

# OPAC Polo Giuridico SBN

Catalogo  
Biblioteca Centrale Giuridica  
Ministero della Giustizia



bollettino novità



help



indietro avanti

nuova ricerca

> 1 di 1

**LO TROVI IN -->** Biblioteca Centrale Giuridica , Biblioteca del Consiglio di Stato , Biblioteca Scuola di Polizia  
Tributaria Guardia di Finanza , Corte di Appello di Catania , Corte di Appello di Catanzaro , Corte  
di Appello di Firenze , Tutte

Testo a stampa (moderno)

Titolo Non Significativo

Descrizione << \*Aggiornamento>> [7]: A-Z / a cura di Alfredo Gaito ... [et al.] ; con la collaborazione di  
Filippo Giunchedi, Antonella Mino e Ciro Santoriello  
Torino : UTET Giuridica, 2013  
XVIII, 625 p. ; 27 cm.

Fa parte di Aggiornamento

Autore secondario Santoriello, Ciro

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Mino, Antonella

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Giunchedi, Filippo

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Curatore Gaito, Alfredo <1951- >

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Anno pubblicazione 2013

Codice SBN URB0900178

ISBN 978859810018

nuova ricerca



**DIGESTIO**  
*nelle Discipline*  
*Penaliistiche*

che in quella soggettiva, si rivela, pertanto, ancora oggi, non solo l'elemento che giustifica, ma altresì quello che rende quanto mai opportuno conservare la distinzione del "crimine tra i crimini" nel più ampio catalogo dei crimini contro l'umanità.

Peraltro, proprio la qualifica del genocidio come "crimine tra i crimini", suggerendo un giudizio sulla massima gravità dello stesso, a cui non pare potersi equiparare nessun altro illecito internazionale, non si rivela, a ben vedere, né arbitraria né meramente retorica e induce piuttosto a considerare, non senza interesse per il penalista, almeno due motivi che fanno dei fenomeni eliminazionisti dei gruppi umani gli episodi più gravi e offensivi per il diritto interno ed internazionale.

Il primo motivo dice relazione al quantum di violenza che l'intento è in grado di scatenare, coinvolgendo potenzialmente tutti coloro che del gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso fanno parte: le vittime, selezionate sulla base di un criterio di appartenenza perlopiù ineliminabile, non possono stringere ad un destino globale di annientamento, inarrestabile fino alla sua realizzazione finale. Il genocidio, scriveva già Lemkin nel 1944, è, infatti, diretto contro il gruppo «as an entity» ed offende i singoli non in quanto soggetti individuali, ma «as a members of the national group» (224).

Il secondo motivo si pone su di un piano non più quantitativo, ma qualitativo ed in questa sede può essere solo accennato. Il genocidio è, in effetti, tra tutti i crimini internazionali, quello più grave, non solo per il numero delle vittime che genera, ma anche perché, su di un piano ideologico, trova la propria radice e la propria giustificazione nella negazione totale della diversità di chi non appartiene al gruppo prevalente. Tale diversità, percepita come irrimediabilmente ostile e, così come mostrano i «leading cases» delle Corti, spesso imposta dal carnefice e non necessariamente voluta dalla vittima, può essere destinataria solo di un atto di distruzione, cioè di eliminazione definitiva. E, in tale senso, che il genocidio è davvero il «crime of the crimes» perché rappresenta l'antitesi per antonomasia dell'esperienza politica che, nel mai terminato sforzo di un'intelligenza dialettica di ciò che, tra gli uomini, è comune e di ciò che è diverso», propriamente comporta il vivere insieme dei singoli e delle comunità in vista del bene comune (225).

CARMELLO DOMENICO LEOTTA

(224) LEMKIN, *Axis Rule*, cit., 79.

(225) GRANTIN, *Intelligenza politica e ragion di Stato?*, Milano, 1984, 39, a proposito della definizione di politica.

### Giudice (capacità del)

Bibliografia: BARONE, *sub art.* 34, in *Comm. Arnaldo, Dominioni*, I, Milano, 1989, 243; BONETTO, *Giurisdizione, competenza, conflitti*, in CERAMICO-MARZADURI, *Protagonisti e comprimari del processo pe-*

nale, Torino, 1995, 6; CARCANO, *In tema di capacità del giudice*, CP, 1993, 647; ID., *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, CP, 1994, 360; CERQUETTI-C. FIORIO (a cura di), *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova, 2002, 3; CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice: una disciplina solo apparentemente innocea*, DPP, 1999, 1287; DELL'ANNO, *I presidi di tutela ed imparzialità*, in *Procedura Penale*, a cura di Gatto, Milano, 2013, 60; DELLA CASA-VOENA, *Soggetti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova 2006; DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011, 34; DIORALAVI, *Quale sanzione per le violazioni del sistema tabellare?*, DG, 2003, 5, 1087; DIMACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003; DOMINIONI, *sub art.* 33, in *Comm. Arnaldo, Dominioni*, I, Milano, 1989, 215; FIASCONARO, *sub art.* 33, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012; GAFFA, *Difetto di potere giurisdizionale e sanzioni nella ricostruzione delle sezioni Unite penali*, GADP, 2011, 29, 71, 72; GATTO, *La neutralità del giudice tra cadute di legittimità ed ipotesi di tenuta giurisdiziva*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2004, 103; GATTO-GRINCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale dal diritto costituzionale al giudice naturale*, GiC, 2003, 3373; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, 51; MACCORA, *Costituzione e motivazione delle sentenze. Un obbligo coesistente alla giurisdizione*, DeG, 2004, 3, 84; MARX, *L'applicazione di magistrati può compromettere il processo*, 14; PAVANÉ, *NUOVI orientamenti sulla capacità del giudice*, GP, 1997, III, 511; PIZZORUSSO, «Ordinamento giudiziario», in *NU.D.I., App.*, V, Torino, 1984, 539; RAVARACI, *sub art.* 34, in *Comm. Chiaravito*, I, Torino, 1989, 192; SARVATY, *L'organizzazione degli uffici giudiziari: il sistema tabellare*, CP, 1999, 1063; SANTORIELLO, *Nuove prospettive in tema di conseguenze processuali derivanti dalla violazione dei criteri tabellari per la composizione degli uffici giudiziari*, Gi, 2003, 2358; ID., *La capacità del giudice penale tra mutamento di funzioni e trasferimento presso un ufficio di procura*, Gi, 2004, 1247; TAVOLANA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 157; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 91; TRANCHINA, *I soggetti*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, 61-62; ZAPPALÀ, *sub art.* 33, in *Comm. Chiaravito*, I, Torino, 1989, 182.

Legislazione: art. 33, 178, 179 c.p.p.; art. 7 bis, 7 ter, 110, r.d. 30-1-1941, n.42; art. 3, 4, d.p.r. 22-9-1988, n. 449; d.l.g. 19-2-1998, n. 51.

Sommario: 1. La definizione di capacità del giudice. - 2. Le ragioni di una diversa regolamentazione delle violazioni in tema di capacità del giudice e la necessità di una attenta riflessione sul punto. - 3. Capacità del giudice e incompatibilità. - 4. Capacità del giudice e giusto processo: le ritacque in ambito europeo.

#### 1. La definizione di capacità del giudice.

La nozione di capacità del giudice trae il suo fondamento dalle disposizioni in tema di ordinamento giudiziario e alla sua definizione sono solo complementari le norme processuali. L'art. 33, infatti, deve essere letto in collegamento con l'art. 102, 1° co., Cost., secondo cui la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (1).

In base all'art. 33 c.p.p., sono infatti "condizioni di capacità del giudice" quelle che appaiono stabilite dalle leggi sull'ordinamento giudiziario. In questa prospettiva, pertanto, la capacità del giudice, intesa come idoneità all'esercizio delle funzioni giurisdizionali, costituisce una categoria di origine ordinamentale e di portata normativa, la cui definizione deve necessariamente trarsi dalle norme dell'ordinamento

giudiziario, nelle quali sono stabilite le condizioni per il legittimo esercizio della giurisdizione (2).

L'espressione "capacità del giudice" indica, dunque, il complesso dei requisiti indispensabili per un legittimo esercizio della funzione giudicante.

Si distingue, comunemente, in dottrina, tra la *capacità di "acquisto"* e quella di "esercizio" della funzione giurisdizionale. La prima concerne il possesso di tutti i requisiti necessari alla assunzione della qualità di giudice e postula una valutazione che investe l'esistenza stessa dell'organo giurisdizionale, ancor prima che la sua capacità.

La mancanza si concretizza dunque, in particolare nelle situazioni caratterizzate da "usurpazione del potere di decidere" da parte di un soggetto che non abbia avuto mai conferita alcuna investitura della potestà giurisdizionale o che essendone stato precedentemente in possesso, ne sia rimasto successivamente privo. Tutte ipotesi, dunque, che delineano la figura del non *index* (cittadinanza, età, titolo di studio).

La capacità di esercizio della funzione riguarda, invece, l'esistenza delle condizioni richieste per il valido esercizio del potere giurisdizionale. Essa si distingue, a sua volta, in *capacità generica*, la quale si acquista con la nomina e con l'ammissione alle funzioni e a seguito del superamento del concorso e del necessario periodo di tirocinio e, in *capacità specifica*, che si riferisce alla regolare costituzione del giudice nell'ambito di un determinato processo, prendendo in considerazione le disposizioni in tema di competenza e le previsioni di carattere ordinamentale che consentono, in un determinato ufficio giudiziario, l'assegnazione di ogni singolo affare a una determinata sezione, collegio e giudice (3).

Occorre peraltro subito precisare, precisando da subito quale sia la questione fondamentale rispetto al tema in esame, come non tutte le disposizioni finalizzate a regolare l'attribuzione e lo svolgimento della funzione giurisdizionale integrino capacità in senso normativo, nel senso di essere cioè previste a pena di nullità secondo quanto assentito dall'art. 178, lett. a), c.p.p., alla stregua del quale «è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessari per costituire i collegi stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario».

Ed invero, alla stregua di una vera e propria *ratio* normativa, la sanzione della nullità correlata alla incapacità del giudice sembra in realtà codificatamente posta a fondamento della sola capacità generica e non anche dell'idoneità specifica, che presuppone, appunto, la regolare costituzione del giudice nell'ambito di un determinato processo.

In questa ottica, l'art. 33, 1° co., c.p.p. concerne la "capacità generica" di esercizio, mentre i co. 2° e

3°, attraverso la evocata *ratio* normativa escludono dalla nozione di capacità le disposizioni attinenti alla capacità specifica e, in particolare, «le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici», nonché quelle relative all'«attribuzione degli affari pendenti al tribunale collegiale o monocratico».

Deve peraltro anche subito osservarsi come, con il riferimento alla espressione "capacità del giudice", l'art. 33 c.p.p., secondo parte della dottrina e una determinata interpretazione giurisprudenziale, prenderebbe in realtà comunque in considerazione un soggetto giuridicamente configurabile come giudice, dandosi per implicitamente necessarie tutte quelle condizioni che costituiscono il presupposto dell'esistenza stessa dell'organo giurisdizionale, ovvero, l'esistenza della c.d. capacità di acquisto.

Secondo tale orientamento, infatti, la mancanza dei requisiti inerenti alla capacità di acquisto della qualità di giudice non dà luogo a semplice nullità degli atti processuali ma determina la loro vera e propria inesistenza giuridica, trattandosi di attività posta in essere da un soggetto che non è *index incapax*, ma un non *index* (4).

In questa prospettiva, rispetto all'attività processuale svolta dal non *index*, la Cassazione (5) ha espressamente fatto ricorso alla figura della *inesistenza giuridica*, differenziandola dalla figura della abnormità e precisando che rispetto all'atto inesistente non sono operanti i termini perentori di impugnazione né è ipotizzabile il passaggio in giudicato della decisione. Diversamente, secondo altro orientamento giurisprudenziale, in caso di attività compiuta da un non *index*, si determina una nullità dovuta all'insosservanza delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità che rende, alla stregua della sua gravità, inuttiler data l'intera fase per la quale si è protratta detta attività, compreso l'atto finale (6).

L'orientamento appena evocato limita peraltro l'inesistenza giuridica dell'attività processuale alla sola ipotesi della mancanza del provvedimento di nomina, costitutivo dell'investitura del potere giurisdizionale, in assenza del quale l'atto costituisce usurpazione di pubbliche funzioni, mentre invece, l'esistenza del provvedimento di nomina, emesso in assenza delle condizioni relative alla capacità di acquisto della qualità di giudice, pur dando titolo ad una investitura illegittima, impedisce di parlare di inesistenza giuridica e di attività compiuta a non *index*. In questa prospettiva, analogamente, costituisce ipotesi di inesistenza, quella in cui l'attività giudiziaria viene esercitata da un ex magistrato ormai cessato dal servizio (7).

In ogni caso, rinviando al prosieguo ulteriori approfondimenti in ordine alla portata contentutistica della

nullità codicistica correlata alla incapacità, nonché al significato e alla ragionevolezza della scelta normativa, alla stregua di quanto fin qui evidenziato, le esplitiche evocate limitazioni poste dall'art. 33, 2° e 3° co., sono comunque da considerarsi come inequivoco in-dice della volontà del legislatore di determinare la nozione di capacità del giudice, processualmente rilevante, in modo distinto dal concetto di capacità nucleabile dal complesso delle disposizioni ordinarie e di quelle in tema di competenza (8), così da doversi, in definitiva, trarre la conseguenza per la quale costituisce causa di nullità assoluta e insanabile il solo difetto della capacità generica (9) all'esercizio del potere giurisdizionale e non anche la mancanza delle condizioni specifiche di esercizio delle funzioni giudicanti in un determinato procedimento, dato che quest'ultima carenza non fa venire meno nel giudice la titolarità della funzione giurisdizionale (10).

- (1) FIASCONARO, *sub art. 33, in Codice di procedura penale commentato*<sup>4</sup>, Torino, 2012.  
 (2) DOMINIONI, *sub art. 33, in Comm. Anoldi, Dominioni*, I, Milano, 1989, 215.  
 (3) ZAPPALÀ, *sub art. 33, in Comm. Chianzino*, I, Torino, 1989, 179; TRANCONNA, *I soggetti, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCONNA-ZAPPALÀ, Diritto processuale penale*, Milano, 2011, 61-62. La giurisprudenza ha fatto proprie le nozioni di capacità generica e specifica adottate dalla dottrina, precisando che le condizioni di capacità del giudice, la cui inosservanza determina la nullità assoluta ex art. 178, lett. a), c.p.p., sono rinvenibili solo in quanto disposta dall'art. 33, 1° co., laddove si fa riferimento alla capacità del giudice. È invece rinvenibile la capacità specifica del giudice ex art. 33, 2° co., la cui eventuale violazione non è assistita dalla sanzione processuale della nullità. Cass. pen., 13-6-2001, *GDPr*, 2961, n. 31, 66.  
 (4) DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011, 34; DOMINIONI, *op. cit.*, 217. Secondo tale autore, l'inesistenza, a differenza della nullità, impedisce il prodursi della cosa giudicata ed è dunque rilevabile senza alcun limite di tempo.  
 (5) Cass. pen., S.U., 9-7-1997, *CP*, 1998, 60; conf. Cass. pen., sez. II, 13-01-2005, *Mass. uff.*, 230747.  
 (6) Cass. pen., sez. IV, 1-12-1995, *Mass. uff.*, 204810.  
 (7) ZAPPALÀ, *op. cit.*, 183, il quale riconduce l'inesistenza all'ipotesi di difetto di investitura derivante dalla mancanza della notitia o dal fatto che essa è venuta meno per dimissioni, collocamento a riposo o per altra ragione. RIVILLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 470.  
 (8) CARCANO, *In tema di capacità del giudice*, *CP*, 1993, 647; *Id.*, *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, *CP*, 1994, 360.  
 (9) La mancanza della capacità generica di esercizio delle funzioni giurisdizionali è considerata causa di nullità assoluta, esclusa, per contro, nell'ipotesi di difetto delle condizioni specifiche di esercizio della funzione giudicante in un determinato procedimento (v., in riferimento all'art. 185, 1° co., n. 1, del codice del 1930, è all'art. 178, lett. a), del codice vigente, Cass. pen., sez. II, 17-3-2004, *Mass. uff.*, 229702; Cass. pen., sez. I, 11-6-1999, *DPP*, 1999, 1286; Cass. pen., sez. I, 29-3-1996, *CP*, 1997, III, 436; Cass. pen., sez. I, 7-3-1994, *CP*, 1995, 2629; Cass. pen., sez. I, 1-4-1992, *br*, 1993, 2872.  
 (10) BONETTO, *Giurisdizione, competenza, confini*, in CERANE-RO-MARZADURI, *Protagonisti e comprimari del processo penale*,

Torino, 1995, 6; CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice: una disciplina solo apparentemente innocua*, *DPP*, 1999, 1287; *contro GARRO, La neutralità del giudice tra cadute di legalità ed ipotesi di tenuta giuristica*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerqueti-Fiorio, Padova, 2004, 103; SANTORIELLO, *La capacità del giudice penale tra mutamento di funzioni e trasferimento presso un ufficio di procura*, *GI*, 2004, 1247.

2. *Le ragioni di una diversa regolamentazione delle violazioni in tema di capacità del giudice e la necessità di una attenta riflessione sul punto.*

È indubbio, quale che possa essere l'opinione rispetto alla evocata impostazione codicistica, come l'individuazione dell'organo giudicante chiamato a esercitare le sue funzioni nei diversi segmenti e nei diversi momenti del procedimento, debba necessariamente rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche rispetto all'articolazione dell'ufficio cui, nel rispetto delle regole sulla competenza sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità.

In questa prospettiva, le norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale (approvate con d.p.r. 22-9-1988, n. 449), hanno inteso dare risposta alle esigenze prima richiamate, mediante la disciplina della predisposizione di tabelle degli uffici giudicanti ripartiti in sezioni, della destinazione dei singoli magistrati ad esse, della formazione dei collegi giudicanti, dei criteri per l'assegnazione degli affari penali e per la sostituzione dei giudici impediti (artt. 3 e 4).

Conseguentemente, l'art. 33, 1° co., c.p.p. che pure riconduce il concetto di capacità ai requisiti stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario e identifica la capacità del giudice con l'idoneità a rendere il giudizio, vale a dire con la riferibilità del giudizio ad organi titolari, secondo il disegno dell'ordinamento giudiziario, della funzione giurisdizionale, anche nella composizione prevista per la loro formazione collegiale, consente in realtà di rilevare come i criteri di assegnazione degli affari nell'ambito di tali organi esultino invece dalla nozione generale della loro capacità che, riguardando la titolarità della funzione, non comprende quanto attiene all'esercizio della funzione stessa, in relazione alla organizzazione interna all'organo che ne è titolare.

Nel descritto disegno normativo, è dunque, in altri termini evidente la differenza tra le condizioni di capacità del giudice ed i criteri di assegnazione degli affari, correlandosi le medesime ad aspetti assolutamente e radicalmente diversi e non sovrapponibili. Il carattere esclusivamente normativo della nozione di incapacità del giudice rende cioè, alla stregua della distinzione richiamata, ragione dell'esclusione della rilevanza, ai fini della nullità previste dall'art. 178,

lett. *a*), di tutte quelle disposizioni dell'ordinamento giudiziario riguardanti la sussistenza delle specifiche condizioni per l'esercizio della giurisdizione nel singolo processo (destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, formazione dei collegi e assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici).

In altri termini, in ragione di ciò, là dove, a norma dell'art. 178, 1° co., lett. *a*), prima parte c.p.p., «è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità del giudice», appare rispondente alla distinzione sopra richiamata la mancata correlazione della nullità assoluta, insanabile e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento che ne deriva (art. 179, 1° co., prima parte, c.p.p.) alle ipotesi di violazione delle disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi, giudici.

Disposizioni che, coerentemente alla impostazione descritta, ai sensi del 2° co. dell'art. 33 c.p.p. «non si considerano attinenti alla capacità del giudice».

Il predetto quadro normativo è stato, conseguentemente, fin qui interpretato dall'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante (11), nel senso che l'individuazione del giudice, in relazione alle esigenze di assegnazione dei giudici ai diversi uffici e di ripartizione degli affari all'interno di ciascun ufficio giudiziario (cfr. artt. 110 e 7 bis del r.d. 30-1-1941, n. 12 e successive modifiche), rilevi esclusivamente sotto il profilo tabellare e non possa dar luogo alla nullità prevista dall'art. 178, lett. *a*), c.p.p., non attenendo, secondo la previsione espressa dell'art. 33 c.p.p. complessivamente considerato alla capacità generica del giudice (la sola cui può conseguire la nullità degli atti compiuti), ma, solo alla sua capacità specifica.

Ne deriva che le violazioni di tali previsioni producono mere irregolarità, prive di conseguenze processuali di carattere sanzionatorio.

Ugualmente, una parte della dottrina, sulla base delle richiamate indicazioni, ha rilevato che la scelta di eliminare dall'ambito della capacità del giudice l'operatività delle norme riguardanti la capacità specifica e il funzionamento interno degli uffici giudiziari è stata dettata dall'esigenza di impedire che nullità processuali derivino dalla violazione di norme la cui applicazione è rimessa a valutazioni discrezionali di organi amministrativi e che la validità dei singoli processi possa dipendere dalla decisione di questioni pregiudiziali attinenti alla costituzione del giudice: la nuova disciplina, giustificata da motivi di opportunità e di semplificazione pratica, ha avuto, però, l'effetto di ridimensionare il peso delle disposizioni relative alla capacità del giudice sull'attuazione della garanzia costituzionale del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. (12).

Trattasi, peraltro, di posizione che impone di effettuare, al di là e a prescindere dalle richiamate limitazioni codicistiche in ordine al contenuto della previsione in tema di capacità, una seria valutazione delle pronunce di legittimità e del Giudice delle leggi, in punto di compatibilità della medesima con la disciplina in tema di precostituzione del giudice.

E infatti innegabile, come l'art. 25, 1° co., della Costituzione, stabilendo, tra i diritti fondamentali dei cittadini, che nessuno possa essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, garantisce che la competenza degli organi giudiziari sia sottratta ad ogni possibilità di arbitrio. Al fine di assicurarne l'imparzialità, è cioè escluso che il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che derogino a regole generali, quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta (13).

In altri termini, se l'esercizio della funzione giurisdizionale non può essere sottratta alla cognizione del giudice naturale, individuato secondo regole generali prefissate dal legislatore, ancor prima, la medesima funzione non può essere attribuita alla cognizione di un giudice costituito o designato in relazione ad una determinata controversia, là dove per come significativamente osservato, «precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri fra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione» (14).

In questa ottica, appare pertanto appunto meritevole di attenta riflessione, la conclusione rassegnata anzitutto dalla giurisprudenza, che ha evidenziato che non sarebbe tacciabile di incostituzionalità il combinato disposto degli artt. 33, 2° co., e 178, lett. *a*), c.p.p. per violazione della garanzia del giudice naturale precostituito, nella parte in cui non si prevede che la violazione delle disposizioni tabellari per l'applicazione del giudice all'ufficio giudiziario comporti la mancanza di capacità del giudice stesso e la conseguente nullità degli atti, giacché le disposizioni relative all'assegnazione dei giudici agli uffici e alle sezioni non concorrono a determinare la capacità del giudice (15).

E infatti anzitutto innegabile come la conclusione ora rassegnata si appalesi come meramente ricognitiva del dato normativo e, non già, invece, idonea a dare contezza della razionalità e della compatibilità col dato costituzionale.

Maggiormente compiuta, ma ugualmente meritevole di considerazione, si caratterizza la valutazione operata al riguardo dal Giudice delle leggi, osservandosi ad opera del medesimo, come l'art. 25, 1° co., della Costituzione stabilendo, tra i diritti dei cittadini, che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, attribuisce ad essi la garanzia che la competenza degli organi giudiziari è sottratta ad

ogni possibilità di arbitrio. Al fine di assicurarne l'imparzialità, è escluso cioè che il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che derogino a regole generali, quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta. Dal canto suo, l'art. 33, 1° co., c.p.p., sempre con l'identificazione della capacità del giudice con l'idoneità a rendere il giudizio: vale a dire con la riferibilità del giudizio ad organi titolari, secondo il disegno dell'ordinamento giudiziario, della funzione giurisdizionale, quindi anche nella composizione prevista per la loro formazione collegiale. I criteri di assegnazione degli affari nell'ambito di tali organi esulano dalla nozione generale della loro capacità che, riguardando la titolarità della funzione, non comprende quanto attiene all'esercizio della funzione stessa, in relazione all'organizzazione interna all'organo che ne è titolare. La ripartizione degli affari nell'ambito dell'organo competente deve essere effettuata secondo le regole proprie dell'organizzazione della giurisdizione. Nel disegno normativo, è dunque evidente la differenza tra le condizioni di capacità del giudice e i criteri di assegnazione degli affari. Ne deriva, che l'art. 33 c.p.p., mantenendo distinti questi due profili, non introduce, al secondo comma, una eccezione alla regola generale relativa alla capacità del giudice, ma ne definisce i contorni rendendone espliciti il contenuto ed i limiti» (16).

Nella medesima prospettiva, è stata dichiarata non fondata, in riferimento all'art. 25, 1° co., Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, 2° co., nella parte in cui stabilisce che non rientrano tra le regole attinenti alla capacità del giudice, la cui inosservanza è sanzionata con la nullità assoluta, quelle relative alla assegnazione dei processi alle sezioni degli uffici giudiziari (17).

In particolare, dopo avere richiamato la propria giurisprudenza, secondo cui l'individuazione dell'organo giudicante deve rispondere a regole che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, la Corte ha chiarito che la capacità del giudice si identifica con la riferibilità del giudizio ad organi titolari, secondo il disegno dell'ordinamento giudiziario, della funzione giurisdizionale e che i criteri di assegnazione degli affari esulano dalla nozione generale della capacità del giudice, che riguarda la titolarità della funzione e non comprende quanto attiene all'esercizio della stessa, con la conseguenza, per la quale, alla stregua del complesso sistema normativo, deve transi la conseguenza — ha concluso la Corte — che «il principio costituzionale della preclusione del giudice non implica che i criteri di assegnazione dei singoli procedimenti nell'ambito dell'ufficio giudiziario competente, pur dovendo essere obiettivi, predeterminati o comunque verificabili, sia-

no necessariamente configurati come elementi costitutivi della generale capacità del giudice, alla cui mancanza il legislatore ha collegato la nullità degli atti», anche se ciò non significa che la violazione delle regole, qualora in concreto leda direttamente garanzie costituzionali, sia priva di rilievo e che non vi siano, o che non debbano essere prefigurati, appropriati rimedi dei quali le parti possano avvalersi.

Conclusione che, nella sua apparente nettezza, manca però, significativamente, di individuare nel sistema vigente, al di là di un vuoto auspicio di *jure condendo*, concreti strumenti sanzionatori correlabili alle possibili violazioni.

Le conclusioni della sentenza da ultimo citata sembrano peraltro riecheggiare, nella parte in cui si attesta la necessità di appositi rimedi, le posizioni della dottrina cui si rinvia nel prosieguo (18), che attribuiscono prevalenza alla diretta operatività del precetto inderogabile dell'art. 25, 1° co., Cost., sulla regola di esclusione di cui all'art. 33, 2° co., allorché il primo risulti, in concreto, vulnerato a seguito di una distorta applicazione delle regole e dei criteri di organizzazione della giurisdizione, che assumono, in questa ipotesi, rilevanza esterna, con riflessi sulla validità degli atti processuali. Alla stessa linea di pensiero della prima citata sentenza costituzionale n. 419/1998, è riconducibile peraltro anche la pronuncia con cui — sempre a proposito dell'esigenza di contemperare il principio di precostituzione del giudice con quello di efficienza e di funzionalità degli uffici giudiziari — è stato precisato che la connessione tra imparzialità e, appunto, la precostituzione, che si ricava dall'art. 25, 1° co., Cost., nell'escludere che i poteri organizzativi dei capi degli uffici possano essere esercitati in modo assolutamente libero o addirittura arbitrario, consenta di ritenere che l'esplicitazione di criteri per l'assegnazione degli affari, in quanto espressivi di un'esigenza costituzionale che opera in tutti i settori della giurisdizione, possa avere luogo proprio nell'ambito di detti poteri discrezionali, quale manifestazione ed esercizio dei medesimi, senza necessità di un'esplicita previsione legislativa, purché detti criteri vengano predeterminati in modo tale da garantirne, comunque, la verifica *ex post* della loro osservanza (19).

Evidente, anche in questo caso, l'assenza di indicazioni effettive sulle conseguenze concretamente correlabili alla violazione delle regole sulla predeterminazione dei criteri che consentono l'individuazione del giudice chiamato a esercitare, nell'ambito di un determinato ufficio, ciascuna specifica funzione giudiziaria in un certo procedimento penale.

In ragione della sostanziale vuotozza dei motivi costituzionali, nella giurisprudenza di legittimità e di merito è consolidato l'indirizzo che esclude che possa dare origine ad incapacità del giudice e, quindi, a nullità assoluta la violazione dei «criteri tabellari»

relativi alla destinazione dei giudici agli uffici giudiziari, alla formazione dei collegi e alla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici (20).

Solo un assai limitato orientamento ha invece finalmente gettato una nuova luce sull'argomento, affermando che «l'adozione di atti e provvedimenti tabellari extra ordinem incidenti sulla capacità del giudice, che stravolgono le regole di ordinamento giudiziario, nonché quelle processuali in tema di giusto processo, integrano una violazione degli artt. 178, 1° co., lett. a), 179, trattandosi di disposizioni che devono essere lette anche e soprattutto alla luce dei principi costituzionali, tra loro strettamente correlati, della imparzialità e della precostituzione del giudice naturale, da inquadrate a loro volta nel contesto delle garanzie costituzionali espressamente previste per assicurare al cittadino un giusto processo (art. 111)» (21).

In particolare, si è significativamente sottolineato nell'ambito della decisione da ultimo richiamata, come, se è vero che, a mente dell'art. 33, 2° co. c.p.p., «la violazione delle disposizioni sulla composizione dei collegi e sulla destinazione dei giudici alle sezioni siano di regola influenti sulla capacità del giudice», è altrettanto vero che vi sono «violazioni alle quali deve invece riconoscersi rilevanza, come nel caso (...) della costituzione di un collegio ad hoc, per decidere su una determinata vicenda processuale». Di conseguenza, non si può, da un lato, attribuire all'art. 33, 2° co., valore «assorbente» in ogni caso e, dall'altro, considerare la previsione di cui agli artt. 178, 1° co., lett. a), 179, «esautiva e, quindi, rigidamente chiusa» in quanto, diversamente argomentando, ci si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali sopra richiamati, i quali «restano sempre le linee direttrici fondamentali alla luce delle quali tutte le altre norme vanno lette ed interpretate per dare compiuta attuazione al principio del "giusto processo"» (22). Analogamente, in dottrina, proprio richiamandosi la conclusione della giurisprudenza minoritaria è diffusa l'opinione che, pur non coincidendo la sfera dell'art. 25 Cost. con quella dell'art. 178, lett. a), del codice, sarebbe tuttavia possibile e, anzi doveroso, ricostruire il concetto di capacità del giudice mantenendo il collegamento con il requisito della precostituzione del giudice imposto dalla norma costituzionale e riconoscendo, quindi, l'esistenza di una nullità assoluta, e non di una semplice irregolarità, ogni volta che detto requisito venga meno in dipendenza della violazione delle disposizioni sulla destinazione dei giudici, sulla formazione dei collegi o sull'assegnazione dei processi e l'organo giudicante sia formato proprio per decidere una determinata regudicanda, giacché in tali casi sulla regola di esclusione di cui all'art. 33, 2° co., prevale il precetto inderogabile sancito dall'art. 25 Cost. (23).

Si è altresì ritenuto, riempiendo finalmente di effetti-

vo contenuto una disciplina che si vuole diretta attuazione della previsione costituzionale in tema di naturalità e precostituzione del giudice che censire di incostituzionalità possano e debbano motivatamente sollevarsi nei confronti dell'art. 33, 2° co., per la ragione che il principio di precostituzione, funzionale alla garanzia di imparzialità, postula un necessario automatismo nella determinazione in concreto del giudice che deve conoscere del singolo processo, sicché la norma sancita dall'art. 25, 1° co., Cost. «può rischiare la violazione più subdola proprio attraverso operazioni che, nel rispetto formale delle regole di competenza e quindi delle regole di cui si tratta, rendono possibile la scelta dei componenti lo specifico collegio giudicante o dell'organo giurisdizionale in genere» (24).

Sempre la dottrina ha pertanto valutato insoddisfacente l'approccio casistico, non essendo il Giudice delle leggi, nonostante il lodevole sforzo argomentativo, riuscito a delineare in termini di certezza il quadro di riferimento cui ancorare la sanzione della nullità (25) e dunque ad individuare l'esatta linea di demarcazione tra provvedimenti organizzativi emessi semplicemente in «violazione» dei criteri tabellari e provvedimenti emessi «al di fuori» dei medesimi (26), non potendosi escludere situazioni in cui un provvedimento adottato entro il sistema medesimo, ma in violazione di talune regole puntuali, sia lesivo dei principi costituzionali esattamente quanto un provvedimento del tutto extra ordinem (27).

Del resto, sempre in questa prospettiva critica, se è vero che il legislatore, con la l. 30-7-2007, n. 111, ha modificato l'art. 7 bis ord. giud., prevedendo espressamente che le violazioni dei criteri per l'assegnazione degli affari possono avere un mero rilievo disciplinare, non comportando in alcun caso la nullità del provvedimento adottato dal giudice in violazione dei criteri, è però innegabile come si tratti di una scelta legislativa, che se, da un lato, ha risolto in radice possibili incertezze in riferimento a violazioni tabellari imidonee ad incidere sui principi di naturalità e precostituzione del giudice, dall'altro, ha ridimensionato la funzione tipica della previsione tabellare, cui anche il giudice delle leggi aveva riconosciuto la funzione di attuare il precetto contenuto nell'art. 25 Cost. (28).

Tutto ciò, non potendosi fare a meno di rilevare come, la inaccettabilità della maggioritaria conclusione giurisprudenziale, appaia del resto ulteriormente confermata dalla circostanza per la quale, se è vero che le condizioni di capacità del giudice sono quelle stabilite dall'ordinamento giudiziario, e non dalle disposizioni del codice di procedura penale, non sarebbe conseguentemente configurabile la sanzione processuale della nullità ex art. 178, 1° co., lett. a), allorché il giudizio di rinvio si svolga, in violazione del-



l'art. 623, lett. c), dinanzi alla stessa sezione che aveva emesso la sentenza annullata (29).

- (11) Cass. pen., sez. I, 21-10-2003, CP, 2005, 2629; Cass. pen., sez. I, 26-3-2004, ANPP, 2005, 508; Cass. pen., sez. II, 17-3-2004, ANPP, 2005, 722; Cass. pen., sez. I, 14-1-2005, ANPP, 2006, 233.
- (12) ZAPPALÀ, *op. cit.*, 181.
- (13) Si veda C. Cost., sentenze n. 561/967 e n. 460/1994; ordinanze n. 161/1992 e n. 176/1998.
- (14) C. Cost., 7-7-1962, n. 88.
- (15) Cass. pen., sez. VI, n. 24077/2001.
- (16) C. Cost., 23-12-1998, n. 419, FI, 1999, I, 760.
- (17) C. Cost., 3-11-2000, n. 467, GiC, 2000, 3670; C. Cost., 28-7-2000, n. 392, GiC, 2000, 2752; C. Cost., 23-12-1998, n. 419, FI, 1999, I, 760.
- (18) Si veda *infra*, nota n. 23.
- (19) C. Cost., 17-7-1998, n. 272, FI, 1999, I, 1407.
- (20) Cass. pen., sez. II, 14-1-2011, *Mass. uff.*, 249450; Cass. pen., sez. II, 18-6-2008, ivi, 240697, anche con riferimento alle sezioni distaccate di un medesimo ufficio giudiziario; Cass. pen., sez. II, 23-1-2004, *Mass. uff.*, 229067; Cass. pen., sez. VI, 24-9-2003, RP, 2005, 218; Cass. pen., sez. V, (5-6-2003) 24-9-2003, ANPP, 2005, 2005, 218; Cass. pen., sez. V, (5-6-2003) 24-9-2003, ANPP, 2005, 2005, 218; Cass. pen., sez. II, 28-1-2002, GI, 2003, 322; Cass. pen., sez. IV, 10-10-2001, *Mass. uff.*, 220385; Cass. pen., sez. VII-6-5-2001, Cass. pen., sez. I, 19-12-2000, CP, 2002, 1441; Cass. pen., sez. VI, 12-12-2000, RC, 2001, 396; Cass. pen., sez. I, 11-6-1999, DPP, 1999, 1286; Cass. pen., sez. V, 27-4-1999, *Mass. uff.*, 213610; Cass. pen., sez. VI, 15-10-1998, ivi, 213365; Cass. pen., sez. II, 19-6-1998, ivi, 211436; A. Milano 4-3-2001, GI, 2001, 1939; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 17-5-2001, FA, 2001; T. Milano 23-5-2000, *Fambr.*, 2000, 532; tale norma, peraltro, si fonda sul diritto soggettivo al giusto processo (T.A.R. Marche 26-2-1999, FA, 1999, 1582).
- (21) Cass. pen., sez. I, 7-5-2003, RP, 2004, 1243.
- (22) Cass. pen., sez. I, 7-5-2003, cit., GP, 2004, III, 704; Sul filone giurisprudenziale intrapreso, v. Cass. pen., sez. III, 3-10-2006, *Mass. uff.*, 225030; Cass. pen., sez. VI, 4-5-2006, ivi, 234397; Cass. pen., sez. I, 5-4-2006, ivi, 234216; Cass. pen., sez. VI, 14-7-2005, ivi, 232310; Cass. pen., sez. I, 30-3-2005, ivi, 231338).
- (23) LATRANZI, *Il principio della precostituzione del giudice nella giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*, CP, 1993, 1583; CROIANO, *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, cit., 360; CONTI, *op. cit.*, 1287; SALVATO, *L'organizzazione degli uffici giudiziari: il sistema tabellare*, CP, 1999, 1063.
- (24) TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 157.
- (25) DIORIANI, *Quali sanzioni per le violazioni del sistema tabellare?*, OG, 2003, 5, 1087.
- (26) MARI, *L'applicazione dei criteri tabellari può compromettere il processo. La violazione dei criteri tabellari quale causa di nullità*, DPP, 2003, 28, 11; SANTORRILLO, *Nuove prospettive in tema di conseguenze processuali derivanti dalla violazione dei criteri tabellari per la composizione degli uffici giudiziari*, GI, 2003, 2358.
- (27) IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Milano, 2005, 372.
- (28) DI GERONIMO, *op. cit.*, 47.
- (29) Cass. pen., sez. V, 19-3-1997, GP, 1998, III, 477.

3. *Capacità del giudice e incompatibilità.*  
La capacità del giudice va accertata non solo in astratto, ma anche in concreto, con riguardo alle condizioni di indipendenza e di imparzialità dell'organo giudicante.

Si tratta, soprattutto, delle ipotesi, in cui il giudice, versando in situazione di incompatibilità ha l'obbligo di non esercitare la sua funzione giurisdizionale (*astensione*) e, contestualmente, le parti hanno diritto di chiederne l'estromissione (*ricusazione*). In particolare, per quanto relativo all'incompatibilità derivante da atti compiuti nel procedimento, come noto, l'art. 34 c.p.p. concretizza lo sforzo del legislatore di individuare a priori il complesso delle cause atte a turbare l'imparzialità del giudice rispetto agli ulteriori esiti di una determinata vicenda, in conseguenza di una concorrente o pregressa attività o posizione funzionale. La norma in questione ha, quindi la funzione di apprestare una *garanzia* a tutela del principio fondamentale di imparzialità del giudice e, dunque, di salvaguardia del giusto processo, il cui equilibrio può essere minato dalla figura del *index suspectus* (30). Evidentemente, la rilevanza quantitativa dei casi di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p., rende di notevole rilievo il quesito se gli atti compiuti dal giudice in situazione di incompatibilità debbano o no ritenersi inficiati da nullità assoluta ex art. 178, 1° co., lett. a), in quanto integranti altrettante cause di incapacità del giudice.

La tesi favorevole alla non riconducibilità nella nozione di capacità del giudice delle situazioni di incompatibilità, prevale in dottrina (31), mentre, invece, la giurisprudenza ritiene, in maniera assolutamente prevalente, che l'incompatibilità non determini la mancanza di un requisito di capacità, trattandosi di materie regolate da normative distinte e autonome, e che essa non rappresenti una causa di nullità ma rilevi, unicamente, come motivo di astensione o di ricusazione. È, cioè, assolutamente maggioritario, l'indirizzo giurisprudenziale che esclude le cause di incompatibilità dalle condizioni di capacità del giudice, sul presupposto, che le prime non attingono ai requisiti prescritti per l'esercizio della funzione giurisdizionale e non sono, quindi, colpite dalla sanzione della nullità ex art. 178, lett. a), potendo giustificare unicamente la dichiarazione di astensione o di ricusazione e rendere inefficaci gli atti compiuti ex art. 42, 2° co., in caso di accoglimento dell'istanza (32). Ciò significa, in altri termini, che, correlandosi la nullità assoluta determinata dalla violazione delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità del giudice, soltanto ai difetti di capacità generica all'esercizio della funzione giurisdizionale, conseguentemente, le situazioni di incompatibilità, non privano il giudice della capacità generale di giudicare ma incidono sol-

tanto sulla capacità specifica e, pertanto, costituiscono motivi di astensione e di recusazione (33).

Si è sottolineato in dottrina, invece, in contrapposizione con la tesi giurisprudenziale dominante, come le situazioni di incompatibilità integrino un difetto di capacità del giudice, sanzionabile con la nullità ex art. 178, 1° co., lett. *d)*, poiché riguardano le condizioni di imparzialità e indipendenza del giudice che costituiscono l'essenza stessa della sua fisnomia, posto che il giudice è tale solo in quanto rigorosamente imparziale e indipendente (34).

Tale tesi risulterebbe ulteriormente avallata dal ritevo, secondo cui sarebbe gravemente contraddittorio un sistema processuale che da un lato, fissa un termine processuale per la ricusazione del giudice che si trova in una situazione di incompatibilità e, dall'altro, non consenta di ottenere in ogni stato e grado del processo penale, la declaratoria di nullità conseguente all'incompatibilità stessa.

In altri termini, l'art. 33 c.p.p. è norma di «stretta interpretazione» nella parte in cui indica ciò che non incide sulla capacità del giudice, di talché, non essendovi richiamate le ipotesi di incompatibilità «rimane per ciò stesso escluso che le situazioni di mancata astensione possano non considerarsi attinenti alla capacità del giudice» (35).

Da rilevare ancora come, secondo altra parte minoritaria della giurisprudenza, devono ricomprendersi nel concetto di capacità le cause di incompatibilità previste dagli artt. 18, 19 ord. giud., escludendosi invece quelle stabilite dalle norme del codice, sicché soltanto dall'insorvenza delle prime deriva la nullità degli atti compiuti dal iudex suspectus (36).

Sono del tutto isolate le pronunce (37) che collegano alla violazione delle norme sulla incompatibilità la sanzione di una nullità relativa ex art. 181, pur ritenendo che le stesse non siano attinenti alla capacità del giudice: In una sola occasione è stata ravvisata una nullità a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. *c)*, determinata dalla carenza di imparzialità di uno dei giudici del collegio di primo grado già precedentemente pronunziatosi con il rigetto di due richieste di revoca di misura cautelare personale (38). Trattasi, tuttavia, di un orientamento che, anche a voler prescindere da ogni altra possibile considerazione al riguardo, di fatto configura una nullità relativa non prevista dall'ordinamento, ponendosi così in contrasto con il principio di tassatività delle nullità, di cui all'art. 177 c.p.p.

Quanto alla sorte degli atti posti in essere dal non iudex, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, inciderebbe sulla capacità del giudice, l'accoglimento della dichiarazione di astensione o della ricusazione che determina, conseguentemente, la nullità assoluta degli atti compiuti, ai sensi dell'art. 179, 1° co. (39).

Trattasi, di posizione ispirata ad una rigorosa applicazione del principio di conservazione degli atti, postulante che la sorte della sentenza pronunciata dal giudice sottoposto a ricusazione dipenda dalla conclusione del relativo procedimento; l'inammissibilità o la reiezione della dichiarazione di ricusazione farebbero conservare validità alla sentenza, che sarebbe invece nulla nel caso il giudice fosse ricusato.

Nei confronti di giudice sottoposto ad istanza di ricusazione sarebbe cioè ravvisabile un temporaneo difetto di potere giurisdizionale, limitato alla possibilità di pronunciare il provvedimento conclusivo del processo condizionato all'accoglimento o al rigetto della dichiarazione di ricusazione, con la conseguenza che la valutazione di validità o meno della decisione irrinunciabilmente adottata avviene "secundum eventum".

Si tratta in ogni caso, di una questione, la cui soluzione non può oggi prescindere dalla opportuna considerazione dei principi del "giusto processo" proclamanti dal nuovo testo dell'art. 111 Cost. ed il cui presidio è garantito dai principi di terzietà ed imparzialità del giudice, capaci di offrire ulteriori chiavi interpretative e rafforzative della conclusione appena evocata.

Ed inverso, le norme processuali e ordinamentali poste a tutela di tali principi, indipendentemente dalla loro collocazione sistematica, devono essere considerate alla stregua di meri strumenti per il perseguimento dell'anzidetto valore costituzionale.

Se ciò è vero, sembra logico ritenere che il divieto posto al giudice di compiere certi atti, ancorché divieto processuale e non ordinamentale, incida sulla capacità del giudice sospetto di parzialità, con la conseguente classificazione degli atti eventualmente compiuti in violazione del divieto imposto, nella sfera della nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, lett. *a)*, e 179.

Recentemente le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno conseguentemente e significativamente affermato che è affetta da nullità assoluta, ai sensi dell'art. 178, 1° co., lett. *a)*, per difetto di capacità relativa al singolo processo, la sentenza pronunciata dal giudice in pendenza del procedimento incidentale di ricusazione, quando quest'ultima è accolta nonché quando è dichiarata inammissibile o rigettata, se tale pronuncia viene successivamente annullata dalla Corte di Cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio» (40).

In queste ipotesi, per come evidenziato dalla dottrina, derogando alla linea interpretativa maggioritaria, il giudice di legittimità fa discendere dall'accertato difetto di imparzialità, quale ipotesi di incapacità specifica del giudice, una nullità assoluta (41).

«Un unico fil rouge, insomma, collega le norme sulla

ricusazione al principio di terzietà/imparzialità e il difetto di quest'ultimo alla carenza in concreto del potere di decidere sulla specifica regudicanda: dunque, alla nullità di ordine generale che presidia la capacità di esercizio delle funzioni giurisdizionali» (42).

Sempre ai fini dell'accertamento dei requisiti di capacità del giudice che abbia emesso un determinato provvedimento, dovendosi distinguere nella formazione della sentenza penale fra il momento della decisione che culmina con la lettura del dispositivo in udienza e la redazione della motivazione, si è ritenuto, in giurisprudenza, che l'accertamento in ordine alla sussistenza dei requisiti vada compiuto con riferimento solo alla pronuncia del dispositivo, mentre il venir meno degli stessi requisiti al momento della redazione della motivazione non incida sulla sostanza dell'atto (43).

Alla luce della riforma costituzionale in tema di giusto processo, però, tale orientamento deve, necessariamente, radicalmente essere riconsiderato. Non è ora infatti più possibile, ove lo sia mai stato in precedenza, configurare la motivazione come elementarmente accessorio della decisione, «ma occorre riconoscere che l'argomentazione della sentenza ne rappresenta un profilo essenziale ed ineludibile (...) conferendo alla stessa un fondamento cognitivo e non meramente autoritativo»; conseguentemente, «appare non corretto esaurire il momento giurisdizionale con la lettura del dispositivo» ed «incongruo riconoscere che a tale funzione possa essere adibito un soggetto ormai privo delle condizioni necessarie per esercitare l'attività giurisdizionale» (44).

(30) DELL'ANNO, *I presidi di tutela ed imparzialità, in Procedura Penale*, a cura di Gatto, Milano, 2013, 60.

(31) P. DOMINIONI, *op. cit.*, 216; BARONE, *sub art.* 34, in *Commentario Dominioni*, I, Milano, 1989, 243; RABARACI, *sub art.* 34, in *Comm. Chiaruto*, I, Torino, 1989; BONETTO, *op. cit.*, 9; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, 52.

(32) Cass. pen., S.U., 17-4-1996, *CP*, 1996, 2507; Cass. pen., sez. V, 12-3-2010, *Mass. uff.*, 246716; Cass. pen., sez. V, 8-11-2006, *in v.*, 236307; Cass. pen., sez. IV, 9-11-2004, *GDP*, 2005, 20, 70; Cass. pen., sez. IV, 4-6-2004, *in v.*, 2004, 41, 67; Cass. pen., sez. III, 22-4-2004, *in v.*, 2004, 45, 60; Cass. pen., sez. I, 10-10-2003, *in v.*, 2004, 9, 71; Cass. pen., sez. III, 27-11-2001, *Mass. uff.*, 221055; Cass. pen., sez. I, 10-4-2001, *Mass. uff.*, 214065; Cass. pen., sez. VI, 24-10-1997, *CP*, 1999, 582; Cass. pen., sez. I, 29-3-1996, *GP*, 1997, III, 436; Cass. pen., sez. VI, 4-5-1995, *in v.*, 1996, III, 372; Cass. pen., sez. VI, 22-4-1999.

(33) Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, 51.

(34) IRANZHINA, *op. cit.*, 61-62.

(35) GATTO, *op. cit.*, 109.

(36) ZAPPALÀ, *op. cit.*, 187.

(37) Cass. pen., sez. I, 21-11-1995, *Mass. uff.*, 203339; Cass. pen., sez. I, 24-3-1992, *CP*, 1993, 2873.

(38) Cass. pen., sez. III, 15-11-1995, *GP*, 1996, III, 725.

(39) Cass. pen., sez. I, 13-7-1998. Per una disamina più articolata, si veda: par. 3. Capacità del giudice e incompatibilità.

(40) Cass. pen., S.U., 27-1-2011, *GDP*, 2011, 29, 57.

(41) TORINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 91.

(42) GATTO, *Difetto di potere giurisdizionale e sanzioni nella ricostruzione delle sezioni Unite penali*, *GDP*, 2011, 29, 71, 72.

(43) Cass. pen., sez. VI, 16-3-2004, *GDP*, 2004, 42, 91; Cass. pen., sez. V, 12-3-2003, *GI*, 2004, 1243; Cass. pen., sez. I, 21-1-2003, *Mass. uff.*, 223452; Cass. pen., sez. V, 16-3-2000, *CP*, 2001, 3470; Cass. pen., sez. V, 15-6-1999, *Mass. uff.*, 214294.

(44) SANTORIELLO, *La capacità del giudice penale tra mutamento di funzioni e trasferimento presso un ufficio di procura*, *cit.*, 1247; MACCHIA, *Costituzione e motivazione delle sentenze. Un obbligo coesistente alla giurisdizione*, *DeG*, 2004, 3, 84.

#### 4. Capacità del giudice e giusto processo: le ricadute in ambito europeo.

Significativamente, in ragione delle certe significative ricadute, dirette o indirette, nell'ambito del nostro ordinamento, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo considera l'incompatibilità, anche solo oggettivamente apparente, come prova della carenza di imparzialità del giudice, conseguentemente determinante un vizio essenziale della sua capacità, che può farsi valere non solo oltre i termini di decadenza previsti dalla normativa interna, ma anche dopo la formazione del giudicato (45).

In tale contesto, lo Stato italiano è obbligato a compiere una scelta: «o lasciare le cose come stanno, con la conseguenza che, ogni caso di incompatibilità non rilevata può dar luogo ad un procedimento internazionale davanti alla Corte europea che, seguendo la giurisprudenza richiamata, dichiarerà l'Italia responsabile di violazione dell'art. 6, par. 1, della Conv. (...) oppure occorre, come sembra doveroso nel rispetto dei patti internazionali, risistemare tutta la materia delle incompatibilità considerandole come causa di nullità» (46).

Del resto, per come noto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha da tempo elaborato sul punto il principio di imparzialità oggettiva, secondo cui «il giudice deve non solo essere imparziale, ma anche apparire tale» (47).

In argomento, si è in particolare osservato che, se la capacità del giudice è rappresentata dal «complesso dei requisiti richiesti dalle norme di ordinamento giuridizio per il legittimo esercizio delle funzioni giurisdizionali» (48) e se l'art. 111, 2° co., Cost., rappresenta sotto il profilo sostanziale, prescindendo quindi dalla sua collocazione formale, «la prima, fondamentale ed ineludibile, norma di ordinamento giudiziario, sulla quale riposa tutto il resto, è allora evidente che la violazione della stessa determina un vizio di capacità dell'organo giudicante (49).

La Corte europea ha anche ribadito, in più occasioni, che è fondamentale che i tribunali di una società democratica siano dotati dei requisiti di imparzialità ed indipendenza (esterna ed interna).

In particolare, la garanzia dell'indipendenza esterna dei giudici non è una prerogativa o un privilegio accordati nel loro interesse personale ma nell'interesse dello Stato di diritto e di ogni persona, che richieda e

attenda una giustizia imparziale. L'indipendenza dei giudici deve cioè essere considerata una garanzia di libertà, di rispetto dei diritti dell'uomo e dell'applicazione imparziale del diritto. L'imparzialità e l'indipendenza dei giudici, sono quindi essenziali per garantire la parità delle parti dinanzi ai tribunali.

Il principio di indipendenza interna, invece, presuppone l'indipendenza del singolo giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali. I giudici devono, conseguentemente, assumere le loro decisioni in modo indipendente ed imparziale e devono poter agire senza alcuna restrizione, influenza indebita, pressione, minaccia o interferenza, dirette o indirette, da parte di qualsiasi autorità, comprese le stesse autorità interne alla magistratura. L'organizzazione gerarchica dei tribunali non deve cioè compromettere l'indipendenza del singolo giudice.

Ulteriormente approfondendo il tema, recentemente, la medesima Corte ha fornito un quadro ancor più completo circa la sua concezione di imparzialità (50), peculiarmente valorizzando i requisiti della imparzialità soggettiva e di quella oggettiva.

Sotto il primo profilo, nessun componente del tribunale deve avere pregiudizi personali verso gli imputati. Tale imparzialità personale si presume salvo prova contraria (51).

L'imparzialità oggettiva consiste, invece, nell'escludere ogni legittimo dubbio, anche apparente e non dipendente dalla condotta personale dei giudici (52). L'imparzialità, inoltre, viene declinata sotto il profilo della necessità che il giudice sia precostituito per legge (53). La Corte richiama cioè, arricchendolo, il già evocato modello di imparzialità, inteso in senso soggettivo ed oggettivo, e che, alla stregua di pronunce maggiormente datate, era stato definito come assenza di pregiudizi o preconcetti (54).

Tutto ciò, ribadendo peraltro, che la precostituzione per legge del giudice, essendo un fondamento dello Stato di diritto, è regolata dai singoli ordinamenti processuali nazionali, che mantengono sul piano un margine di apprezzamento che la Corte non intende intaccare (55).

In definitiva, anche le norme convenzionali e pattizie, dunque, avendo specifico riguardo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, enucleati i caratteri minimi della giurisdizione, individuati nella naturalezza, terzietà ed imparzialità del giudice, stanno a significare che essi rilevano come requisiti alla capacità generica dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Mancando i requisiti di esistenza della giurisdizione, si avrebbe, invece, una situazione equiparabile alla carenza di potere, rilevante sotto il profilo dell'inesistenza, il cui ambito applicativo si ritaglia negativamente da quello espressamente disciplinato dall'ordinamento concernente le ipotesi di invalidità (56).

PIERPAOLO DELL'ANNO

(45) C. Dir. Uomo, 7-8-1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, *GP*, 1997, III, 449.

(46) PAPANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, *GP*, 1997, III, 511.

(47) Cir. ex multis, C. Dir. Uomo, 22-4-2004, Canetti c. Italia, *CP*, 2004, 3825; C. Dir. Uomo, 28-1-2003, Dell'Utri c. Italia, *mass. red.*, 2003; C. Dir. Uomo, 18-2-1999, Cable e altri c. Regno Unito, *DPP*, 1999, 5, 575; C. Dir. Uomo, 7-8-1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, *GP*, 1997, III, 449; C. Dir. Uomo, 22-2-1996, Buhir c. Austria, *DPP*, 1996, 6, 700; C. Dir. Uomo, 26-10-1984, De Chtter c. Belgio, *RDDP*, 1985, 929; C. Dir. Uomo, 1-10-1982, Pietsak c. Belgio, *FI*, 1983, IV, 109. In dottrina vedi, GIRONCARI, *Il giudice "giusto" tra Costituzione, Convenzione europea e "sistema tabellare"*, *DPP*, 2004, 12, 1534, 1535, nonché THERY, *Forma e sostanza in attesa dell'effettività nel processo penale del diritto costituzionale al giudice terzo ed imparziale*, *RDP*, 2005, 1, 305, 309.

(48) ZAPPALÀ, *op. cit.*, 187.

(49) GARRO, *op. cit.*, 110.

(50) Sentenza Krivoshepkim c. Russia (sent. 27-1-2011).

(51) Le Compté, Van Leuven e De Meyere c. Belgio, sentenza del 23-6-1981.

(52) Gaubin e altri c. Francia, sent. 20-5-1998, Kyrianiou c. Cipro, sent. 15-12-2005.

(53) Nel caso Komalaxis c. Grecia (sent. 31-5-2011).

(54) «La Cour rappelle que l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 de la Convention se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Son existence s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel état son intérêt dans une affaire particulière; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, par exemple, Gaubin et autres c. France du 20 mai 1998, *Rezevil des arrêts et décisions* 1998-III § 58, et Kyrianiou c. Chypre [GC] no 73797/01, § 118, 15 décembre 2005)».

(55) «La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1, un "tribunal" doit toujours être "établi par la loi". Cette expression renferme le principe de l'état de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers. La "loi" visée par cette disposition est donc non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire. Il s'agit notamment des dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation des magistrats. Komalaxis c. Grèce (sent. 31-5-2011)».

(56) DINAOCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 54 ss., 327 ss.

### Giustizia penale patrimoniale

**Bibliografia:** AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale*, a cura di Fondaroli, Padova, 2009; AA.VV., *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, a cura di Gato, *GI*, 2009; AA.VV., *La Giustizia penale patrimoniale*, a cura di Bargi-Cisterna, Torino, I, 2011; AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di Furlano, Torino, 2013; ABBAGNANO TRONCI, *L'art. 12-sexies della legge n. 365/92: ancora una "fole delle enchiridone"?*, *RTD/PF*, 1995; ACCURATI, *L'estensione dell'art. 12-sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, *DPP*, 2008; ID., *La richiesta di licita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012; ALESSANDRI, «Confisca nel diritto penale», in *Digesto/pen.*, III, Torino, 1989; ID., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *St. Marinucci*, Milano, 2006, 23; BEVILACQUA, *La natura problematica del profitto confiscabile nei*