

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### Soggetti - Giudice

**Giudice - Giudizio immediato - Incompatibilità - Causa - Rilevazione - Nullità assoluta o relativa - Esclusione - Incompatibilità con il giudice che ha emesso una misura cautelari personale nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto** (C.p.p. artt. 34, 178, lett. a), - 180).

*L'esistenza di una delle cause di incompatibilità ex art. 34 c.p.p., allorché non rilevata dal giudice con dichiarazione di astensione, né tempestivamente dedotta con istanza di ricusazione, non solo non incide sulla capacità dello stesso e, conseguentemente, non dà luogo alla nullità assoluta ed insanabile prevista dall'art. 178, co. 1, lett. a), c.p.p., ma non integra neppure una nullità relativa.*

*Il giudice che ha emesso un provvedimento cautelare personale non è incompatibile a provvedere in ordine alla richiesta di giudizio immediato nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto, dato che si tratta di valutazione che non definisce né una fase del procedimento né un grado del giudizio.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE VI, 5 maggio 2016 (ud. 9 febbraio 2016) - PAOLONI, *Presidente* - CORBO, *Relatore* - LOY, *P.G. (conf.)* - Balducci ed altri ricorrenti.

### L'incompetenza funzionale e le tendenze conservatrici della Cassazione

1. La sentenza che si annota riguarda un'ipotesi di corruzione aggravata nell'ambito dell'organizzazione di grandi eventi rappresentati dal 150° Anniversario dell'Unità d'Italia e della realizzazione della Scuola Marescialli dei Carabinieri di Firenze. Tratta una molteplicità di temi sia di natura sostanziale che processuale.

Limitando l'indagine agli aspetti processuali, si nota che la decisione della Corte si muove sul solco della tradizione richiamando orientamenti consolidati e non apportando alcun significativo contributo ai dubbi sollevati dalla dottrina.

Un tema di particolare rilevanza è quello della competenza funzionale del giudice.

2. Come è noto, la competenza del giudice è regolata da quattro criteri: tre previsti dal codice di rito (materia, territorio e connessione) ed uno di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (competenza funzionale), equiparato, ai

fini della disciplina, all'incompetenza per materia<sup>1</sup>.

I tre criteri codificati hanno il compito di individuare l'organo che deve prendere cognizione del processo, ossia il giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 25 Cost., al fine di evitare conflitti di competenza fra organi giurisdizionali. La competenza funzionale non ha trovato esplicita previsione nemmeno nel nuovo codice di procedura penale e consiste nella ripartizione della giurisdizione tra i giudici in relazione alle diverse fasi e/o gradi di un processo penale, per lo svolgimento di attività funzionali al suo sviluppo e alla sua conclusione<sup>2</sup>.

La competenza "per funzione" è strettamente collegata ai criteri codicistici in quanto presuppone che il giudice sia stato già individuato in base ai criteri di ripartizione previsti dal codice. Serve in sostanza per individuare quale organo o singolo giudice sia in concreto titolare di una specifica funzione<sup>3</sup>.

La funzione svolta nell'ambito del processo è duplice: una positiva, in quanto individua il giudice competente a svolgere determinate funzioni ed una negativa, in quanto preclude al medesimo il compimento di ulteriori attività nell'ambito dello stesso procedimento. Il suo fondamento è ravvisabile nella tutela dell'imparzialità del giudice. Pertanto, mentre i principi regolatori della competenza per materia e per territorio garantiscono il rispetto del principio costituzionale contenuto nell'art. 25 Cost., sulla precostituzione del giudice, quelli relativi alla competenza funzionale garantiscono l'imparzialità dell'organo giudicante.

In sostanza si tratta di una distribuzione di compiti finalizzata allo sviluppo del processo che può riguardare sia singoli atti che una fase o un grado<sup>4</sup>.

3. Mentre sull'esistenza della competenza funzionale si riscontra una certa unanimità di vedute fra dottrina e giurisprudenza, è acceso il dibattito sulle conseguenze da ricollegare alle varie ipotesi di incompetenza.

La dottrina prevalente<sup>5</sup> considera affetti da nullità gli atti posti dal giudice in-

---

<sup>1</sup> In tal senso DELLA CASA, *I soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, 19.

<sup>2</sup> In senso conforme LARONGA, *La disciplina della competenza nel processo penale*, Torino, 2008, 120 ss.

<sup>3</sup> La dottrina ha elaborato anche due *sub*-criteri: quello qualitativo, che ricorre quando la competenza viene determinata in base al titolo del reato e quello quantitativo che determina la competenza in base alla misura della pena edittale.

<sup>4</sup> Cfr. ASTARITA, GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. Pen., Agg.*, III, Torino 2005, 192.

<sup>5</sup> DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2015, 121; LARONGA, *La disciplina della competenza nel processo penale*, cit., 120; anche la giurisprudenza di legittimità, in talune decisioni, ha ritenuto equiparabile ai fini sanzionatori l'incompetenza funzionale a

competente mentre la giurisprudenza, in talune decisioni, li ha ritenuti validi considerando le ipotesi di incompetenza funzionale semplici cause di incompatibilità i cui rimedi sono costituiti dall'astensione o dalla riconsuazione del giudice.

Questa corrente di pensiero riconduce la competenza funzionale nell'ambito della capacità del giudice, facendone derivare, in caso di violazione delle regole, una nullità assoluta *ex art. 178, lett. a), c.p.p.*<sup>6</sup>.

Altri autori<sup>7</sup> individuano il fondamento logico della competenza funzionale nel principio 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. Di conseguenza, l'incompetenza funzionale, risolvendosi in un caso di incompatibilità, non produce nullità, ma può giustificare l'astensione da parte del giudice o essere eccepita mediante riconsuazione.

Vi sono poi delle posizioni intermedie<sup>8</sup> che, considerando l'estrema varietà delle ipotesi riconducibili alla fattispecie dell'incompetenza funzionale, distinguono i casi in cui la funzione giurisdizionale sia stata esercitata da un organo privo di legittimazione o attraverso forme non previste dall'ordinamento processuale, da quelli in cui l'atto è legittimo, ma viene in concreto esercitato da un organo al posto di un altro.

I seguaci di questa corrente dottrina<sup>9</sup>, partendo dalla considerazione che la competenza funzionale è posta a tutela dell'imparzialità del giudice e non della precostituzione per legge, come la competenza per materia e per territorio, contestano le conclusioni a cui perviene la dottrina tradizionale<sup>10</sup> che la assimila alla competenza per materia, anche ai fini delle conseguenze sanzionatorie. Secondo questo indirizzo, che sembra essere stato accolto nella sentenza che si annota, la competenza funzionale disciplina la distribuzione dei compiti e, quindi, il difetto di competenza si riferisce al giudice e non riverbera i suoi effetti sugli atti posti in essere che restano validi ed efficaci. I rimedi correttivi

---

quella per materia. In tal senso Cass., Sez. I, 24 ottobre 1995, Bianco, in *Cass. pen.*, 1998, 2734; Id., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, *ivi*, 1994, 495; Id., Sez. III, 28 ottobre 1999, Dell'Utri, *ivi*, 2000, 1641.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni di Diritto processuale penale*, Milano 1987, 158.

<sup>8</sup> DALIA, DELLA MONICA, *Competenza*, III, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1999, 23.

<sup>9</sup> BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit. 158; DALIA, DELLA MONICA, *Competenza*, cit., 23.

<sup>10</sup> DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, cit., 121; LARONGA, *La disciplina della competenza nel processo penale*, cit., 120; GRIFANTINI, *Misure cautelari e incompetenza*, cit., 2955.

nelle ipotesi di incapacità sarebbero costituiti dalle regole sulle incompatibilità (art. 34, 36, 37 c.p.p.). In altri termini, se viene meno la capacità funzionale del giudice, trova applicazione il principio della conservazione degli atti, ricorrendo solo come *extrema ratio* la nullità degli stessi (artt. 27 e 42, co. 2, c.p.p.).

Solo quando l'incompetenza funzionale si risolve nella violazione di regole sull'attribuzione di poteri al singolo giudice o al collegio, i provvedimenti eventualmente adottati sarebbero "abnormi" in quanto provenienti da un giudice carente di potere.

In conclusione, i rimedi previsti per il vizio di incompetenza funzionale, secondo questa corrente di pensiero, sarebbero costituiti dall'astensione, dalla ricusazione e dal ricorso in Cassazione contro l'eventuale abnormità del provvedimento adottato da un giudice privo di potere.

4. Tra gli aspetti processual-penalistici trattati nella sentenza in commento va segnalato quello relativo all'incompetenza funzionale del Tribunale, derivante a sua volta dalla situazione di incompatibilità nella quale si era venuto a trovare il g.i.p., il quale, dopo aver in precedenza applicato le misure cautelari nei confronti di alcuni imputati, effettuando in tale sede una valutazione di merito, aveva successivamente disposto l'avvio del giudizio immediato.

La difesa, con una tesi suggestiva, pur riconoscendo che l'incompatibilità del g.i.p. non è espressamente prevista dal codice di rito, la fa derivare da un'interpretazione estensiva della disposizione che prevede l'incompatibilità tra il giudice che dispone l'applicazione delle misure cautelari e il giudice dell'udienza preliminare (g.u.p.), stante che l'art. 34, co. 2, c.p.p., ai fini dell'applicazione del divieto di partecipazione al giudizio, equipara il g.u.p. al giudice che ha disposto il giudizio immediato.

La Corte di cassazione non ha accolto la tesi difensiva secondo cui l'esistenza di un'incompatibilità da parte del g.i.p. che ha autorizzato il giudizio immediato integra una fattispecie di nullità (o altra invalidità del provvedimento).

La Suprema Corte pur riconoscendo che, in linea generale, l'incompetenza funzionale del giudice costituisce una causa di nullità assoluta ed insanabile<sup>11</sup>, tuttavia, nel caso in esame non la ravvisa, preferendo seguire un principio generale dell'ordinamento processuale, ricostruito dalla giurisprudenza prevalente, secondo cui l'esistenza di una delle cause di incompatibilità contemplate nell'art. 34 c.p.p., anche se non rilevata dal giudice con dichiarazione di

---

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, Gioia, in *Cass. pen.*, 2005, 1501; Id., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit.; Id., Sez. VI, 17 gennaio 2014, Pirri, in *Mass. Uff.*, n. 261949.

astensione, né eccepita dalle parti con istanza di ricusazione, non incide sulla capacità dell'organo giudicante e, pertanto, non dà luogo ad alcuna fattispecie di nullità, né assoluta<sup>12</sup>, ex art. 178, co. 1, lett. a), né relativa<sup>13</sup>.

Precisa, inoltre, la Corte che nel giudizio immediato l'incompatibilità del giudice può essere eccepita dall'imputato solo dopo l'adozione del decreto e, pertanto, il termine di decadenza per proporre l'istanza di ricusazione decorre dalla notifica del provvedimento analogamente a quanto avviene in tema di incompatibilità del giudice che ha emesso il decreto penale di condanna dopo aver svolto le funzioni del g.i.p.<sup>14</sup>.

A sostegno della sua tesi la Cassazione richiama l'orientamento seguito in materia dalla Corte costituzionale<sup>15</sup> che ha dichiarato l'inammissibilità, in quanto non rilevante nel giudizio, della questione di costituzionalità dell'art. 34, co. 2-*bis*, c.p.p. in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del magistrato che ha esercitato le funzioni di giudice per le indagini preliminari. Secondo il giudice delle leggi, infatti, le cause di incompatibilità non incidono sui requisiti di capacità dell'organo giudicante, ma costituiscono motivo di ricusazione da far valere nei tempi e nei modi previsti. Di conseguenza, i provvedimenti adottati dal giudice in posizione di incompatibilità, non sono affetti da nullità, ma sono solo suscettibili di astensione o ricusazione. Per la Cassazione, quindi, la conseguenza giuridica dell'incompetenza funzionale non è costituita dalla nullità.

La Suprema Corte, infine, ha fatto presente che, nella fattispecie oggetto del giudizio, la prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>16</sup> ha escluso l'esistenza di un'ipotesi di incompatibilità in quanto il giudice che ha emesso un provvedimento cautelare personale non è incompatibile a provvedere in ordine alla richiesta di giudizio immediato nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto, dato che trattasi di valutazione che non definisce né una fase del procedimento né un grado del giudizio.

5.1. La decisione della Corte non è condivisibile in quanto, pur riconoscendo che in linea generale l'incompetenza funzionale del giudice costituisce una causa di nullità assoluta ed insanabile, afferma poi che le cause di incompati-

<sup>12</sup> Cass., Sez. VI, 9 settembre 2015, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 264637; Id., Sez. II, 5 marzo 2015, Verdoni, *ivi*, n. 262780.

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, Scrudato, in *Mass. Uff.*, n. 215097; Id., Sez. un., 17 aprile 1996, D'Avino, *ivi*, n. 204464; Id., Sez. I, 23 aprile 2014, Attanasio, *ivi*, n. 262302.

<sup>14</sup> Cass., Sez. I, 1° marzo 2002, Tringali, in *Mass. Uff.*, n. 221711.

<sup>15</sup> Corte cost., ord. 9 luglio 2008, n. 238.

<sup>16</sup> Cass., Sez. III, 18 gennaio 2011, P., in *Mass. Uff.*, n. 249571; Id., Sez. IV, 13 ottobre 2004, Bosso e altro, *ivi*, n. 230218.

bilità previste nell'art. 34 c.p.p. non incidono sulla capacità dell'organo giudicante, con la conseguenza di rendere inattivabili i rimedi correttivi costituiti dalla nullità assoluta o relativa.

In realtà, come peraltro riconosciuto in altre decisioni della Suprema Corte<sup>17</sup>, la competenza funzionale è un «requisito di idoneità specifica del giudice» a porre in essere un determinato atto o a prendere cognizione di una determinata questione o causa. Pertanto, nelle ipotesi in cui il giudice viene a trovarsi in una situazione di incompatibilità a porre in essere un determinato atto o a trattare una specifica questione, viene a trovarsi in una ipotesi di incompetenza<sup>18</sup>.

La competenza funzionale è per sua intrinseca natura inderogabile e, pertanto, non è possibile esercitare alcun potere di sostituzione o delegazione. In caso di incompetenza dell'organo è esclusa ogni possibilità di ratifica, convalida, conferma o conversione. Contrariamente a quanto affermato dalla Corte, incide sulla capacità dell'organo giudicante e, pertanto, gli atti compiuti dal giudice incompetente risultano affetti da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento<sup>19</sup>.

In passato la Suprema Corte aveva già affrontato la problematica relativa all'incompetenza funzionale, inquadrandola nel vizio di capacità del giudice. In tale occasione aveva precisato che l'incompetenza funzionale, incidendo sull'idoneità specifica del giudice è di carattere assoluto e deve essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento<sup>20</sup>.

Successivamente, con una decisione a Sezioni unite<sup>21</sup>, ha chiarito che la suddetta ipotesi di incompetenza incide sulla ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e, di conseguenza, esplica i suoi effetti sull'idoneità specifica del giudice chiamato ad adottare un deter-

<sup>17</sup> Cass., Sez. un., 23 aprile 1974, Massazza, in *Mass. Uff.*, n. 128379; Id., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, in *Cass. pen.* 1992, 1256.

<sup>18</sup> La medesima Corte (Cass., Sez. VI, 1° dicembre 2009, C. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 246391) ha affermato che l'incompetenza funzionale determina un'ipotesi di nullità assoluta, ricavabile dal combinato disposto di cui agli artt. 178, lett. a), e 179, co. 1, c.p.p.

<sup>19</sup> In un'altra decisione la Suprema Corte (Cass., Sez. I, 11 gennaio 2013, De Giglio, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)) ha precisato che l'incompetenza funzionale del giudice *a quo*, pur rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento non può essere valutata in caso di inammissibilità originaria dell'impugnazione. Nel caso di specie il Pubblico Ministero aveva proposto ricorso in Cassazione avverso un provvedimento del giudice dell'esecuzione in materia di indulto, sostenendo l'incompetenza funzionale del g.i.p. che lo aveva deliberato. La Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso, in quanto proposto da un soggetto non legittimato, non è entrata nel merito limitandosi ad affermare che la mancanza di legittimazione del ricorrente non permetteva di rilevare l'incompetenza funzionale del giudice.

<sup>20</sup> Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, cit.

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit..

minato provvedimento, in mancanza della quale il provvedimento adottato non è più conforme ai parametri normativi.

È logico, quindi ritenere che la violazione delle regole sulla competenza funzionale determini la nullità della decisione adottata<sup>22</sup>.

Le tesi contrarie non sembrano rispettose dei diritti dell'imputato e finiscono col giustificare la violazione di quelle regole processuali poste a salvaguardia dell'imparzialità del giudice.

Inoltre, come insegna un'autorevole dottrina<sup>23</sup>, con la riforma costituzionale dell'art. 111, imposta dalle norme comunitarie e pattizie, non è più assolutamente sostenibile che la violazione del principio dell'imparzialità del giudice costituisca una semplice irregolarità ed affidarne la tutela all'iniziativa delle parti o alla sensibilità dell'organo giudicante, mediante gli istituti della ricsuzione e dell'astensione.

Infatti, non si tratta di una semplice inosservanza di regole di condotta, ma della realizzazione di un precetto costituzionale direttamente ricollegabile al principio del giusto processo. Né deriva, come logica conseguenza, che la violazione dei principi posti a presidio della competenza funzionale, si risolve in un vizio di capacità del giudice.

Senza contare, poi, che, ai sensi dell'art. 111 Cost., il giudice, oltre ad essere imparziale, deve anche essere "terzo" rispetto alla vicenda sottoposta al suo esame e non lo è nei casi in cui si è già occupato della vicenda nelle fasi precedenti esprimendo, come nel caso sottoposto all'esame della Corte, un giudizio di merito sulla convalida di misure cautelari.

È, pertanto, inaccettabile l'applicazione da parte della Suprema Corte del principio della "conservazione degli atti". L'orientamento giurisprudenziale in esame tende ad escludere che le condizioni di indipendenza e di imparzialità del giudice possano rientrare nel requisito della capacità e ne sminuisce la tutela affidandola agli istituti dell'astensione, della ricsuzione e della rimesione.

La preoccupazione della Corte è stata probabilmente quella di rendere possibile l'utilizzo delle prove raccolte dal giudice incompetente.

Secondo un'autorevole dottrina<sup>24</sup> la mancanza di imparzialità e terzietà del giudice riverbera i suoi effetti sulla valutazione delle prove facendo operare la sanzione prevista dall'art. 191 c.p.p.. Infatti, essendo i suddetti requisiti tutelati a livello costituzionale, ogni soluzione che consentisse l'utilizzo di quelle

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. I, 28 aprile 2010, C., in *Mass. Uff.*, n. 247455.

<sup>23</sup> DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, cit., 121.

<sup>24</sup> DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, cit., 137.

prove si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale.

La violazione di una norma costituzionale rende superflua ogni ulteriore indagine diretta a valutare se l'inutilizzabilità si riferisce solo alla prova in sé o anche alle modalità di acquisizione, in quanto la partecipazione attiva del giudice in posizione di incompetenza funzionale al momento della ricerca e della valutazione della prova fa venir meno la posizione di "terzietà" dello stesso<sup>25</sup>.

Del resto anche la Corte costituzionale ha più volte ribadito il principio secondo cui gli atti compiuti in violazione dei diritti del cittadino non possono essere posti a fondamento di atti processuali «a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»<sup>26</sup>.

Pertanto le prove acquisite da un giudice in posizione di incompetenza funzionale sono da considerare inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

5.2. Dalla sentenza in commento emerge anche che, secondo la Corte, non sussiste alcuna incompatibilità a emettere il decreto che dispone il giudizio in capo al g.i.p. che abbia in precedenza adottato un'ordinanza cautelare nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto, dato che si tratta di valutazione che non definisce né una fase del procedimento né un grado del giudizio<sup>27</sup>.

Nella pratica giudiziaria non è infrequente, data la carenza di organico, il caso in cui il giudice che ha disposto la convalida della misura cautelare sia poi chiamato a decidere sulla richiesta di avvio del giudizio immediato "custodiale", in quanto l'art. 34 c.p.p. per questo caso non prevede incompatibilità.

La mancanza di una esplicita previsione di incompatibilità tra il giudice chiamato a decidere sull'avvio del rito immediato "custodiale" e quello che si è già occupato del procedimento esprimendo valutazioni di merito, come, nel

---

<sup>25</sup> FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 54, prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale, aveva sostenuto la tesi della terzietà del giudice, che non deve interferire nella gestione delle indagini, intervenendo solo su istanza di parte.

<sup>26</sup> Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34 e Id., 1° giugno 1998, n. 229.

<sup>27</sup> In senso conforme Cass., Sez. IV, 13 ottobre 2004, Bosso e altro, cit., secondo la quale "non sussiste incompatibilità, per il giudice che abbia emesso un'ordinanza cautelare in fase di indagini preliminari, a deliberare il decreto di giudizio immediato, posto che tale provvedimento non definisce con sentenza un grado del giudizio e non esprime motivazioni vincolanti, semplicemente verificando l'ammissibilità della richiesta del P.M. di accedere direttamente al dibattimento sul presupposto dell'evidenza della prova". Di contrario avviso è la dottrina più recente che sottolinea la situazione di incompatibilità in cui viene a trovarsi il g.i.p. la cui valutazione dei presupposti per l'accesso al rito risulta pregiudicata dalla precedente applicazione della misura cautelare (GIUNCHEDI, *Problemi di selezione probatoria nel giudizio immediato*, in questa *Rivista*, 2011, 95 ss.).

caso di specie, la convalida della misura cautelare, si pone in contrasto con i principi costituzionali in materia di giusto processo, secondo i quali il giudice deve essere in una posizione di terzietà rispetto al giudizio, non solo nel senso di non essere portatore di interessi personali, ma anche di non trascinarsi dietro convinzioni formatesi in fasi precedenti.

La Corte costituzionale<sup>28</sup>, investita della questione, ha ritenuto legittima la mancata previsione da parte dell'art. 34 c.p.p. sostenendo che la decisione del g.i.p. è di mera legittimità, dovendo accertare solo l'esistenza dei presupposti previsti dalla legge senza investire il merito ed in particolare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. La decisione, inoltre, è vincolata all'accoglimento o al rigetto della richiesta di instaurazione del rito immediato "custodiale" non avendo nemmeno la possibilità di dichiarare l'esistenza di cause di non punibilità.

La soluzione accolta dalla Consulta desta qualche perplessità in quanto non considera che il g.i.p., oltre ad essere chiamato a decidere sulla necessità o meno dell'udienza preliminare, che costituisce una garanzia per l'imputato, opera una valutazione sui presupposti di accesso al rito immediato ed in particolare sull'evidenza della prova, esprimendo un giudizio che non può non essere influenzato dalla precedente convalida del provvedimento cautelare.

Un'autorevole dottrina<sup>29</sup> aveva già denunciato l'incoerenza del sistema che non prevede una norma che impedisca al giudice che ha convalidato una misura cautelare o che ha svolto indagini preliminari, di pronunciarsi in merito alla richiesta di giudizio immediato.

È, pertanto, necessario un intervento legislativo che ristabilisca la legalità affidando il giudizio sull'avvio del rito immediato ad un giudice "terzo", che non si sia in precedenza imbattuto nella vicenda processuale.

In conclusione si può affermare che, nella sentenza annotata, la Suprema Corte non si è posta come troppo garantista nei confronti dei diritti degli imputati. Non resta, quindi, che augurarsi in futuro un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale come avvenuto in materia di termini processuali per l'avvio del giudizio immediato tradizionale e di quello "custodiale"<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Corte cost. 20 maggio 1996, n. 155; Id., 24 novembre 1996, n. 131; Id., 15 settembre 1995, n. 432; Id., 12 novembre 1991, n. 401.

<sup>29</sup> GIUNCHEDI, *Questioni irrisolte e prospettive di riforma del giudizio immediato "tipico"*, in *Giur. it.*, 2002, 1111 ss.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di CARBONI, *Le Sezioni unite e i termini per la richiesta di giudizio immediato: un passo avanti, ma solo a metà*, e di LAVARINI, *Sezioni unite e inosservanza dei termini per il giudizio immediato*, in *questa Rivista on line*, 2015, 1 ss.

ARCHIVIO PENALE 2017, n. 1

VINCENZO ROSSI