di Cassazione ove si è riconosciuta la sussistenza di una nullità assoluta, per vizio di capacità, negli atti adottati dal medesimo organo giurisdizionale successivamente all’accoglimento della dichiarazione di ricusazione interposta nei suoi confronti: Cass., Sez. VI, 22 maggio 2014, C., in *CED Cass. pen.*, 2014, rv. 259900; Cass., Sez. I, 29 maggio 2000, S., in *Cass. pen.*, 2001, 3469; Cass., Sez. I, 13 luglio 1998, R., in *Giur. it.*, 2000, 595 ss.; Cass., Sez. I, 15 giugno 1998, A., in *CED Cass. pen.*, 1998; Cass., Sez. I, 1 giugno 1998, G., in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 577 ss.; Cass., Sez. I, 13 marzo 1997, Alfiero, in *Giust. pen.*, 1998, III, 399 ss.; Cass., Sez. I, 10 marzo 1997, Grillo, in *Giust. pen.*, 1998, III, 140 ss.

¹⁰⁶ Cass., Sez. fer., 2 settembre 1996, Pacifico, in *Riv. pen.*, 1997, 336 ss.

¹⁰⁷ DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 121, che così prosegue: «a causa di un’invalidità di quel tipo, la fattispecie costitutiva del dovere di decidere non si è ancora perfezionata posto che a carico del giudice interviene il dovere di provocare, con l’eliminazione dell’invalidità, il compiuto integrarsi della medesima fattispecie».

¹⁰⁸ Parificazione lessicale che, secondo FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi “sopravvenute”*, cit., 1234, finirebbe con il coinvolgere anche gli effetti giuridici: «le diverse situazioni che danno luogo ad incapacità o ad incompatibilità – almeno negli effetti – si assomigliano: la mancanza dei requisiti di capacità e la presenza di una situazione per cui il giudice risulta incompatibile con il procedimento sono situazioni ontologicamente uguali, perché entrambe riconducibili a “difetti” dell’organo giurisdizionale che ne rendono invalida l’attività».

negli artt. 18 e segg. ord. giud. (relative alla sede, a causa della parentela o affinità con professionisti o magistrati)», non potendo essere assoggettate «a regime meno severo», genererebbero «un'incapacità del giudice rilevabile *ex officio* secondo la regola delle nullità assolute»¹⁰⁹. Sulla scia di tale approccio, si pongono anche le risultanze di una lettura coordinata degli artt. 36 e 37 c.p.p. che, con riferimento a gran parte delle fattispecie ivi previste, portano ad «escludere che gli atti compiuti dal giudice incompatibile siano affetti da nullità assoluta», ben potendo, in questi casi, la ricasazione costituire «un mezzo attraverso il quale la parte può esercitare un potere d'eccezione», ma, avuto riguardo all'art. 36, co. 1 lett. g), c.p.p., sembrano marginalizzare la ricasazione a mero «strumento volto a prevenire la nullità assoluta degli atti compiuti in violazione di un divieto posto dalla legge»¹¹⁰.

Estremizzando - ma nemmeno poi così tanto - il discorso, si potrebbe anche inferire, dalla genericità del riferimento alle «leggi dell'ordinamento giudiziario» (art. 178, lett. a, c.p.p.), un obbligo d'interpretazione estensiva reso ancora più cogente dalla ricomprensione, nel coacervo di tali disposizioni, di quelle poste a presidio del principio d'immutabilità del giudice¹¹¹; cosicché, sarebbe «fuori discussione che le leggi di ordinamento giudiziario possono rinvenirsi anche in disposizioni normative *extravagantes* all'ordinamento giudiziario [...] che, indipendentemente dalla collocazione disciplinano l'attività giudiziaria; per conseguenza, in tali leggi rientrano certamente anche quelle previsioni che determinano la divisione del lavoro tra i vari organi con correlativa legittimazione ad adottare un determinato atto»¹¹².

¹⁰⁹ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 165. La conclusione, peraltro, appare decisamente fondata se si considera che l'art. 19 dell'ordinamento giudiziario introduce una causa d'incompatibilità - l'esistenza di rapporti di parentela ed affinità - praticamente identica a quella codicistica ed anzi, addirittura, più estesa posto che, a differenza di quest'ultima, prende in considerazione i rapporti di parentela fino al terzo ed al quarto grado; negare che l'incompatibilità incida sulla capacità del giudice porterebbe, a questo punto, al paradosso che, per una relazione più stretta, quella, ad esempio, di primo o secondo grado, sarebbe adibibile lo strumento della ricasazione, mentre per rapporti più "dilatati" potrebbe invocarsi la nullità.

¹¹⁰ TREVISSON LUPACCHINI, *Riflessi dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, in *Giur. it.*, 1993, II, 389.

¹¹¹ Pur sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, Cass., Sez. IV, 4 dicembre 1981, Violato, in *Cass. pen.*, 1982, 2052; Cass., Sez. III, 22 gennaio 1980, Uboldi, in *Cass. pen.*, 1981, 274.

¹¹² DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 51. Va, però, evidenziato come il richiamo alle leggi di ordinamento giudiziario sia, in dottrina, variamente inteso: MOLARI, *I soggetti*, in *Manuale di procedura penale*, a cura di PISANI, MOLARI, PERCHINUNNO, CORSO, Bologna, 2004, 27, ritiene di poter desumere la capacità del giudice solamente da disposizioni contenute nell'ordinamento giudiziario; DOMINIONI, sub *art. 33 c.p.p.*, cit., 216, invece, afferma che non ci si debba arrestare al dato formale della collocazione sistematica delle norme ma far riferimento all'aspetto contenutistico, cioè al fine di comprendere se una disposizione appartenga o meno alle norme ordina-

Si tratta, com'è evidente, di impostazioni che, nonostante la diversità delle premesse, raggiungono conclusioni convergenti in quanto animate dalla medesima *ratio*: entrambe elevano la terzietà e l'imparzialità dell'organo giurisdizionale ad elementi strutturali, quindi indefettibili e coessenziali, della sua capacità¹¹³. Inoltre, si allineano sia alle norme convenzionali e pattizie¹¹⁴ che ai *dicta* della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui l'incompatibilità derivante da carenza d'imparzialità, integrando un vizio essenziale della capacità del giudice, è rilevabile oltre i termini di decadenza previsti dall'art. 38 c.p.p. e, addirittura, anche dopo la formazione del giudicato¹¹⁵.

D'altra parte, sia concesso rilevare che la ricusabilità del magistrato il quale, seppur incompetente funzionalmente, decida, "sordo" ad ogni coscienza deontologica, di «stare al banco»¹¹⁶ e di non astenersi, è strumento processuale che, se da solo considerato, rischia, il più delle volte, di rivelarsi inefficace. Dato il suo carattere tassativo, insuscettibile di interpretazioni estensive o analogiche¹¹⁷, è legittimo domandarsi in che modo possa invocarsi l'istituto della

mentali di struttura degli organi giudiziari; infine, TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, 101, sostiene che solo il numero dei giudici necessario per costituire i collegi vada "estrapolato" dall'ordinamento giudiziario mentre i restanti requisiti di capacità dovrebbero essere desunti dal sistema processuale penale.

¹¹³ Presupponendo che non vi sia "giurisdizione" senza terzietà ed imparzialità, Corte cost., n. 440 del 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 35 ss., ha statuito che i principi di cui all'art. 111 Cost. si pongono, rispetto alla legge ordinaria, non solo «come parametri di legittimità ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio costituzionale».

¹¹⁴ Tra esse, si ricorda l'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo («ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti») e l'art. 14 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici («tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile»).

¹¹⁵ Corte E.D.U., 7.8.1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in *Giust. pen.*, 1997, III, 449 s., a seguito della quale PATANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, cit., 511, ha affermato la necessità di una revisione della disciplina sulle incompatibilità.

¹¹⁶ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 43.

¹¹⁷ Pacifica, invero, è la natura tassativa dei casi d'incompatibilità che possono dar luogo a ricusazione. In dottrina, BARONE, sub *artt. 36-37 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO, DOMINIONI, 1989, 1, 233 ss.; CAIANELLO, *Provvedimento sfavorevole e ricusazione del giudice per grave inimicizia*, in *Cass. pen.*, 2003, 167 ss.; CHINNICI, "Il caso Previti": dalla sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001 alla inammissibilità della ricusazione per "inimicizia grave". *L'ennesima tappa del "processo al processo"*, in *Cass. pen.*, 2002, 10, 3041 ss.; COLAMUSSI, *Astensione e ricusazione: in comune solo la ratio*, in *Cass. pen.*, 1998, 536 ss.; MARINELLI, *La inimicizia iudicis quale motivo di ricusazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 9, 205 ss.; NUZZO, *Un'ipotesi di ricusazione del*

ricusazione quando lo specifico caso d'incompetenza funzionale non incontri un omologo nelle previsioni produttive d'incompatibilità: senza pretesa d'eshaustività, si ponga mente a delle indagini preliminari che, pur riguardando un ministro, siano state "curate" da organo diverso da quello indicato nella L. cost. n. 1 del 16 gennaio 1989 oppure alla decisione sull'applicazione di una proposta di misura di prevenzione, personale o patrimoniale, adottata, in luogo del c.d. "Tribunale della Prevenzione", da un magistrato di sorveglianza.

Ci si trova al cospetto di esemplificazioni niente affatto scolastiche tanto da aver imposto, almeno in un caso, l'intervento del massimo organo nomofilattico che, significativamente, conferì operatività all'art. 178, lett. a), c.p.p. rimarcando che l'incompetenza funzionale «equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti, direttamente, sull'idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento»; effetti la cui «imponente rilevanza» si ripercuote sulla «legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende questo non più conforme a parametri normativi di riferimento»¹¹⁸.

In altri termini, se il fine è quello di «assicurare per alcune fasi o per taluni atti un determinato giudice», tanto che la competenza funzionale presuppone «una relazione sostanziale tra l'attività da compiere e l'idoneità del giudice»¹¹⁹, allora ogni sua eventuale trasgressione «si traduce nell'arbitrario esercizio, da parte del giudice, di poteri che a lui la legge non gli attribuisce, un arbitrio che produce il sovvertimento delle ripartizioni della potestà giurisdizionale»¹²⁰.

giudice delegato al fallimento chiamato ad esercitare funzioni penali per reati di bancarotta (nota a Sez. V, 17/1/02, dep. 28/2/02, n. 7484, Bottini), in Cass. pen., 2003, 1, 178 ss.; SEGHETTI, Ricusazione per opinioni espresse fuori dall'esercizio delle funzioni, in Dir. pen. e proc., 1996, 469 ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 5 febbraio 2019, n. 25313, in CED Cass. pen., 2019, rv. 276004; Cass., Sez. III, 19 aprile 2016, n. 21939, in Cass. pen., 2017, 1, 266 ss.; Cass., Sez. I, 19 marzo 2009, S., in CED Cass. pen., 2009, rv. 243747; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2008, D., in CED Cass. pen., 2009, rv. 242720; Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2008, D., in CED Cass. pen., 2008, rv. 240363; Cass., Sez. III, 1 ottobre 2003, Urbini, in CED Cass. pen., 2003, rv. 226693; Cass., Sez. III, 13 dicembre 2001, Acampora, in Arch. nuova proc. pen., 2002, 209; Cass., Sez. VI, 17 novembre 1999, R., in CED Cass. pen., 2000, rv. 216407; Cass., Sez. I, 6 novembre 1998, A., in Cass. pen., 2000, 2379; Cass., Sez. III, 18 maggio 1993, F., in Cass. pen., 1995, 987; Cass., Sez. II, 12 dicembre 1991, Falbo ed altri, in Cass. pen., 1993, 2293.

¹¹⁸ Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit., 2952.

¹¹⁹ LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 400, soggiunge: «i problemi di incompetenza funzionale, pertanto vanno regolati sulla base del più rigoroso carattere di assolutezza senza che si possano neppure accettare quei temperamenti che sono stati predisposti per talune situazioni di incompetenza per materia. Così, non può consentirsi che al giudice funzionalmente competente non può sostituirsi un organo collegiale, ancorché del collegio faccia parte il giudice monocratico funzionalmente competente».

¹²⁰ MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 232.

In tale contesto, di «radicale sviamento della fisiologia del procedimento e del processo»¹²¹, dove ad essere messa in crisi è la stessa «legale costituzione del rapporto processuale»¹²², si giustifica l'invalidità processuale della nullità assoluta¹²³, occorrendo uno strumento caratterizzato da una non limitata rilevabilità.

Un'ultima posizione concettuale ritiene «pienamente giustificato» il ricorso all'abnormità¹²⁴ in tutti quei casi in cui un atto «si riveli gravemente distorsivo dell'esercizio della funzione giurisdizionale per il fatto di essere stato emesso

¹²¹ RICCIARELLI, *L'esercizio della funzione giurisdizionale: dalla competenza al riparto di attribuzioni*, cit., 119.

¹²² CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 178.

¹²³ Tra i «sostenitori del vizio», APRATI, sub art. 34, cit., 308; ASTARITA, GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, cit., 194; CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, 94; CA TELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 1993, 46; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo, verso nuovi equilibri*, cit., 73 ss.; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 186; FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi "sopervenute"*, cit., 1234; GRIFANTINI, *Misure cautelari e incompetenza del giudice nella fase delle indagini preliminari: quali rimedi dopo la sentenza delle Sezioni Unite?*, in *Cass. pen.*, 1994, 2955 ss.; GUARNIERI, *Competenza in materia penale*, cit., 105; MARVULLI, *Competenza e incompetenza penale*, cit., 232.; NAPPI, *Competenza penale*, cit., 356; RIVIELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 1 ss.; RIVIEZZO, *Competenza penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1° Aggiornamento, Torino, 2000, 61 ss.; TRANCHINA, *I soggetti*, cit., 112; TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., 107; ID., *Riflessi dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, cit., 388; VIGGIANO, *In tema di competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari*, cit., 328.

¹²⁴ La prima elaborazione teorica in tema di abnormità si deve ad ALOISI, *Impugnazioni nel processo penale*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1938, 6, 855 ss., il quale mosse il seguente rilievo: «il principio, che domina l'impugnabilità oggettiva dei provvedimenti del giudice, essere cioè consentito il controllo del giudice superiore soltanto per quei provvedimenti che la legge dichiara soggetti ad impugnazione, dichiarandone espressamente il mezzo, ha fatto sorgere in pratica il quesito seguente se, malgrado il silenzio del legislatore, possano tuttavia considerarsi impugnabili quelle sentenze, le quali contengano decisioni che per il loro oggetto non sia possibile inquadrare in veruna di quelle categorie di sentenze, per le quali il legislatore, coerentemente al suo sistema, ammette o vieta l'impugnazione». A seguito di tale primigenia riflessione, la Corte di Cassazione iniziò a delineare alcuni generali principi in materia di atto abnorme, tutti accuratamente ripresi e compulsati da ESCOBEDO, *Atto giudiziale inesistente e amnistia*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, 677 ss.; PIERRO, *Appunti per una teoria generale dell'abnormità nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 321 ss. Tra la letteratura più moderna, ANGELETTI, *L'abnormità dell'atto*, in *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, Torino, 2005, 1, 108 ss.; BERNIERI, *La impugnabilità dei provvedimenti così detti abnormi*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1942, 669 ss.; CANTONE, *Puntualizzazione sull'abnormità*, in *Cass. pen.*, 1998, 3077 ss.; CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1240 ss.; ID., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 299 ss.; CIARINELLO, *Un'ipotesi di abnormità fra i vecchi nuovi poteri del g.u.p.*, in *Cass. pen.*, 2001, 7/8, 2166 ss.; GIUNCHEDI, *L'atto "abnorme" nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, 1907 ss.; IASEVOLI, *Abnormità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004, 1, 1 ss.; TIBERI, *Un caso ai limiti dell'abnormità*, in *Giur. it.*, 2003, 2127 ss.; ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 245 ss.

entro termini non congrui rispetto ai ritmi temporali dello svolgimento di tale funzione»¹²⁵.

La conclusione trae origine dallo studio del processo penale: un fenomeno unitario che, non ammettendo disfunzioni, esige che ogni procedura sia portata a termine in modo ordinato ed uniforme, vieppiù in ossequio ad una sequela di atti¹²⁶ informata ai principi di progressione e progressività¹²⁷. Ereditata, allora, dal diritto amministrativo, la figura dell'eccesso di potere¹²⁸, storicamente accostata ad un vizio di legittimità dell'atto¹²⁹, segnatamente un vizio della funzione¹³⁰, cagionante l'annullabilità del medesimo, l'abnormità s'immedesima in quell'attività decisionale, di matrice giurisdizionale¹³¹, che, seppur "funzionalizzata" in quanto prevista, è svolta non più secondo lo schema normativo che la regola ma falsando lo sviluppo tipico degli atti processuali che lo stesso ordinamento impone.

E poiché l'eccesso di potere giurisdizionale afferisce alle attribuzioni istituzionali, inquadrabili sempre in situazioni mono o pluri-soggettive¹³², esso verrà in

¹²⁵ MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984, 336 s.

¹²⁶ Si riporta il pensiero di BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 128, che interpreta il processo come una «storia, segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in una realizzazione concreta».

¹²⁷ Ci si rifà a Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, 1, 28, secondo cui il processo è una «sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico di attività, fasi e di gradi [...] legalmente tipizzato in conformità di criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento del risultato finale».

¹²⁸ Eccesso di potere che, nella fondamentale teorizzazione di LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, Parigi, 1888, II, 521, corrisponde al c.d. "détournement de pouvoir". Nella letteratura nostrana, in tema di "eccesso di potere", BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.; BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, 1924, Padova, 1 ss.; D'AMELIO, *L'eccesso di potere definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 577 ss.; D'AMELIO, AZARA, *Eccesso di potere*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, 6, 345 ss.; GASPARI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 14, 124 ss.; PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, Milano, 1957, 1 ss.; SABATINI, *Amnistia, competenza funzionale, provvedimenti abnormi ed impugnazioni*, in *Giust. pen.*, 1947, III, 322 ss.

¹²⁹ Alla categoria giuridica dell'eccesso di potere, SABATINI, *Sentenze emesse in giudizio e ricorso per cassazione*, in *Giust. pen.*, 1951, III, 481 ss., riconduce tutti quei casi «che incidono sul potere in relazione agli elementi che, ne condizionano il completo esercizio, cioè trattasi di un anormale irregolare esercizio del potere, donde il traslato provvedimento abnorme».

¹³⁰ Sul vizio di funzione, quest'ultima intesa come "atto nel suo formarsi", GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 630; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 620.

¹³¹ A più riprese, la Corte di Cassazione ha affermato che l'abnormità è una situazione patologica riferibile, in via esclusiva agli atti giurisdizionali; ad esempio, secondo Cass., Sez. V, 9.4.1992, Ciarrapico, in *CED Cass. pen.*, 1992, rv. 190617, nella categoria dell'atto abnorme, «non possono essere annoverati gli atti assunti dalle parti del rapporto processuale, bensì soltanto i provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria e dotati di uno specifico contenuto giurisdizionale».

¹³² CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 214, che proprio nel potere

rilievo sotto un duplice profilo, a seconda che il potere riguardi la “potestà” ovvero le “funzioni”¹³³; nel primo caso l’eccesso di potere, investendo i limiti di capacità dell’organo, sarà produttivo di nullità, nella seconda evenienza, ove lo sbarramento è concepito a tutela dei compiti e degli scopi dell’atto¹³⁴, l’eventuale violazione renderà quest’ultimo abnorme. Da qui, una concezione di abnormità funzionale che, almeno in apparenza, esonda il significato tradizionalmente riconosciutogli – ovvero sia un provvedimento che interrompe, “tronca”, arresta la progressività del processo determinando la stasi o la regressione dello stesso¹³⁵ – per finire col ricomprendere ogni situazione concreta in cui, sviando dalla fattispecie astratta costruita secondo il modello «potere-atto-scopo»¹³⁶, si incida sulla progressione processuale a detrimento di quelli che sono i «presupposti» ovvero «le condizioni, il modo, la misura e la direzione dell’uso dei poteri»¹³⁷. L’abnormità così intesa si sovrappone, quindi, ad un «vizio attinente alla funzione dell’atto»¹³⁸, in virtù della distorta applicazione, da parte del giudice, «del potere contenuto nella situazione soggettiva attiva di cui è titolare»¹³⁹; conseguentemente, «la difformità della funzione si traduce nella non inquadrabilità del provvedimento abnorme nel “tipo” delineato dalla legge processuale»¹⁴⁰.

Se queste considerazioni agevolano a comprendere come ogni attività decisionale possa ritenersi conforme al paradigma legale fin tanto che il provvedimento si collochi in una posizione di continuità logica rispetto alla *ratio* sottesa alla complessiva operosità processuale, per altro verso l’incompetenza funzionale sembra far emergere diversa componente dell’abnormità, quella di

rinviene «il rapporto dialettico di due termini, costituiti dal soggetto e dalla fattispecie di comportamento appartenente al tipo degli atti normativi. Non ogni attitudine a porre in essere un comportamento giuridicamente rilevante, ma soltanto quella che si esprime nella realizzazione di un atto che rivesta la forma di una proposizione normativa finale o strumentale dinamica costituisce potere».

¹³³ BELLOCCHI, *L’abnormità*, in *Soggetti e atti*, II° Tomo, a cura di DEAN, in *Trattato di procedura penale*, a cura di SPANGHER, Milano, 2008, I, 482.

¹³⁴ MODUGNO, *Eccesso di potere. III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 12, I.

¹³⁵ Sull’abnormità funzionale, da ultimo, Cass., Sez. VI, 10 luglio 2019, n. 51134, in *CED Cass. pen.*, 2020, rv. 277445; Cass., Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 32395, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 276477; Cass., Sez. IV, 22 maggio 2018, n. 29347, in *CED Cass. pen.*, 2018, rv. 273090; Cass., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 31835, in *CED Cass. pen.*, 2018, rv. 273696; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, P.M. in proc. H., in *CED Cass. pen.*, 2016, rv. 265775; Cass., Sez. II, 1 luglio 2015, B., in *Diritto & Giustizia* 2015.

¹³⁶ RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2006, 45.

¹³⁷ BELLOCCHI, *L’abnormità*, cit., 1484.

¹³⁸ BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di GATTO, Torino, 1998, 551.

¹³⁹ MODUGNO, *Eccesso di potere. III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 2.

¹⁴⁰ BARGI, *Il ricorso per cassazione*, cit., 554.

carattere “strutturale”¹⁴¹; può, infatti, succedere che l’atto adottato dall’organo funzionalmente incompetente si inserisca, nella logica e cronologica evoluzione processuale, in maniera talmente stravagante, talmente eccentrica, da doversi considerare avulso dall’ordinamento¹⁴² in quanto espressione di un potere esplicitosi «al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite»¹⁴³.

Considerando l’atto nella sua dimensione dinamica, immesso in un contesto “in divenire”, ritmicamente articolato, l’estraneità dal sistema si verificherà ogniqualvolta questo perda «la connotazione fondamentale della processualità, nel senso che, nonostante compiuto in sede processuale e produttivo di effetti processuali, riesca a spezzare la continuità logica dell’evoluzione causale sino all’esito decisorio»¹⁴⁴. Il passo dall’incompetenza funzionale all’abnormità strutturale è, a questo punto, breve: la funzionalità processuale, quale nucleo organico ed indissolubile dell’atto, non può fare a meno «della compatibilità temporale con un dato sviluppo progressivo del processo, della riconoscibilità come espressione di potestà giurisdizionali, della necessaria connotazione comunicativa, legata appunto alla compatibilità temporale ed alla riconducibilità alla sfera di potestà processuali direttive e decisorie del giudice preposto a quella fase, stato o grado dell’accertamento, da cui si trae, non come elemento aggiuntivo ma come dato di compendio strutturale, la capacità d’incidenza sulla trama di interessi, di cui si compone il processo»¹⁴⁵.

Exempli gratia: si prenda in considerazione la fattispecie concreta da cui è tratta la sentenza in commento ove un Giudice per le indagini preliminari ha attivato le proprie funzioni - quelle previste dall’art. 6, co. 2, della L. n.

¹⁴¹ Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, Maietta, cit., 11. Tra le tante pronunce in tema di abnormità strutturale, si offre la seguente, breve, rassegna: Cass., Sez. V, 26 settembre 2019, n. 44133, in *CED Cass. pen.*, 2020, rv. 277433; Cass., Sez. VI, 19 giugno 2019, n. 31948, in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 276473; Cass., Sez. V, 4 aprile 2019, n. 26421, in *Diritto & Giustizia*, 2019; Cass., Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 18860, in *CED Cass. pen.*, 2018, rv. 273272; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, Z., in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3765; Cass., Sez. V, 26 febbraio 2009, n. 12734, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 243336; Cass., Sez. VI, 27 novembre 2007, L., in *CED Cass. pen.*, 2008, rv. 238324; Cass., Sez. V, 22 giugno 2006, D., in *Cass. pen.*, 2007, 7-8, 2956; Cass., Sez. III, 28 ottobre 2004, M., in *Cass. pen.*, 2006, 1, 186; Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2004, S. ed altro, in *Riv. pen.*, 2006, 92.

¹⁴² Nel parlare di abnormità, SANTANGELO, *Il concetto di atto abnorme come tutela dagli “extra vagantes”*, in *Critica al diritto*, 1991, 4, 27, coniò il termine «invenzione terapeutica», ricordando come questa non codificata tipologia d’invalidità fosse sorta con la finalità di prevedere un mezzo di impugnazione avverso tutti quei provvedimenti talmente anomali da essere sfuggiti ad ogni regolamentazione da parte del legislatore.

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Cass. pen.*, 1998, 1607 ss.

¹⁴⁴ SANTALUCIA, *L’abnormità dell’atto processuale penale*, Padova, 2003, 145.

¹⁴⁵ SANTALUCIA, *L’abnormità dell’atto processuale penale*, cit., 145.

140/03 - quando le stesse erano già esaurite stante la duplice circostanza che l'azione penale era stata esercitata ed il procedimento si trovava in corso d'istruttoria dibattimentale avanzata.

E' evidente come il profilo d'abnormità vada oltre l'atipicità dell'atto: non è solo un problema di inquadramento dell'atto all'interno di uno schema normativo che, seppur esistente, comunque tracciava un modello di concretizzazione del potere di pertinenza esclusiva di «una fase processuale, sì da non poter essere trasposto senza snaturarne il significato all'interno dell'evoluzione procedimentale»¹⁴⁶. Nell'ipotesi qui in esame, l'aspetto patologico involge la stessa struttura del processo: la «deviazione» ha assunto connotati «derogatori rispetto alle coordinate generali del vigente sistema processuale» posto che l'atto - tentando di introdurre «una competenza funzionale specifica del giudice per le indagini preliminari in materia di acquisizioni probatorie, destinata ad operare anche dopo che la fase delle indagini preliminari si è conclusa, la quale concorrerebbe, intersecandola, con quella «generale» del giudice del dibattimento» - è risultato «privo di riscontro nella sistematica del codice di rito»¹⁴⁷.

Ciò che, in breve, ha reso il provvedimento abnorme, quindi estraneo al sistema organico della legge processuale, in conflitto con «la identità del regolamento processuale per la fase del giudizio»¹⁴⁸ e foriero di «rottura di giurisdizione»¹⁴⁹.

5. [Segue] *Un'ipotesi sanzionatoria "alternativa" limitata all'atto avente contenuto probatorio*. I fautori dell'una o dell'altra tesi converranno che, quando l'atto presenta un contenuto probatorio, dalla violazione delle regole sulla competenza funzionale consegue l'inutilizzabilità del risultato di prova¹⁵⁰; non

¹⁴⁶ SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 119.

¹⁴⁷ Corte cost., n. 255 del 2012, cit., 411.

¹⁴⁸ Corte cost., n. 349 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2634 ss.

¹⁴⁹ Queste le parole del Consiglio Superiore della Magistratura, nel procedimento n. 58/1985, esitato con sentenza del 17 ottobre 1986.

¹⁵⁰ E' la conclusione cui perviene anche Cass., Sez. V, 22 gennaio 2014, B. ed altri, in *CED Cass. pen.*, 2014, rv. 259405, che, proprio in materia di intercettazioni telefoniche o ambientali, afferma che: «le trascrizioni effettuate dal perito incaricato dal g.u.p. dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio sono illegittime anche se la riproduzione dei dialoghi in forma scritta sia stata disposta prima della definizione dell'udienza preliminare, in quanto il conferimento dell'incarico costituisce momento qualificante dell'attività di trasposizione della prova, che non può essere rimesso ad un giudice ormai privo di competenza funzionale, ma la loro inutilizzabilità presuppone la denuncia della difformità tra il contenuto delle conversazioni e la loro trasposizione grafica e non preclude la possibilità per il giudice precedente di disporre una nuova trascrizione in contraddittorio con la parte interessata». Medesima elaborazione teorica era già stata fornita da DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi*

pare, infatti, realisticamente opinabile l'operatività del divieto sancito nell'art. 191 c.p.p.¹⁵¹ anche nell'ipotesi in cui l'aggressione al bene giuridico attenga ai caratteri identificativi della giurisdizione.

L'aspecifica locuzione «divieto di legge», del resto, apre le porte a qualunque «procedimento probatorio» esorbitante dallo schema legale, indipendentemente dal fatto che la disposizione normativa di riferimento enunci il divieto in forma diretta od indiretta; l'egida del presidio codicistico, pertanto, si estenderà a tutte le fattispecie concrete la cui previsione astratta proibisca ovvero imponga un determinato comportamento in modo espresso, attraverso l'esplicito richiamo sanzionatorio all'inutilizzabilità, o implicito, tramite il ricorso a formule del tipo «non può», «non sono ammesse», «è vietato». Da questo punto di vista, si può dire che la scelta legislativa «ripercorre quella utilizzata per le nullità di ordine generale: a fianco delle disposizioni speciali si prevede la norma generale con il chiaro intento di coprire i vuoti che la disposizione speciale potrebbe avere lasciato»¹⁵².

Peraltro, si consideri - circostanza di non poco momento - che l'incompetenza funzionale, ponendosi in rotta di collisione con i principi di precostituzione, naturalità, imparzialità e terzietà del giudice, alimenti la procreazione di prove inutilizzabili anche perché incostituzionali¹⁵³; ed infatti, dal momento in cui l'istituto è concepito come «presupposto processuale indissociabile» dell'attività di giurisdizione atto ad «assicurare l'astratta imparzialità

equilibri, cit., 303 ss.

¹⁵¹ Sull'inutilizzabilità, BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 117 ss.; CHIAVARIO, *Limiti probatori nel vigente codice di procedura penale*, in *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, a cura di CHIAVARIO, Torino, 1998, 42 ss.; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 1 ss.; FASSONE, *L'utilizzazione degli atti, la valutazione della prova*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1989, I, 527 ss.; GALANTINI, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, I° Aggiornamento, Milano, 1997, 690 ss.; ID., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 1 ss.; GRIFFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, 7, 242 ss.; LA ROCCA, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, IV° Aggiornamento, Torino, 2008, 613 ss.; MENCARELLI, *L'inutilizzabilità e l'acquisizione della prova nel nuovo sistema processuale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84 ss.; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 273 ss.; ID., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641 ss.; RIVIELLO, *Utilizzazione degli atti*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1998, 15, 169 ss.; SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 203 ss.; ID., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2001, 1 ss.

¹⁵² DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 304.

¹⁵³ L'inutilizzabilità come sanzione per l'assunzione di una prova in violazione di disposizioni costituzionali è tematica affrontata da CALAMANDREI, *Acquisizione dei dati esteriori di una comunicazione ed utilizzazione delle prove c.d. incostituzionali*, in *Giur. it.*, 1999, III, 1692 ss.; DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale (Nota a C. cost., 23 luglio 1991, n. 366)*, in *Foro it.*, 1992, I, 3257 ss.; MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 2, 371 ss.

del giudice attraverso la precostituzione di strumenti oggettivi per la determinazione della sua sfera di cognizione»¹⁵⁴, non è controvertibile che ogni sua inosservanza sia potenzialmente idonea ad eludere quegli specifici connotati della giurisdizione per mezzo dei quali si attua il “giusto processo”. Il che impone di «mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime avvia subito»¹⁵⁵.

6. *Conclusioni.* Traendo le somme del ragionamento, non v'è dubbio come la mancata codificazione di istituti processuali possa generare, sul piano operativo, incertezze interpretative a cui, spesso, conseguono errori pratici; nel caso di specie, però, la Corte di Cassazione ha saputo porvi rimedio. Al di là della sensibilità giuridica mostrata in una vicenda dove a venir in rilievo erano, oltre che valori costituzionali, gli stessi rapporti, quindi gli “equilibri” tra diversi poteri dello Stato, ciò che – in ipotesi – avrebbe potuto comportare momenti di forte tensione istituzionale, non da ultimo un conflitto di attribuzioni, quel che più è apprezzabile nella decisione in commento è il recupero di una “buona” nomofilachia, diretta, per l'appunto, a garantire l'osservanza della legge uniformandone l'interpretazione.

Della competenza funzionale è stata estratta l'essenza giuridica: un sistema improntato su una rigida ripartizione interna di attribuzioni, in linea con la costruzione normativa del processo, sicché ad ogni fase corrisponda un giudice diverso, assegnatario di determinati “compiti d'istituto”, cioè a tutela dei principi di precostituzione ed imparzialità, non può tollerare “invasioni di campo” soprattutto quando esse si pongono in una prospettiva «derogatori[a] rispetto alle coordinate generali del vigente sistema processuale»¹⁵⁶.

Parimenti, l'invocazione dell'abnormità – la più grave delle sanzioni, l'unica, invero, fonte di responsabilità disciplinare – è conseguenza diretta (e necessitata) dell'eccentricità del provvedimento che, inserendosi nella logica e cronologica evoluzione processuale in modo così stravagante ed innaturale, è risul-

¹⁵⁴ Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit., 2948.

¹⁵⁵ Corte cost., n. 34 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, I, 328 ss.; Corte cost., n. 229 del 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1078 ss. Tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2595 ss.; Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259 ss.; Cass., Sez. Un., 24 settembre 1998, Gallieri, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 329 ss.; Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1951 ss.; Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 397.

¹⁵⁶ Corte cost., n. 255 del 2012, cit., 411.

tato espressione di un potere non riconosciuto, posto «al di là di ogni ragionevole limite»¹⁵⁷ e - volendo utilizzare le parole del Consiglio Superiore della Magistratura - sintomo di «rottura di giurisdizione»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997, Di Battista, cit., 1609.

¹⁵⁸ C.S.M., 17 ottobre 1986, cit.