

## ANCORA DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SULL'ART. 34, CO. 2, C.P.P.

*Tribunale di Napoli, Sez. G.i.p., ord. 3 luglio 2023, n. 119 (Reg. Ord.),  
Giudice dott. Giuseppe Sepe*

di Domenico Mastro

*Il contributo esamina la recente ordinanza n. 119 del 2023 con la quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari a partecipare al giudizio di opposizione a richiesta di archiviazione di cui all'art. 410 c.p.p. dopo che, nel rigettare una richiesta di emissione di decreto penale di condanna nei confronti dell'imputato, si sia espresso in merito alla sussistenza di una causa di non punibilità. Dopo aver analizzato le criticità legate alla norma in commento, si individua una possibile soluzione volta a rendere la disciplina delle incompatibilità più elastica e idonea a limitare i c.d. «effetti pregiudicanti» derivanti da una decisione giudiziaria.*

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. Il fatto. – 3. La questione proposta. – 4. Osservazioni conclusive.

### 1. Breve premessa.

A distanza di poco più di un anno dalla pronuncia additiva della Consulta, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice per le indagini preliminari, che ha rigettato la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante, sia incompatibile a pronunciare sulla nuova richiesta di decreto penale formulata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi del giudice stesso<sup>1</sup>, si torna nuovamente a

---

<sup>1</sup> L'incidente di legittimità costituzionale è sorto in un procedimento in cui il giudice rimettente, chiamato dal pubblico ministero ad emettere decreto penale di condanna nei confronti di una persona imputata del reato di guida in stato di ebbrezza, aveva rigettato la richiesta in ragione della mancata contestazione di una circostanza aggravante (l'aver l'imputato provocato un incidente stradale), la cui sussistenza era desumibile dagli atti di indagine. Di seguito a ciò, l'accusa aveva formulato una nuova richiesta di decreto penale, recante la contestazione dell'aggravante, sulla quale il rimettente avrebbe dovuto pronunciarsi. Secondo il giudice *a quo*, l'ipotesi considerata non rientrando in uno dei casi previsti dall'art. 34, comma 2, c.p.p. e non potendo costituire motivo di ricusazione a norma dell'art. 37, comma 1, lettera b), c.p.p. - non trattandosi di una manifestazione indebita del convincimento del giudice sui fatti oggetto dell'imputazione

discutere in ordine all'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari per atti compiuti nel medesimo procedimento.

Com'è noto, l'art. 34 c.p.p., nel porre un limite all'esercizio del potere giurisdizionale, contiene una elencazione tassativa di situazioni in presenza delle quali si ritiene che il giudice non possa essere imparziale a causa della esistenza di un «pregiudizio» rispetto alla questione da decidere<sup>2</sup>.

Tale norma è posta a presidio dei valori tutelati dagli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione oltre che dall'art. 117, comma 1 Cost., quale parametro interposto di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo finalizzati ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla c.d. «forza della prevenzione» – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*<sup>3</sup>. Ebbene, l'istituto della incompatibilità ha come fine ultimo la tutela del principio di imparzialità<sup>4</sup> il quale, assieme alla terzietà e al prerequisite della indipendenza, costituisce «il *proprium* dell'attività di chi è chiamato a rendere giustizia»<sup>5</sup>, come risulta dall'art. 6 § 1 della CEDU che nell'ambito dei principi del giusto processo, sancisce a livello sovranazionale il diritto di ogni persona a ricevere giustizia «davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge»<sup>6</sup>.

---

- né, d'altra parte, risultava «appagante» il ricorso all'istituto dell'astensione per «gravi ragioni di convenienza» (art. 36, comma 1, lettera *h*) c.p.p.) sull'assunto che non può essere rimessa alla discrezionalità del singolo magistrato «la autovalutazione della propria capacità professionale di non lasciarsi influenzare da giudizi già espressi ritualmente», poneva la norma censurata in contrasto con l'art. 3 e 24 della Costituzione per violazione del principio di parità di trattamento e del diritto di difesa, sul punto, cfr. Corte Cost., 21 gennaio 2022 (ud. 16 dicembre 2021), sent. n. 16, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, 1, p. 215.

<sup>2</sup> Il carattere tassativo delle ipotesi di incompatibilità è d'altro canto di ostacolo all'estensione in via analogica delle disposizioni che le contengono a casi diversi da quelli in esse considerati, cfr., Corte Cost., 6 luglio 2001, sent. n. 224, in *ItalggiureWeb*.

Di recente anche la Corte di cassazione ha affermato che non è possibile operare una interpretazione estensiva o analogica dell'art. 34 c.p.p. in quanto «le norme in materia di incompatibilità e ricsuzione non possono che essere intese come eccezionali, in relazione ai limiti da esse posti all'esercizio della giurisdizione [...] e all'incidenza sul rapporto tra Stato e giudice in funzione dell'individuazione del giudice naturale, di per sé sottratto alla disponibilità delle parti», cfr., Cass. pen., 9 marzo 2021, sez. VI, sentenza n. 9388, in *Deiure*. Sul punto, in dottrina, v., CIACCIA (2021), p. 1 – 28.

<sup>3</sup> Corte Cost., 06 luglio 2001, sentenza n. 224, cit.; Corte Cost., 15 settembre 1995, sentenza n. 432, in *ItalggiureWeb*.

<sup>4</sup> Alla base di questo istituto vi è l'esigenza che il giudice «giudichi le parti, cioè altro da sé e non sé medesimo, il che accade ogni qualvolta un giudice sia chiamato a giudicare nuovamente intorno a un'imputazione sulla quale abbia già giudicato», così, CARNELUTTI (1947), pp. 264 - 265.

<sup>5</sup> RIVELLO (2000), p. 650.

<sup>6</sup> In tema di incompatibilità, la Corte europea ha da tempo abbandonato soluzioni riduttive, in ossequio ad una nozione lata di imparzialità giurisdizionale, comprensiva sia della imparzialità soggettiva dell'organo giudicante che di quella oggettiva, al fine di garantire una «impermeabilità» del giudice da interferenze interne ed esterne «di qualunque provenienza o per qualunque ragione». L'imparzialità soggettiva attiene alla necessità che il giudice non abbia pregiudizi personali o comportamenti discriminatori in relazione a un determinato caso; quella oggettiva, invece, riguarda più propriamente la composizione del collegio giudicante che può determinare dubbi sull'imparzialità nella causa, a prescindere dalla condotta del giudice,

Più nel dettaglio, l'art. 34 c.p.p., al comma 1, delinea una incompatibilità di tipo «verticale» – in senso tanto ascendente che discendente – escludendo segnatamente che il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento possa esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, ovvero partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione, mentre al secondo comma contempla una incompatibilità c.d. «orizzontale» che concerne, invece, la relazione tra la fase del giudizio e quella che immediatamente la precede. Invero, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'incompatibilità costituzionalmente rilevante si verificherebbe in tutte quelle ipotesi in cui il giudice sia chiamato ad assumere una decisione all'interno di un procedimento (sede pregiudicata) in cui abbia già effettuato, in una diversa sequenza procedimentale (sede pregiudicante), una valutazione non formale ma di contenuto sulla fondatezza dell'accusa. In altre parole, affinché possa dirsi violato il principio di imparzialità è necessario che l'organo giudicante, attraverso la valutazione di atti processuali precedentemente compiuti, abbia già espresso un *giudizio di merito* – che rappresenta una possibile fonte di pregiudizio – sulla medesima *res iudicanda*<sup>7</sup>. Nel concetto di giudizio vi rientra certamente il dibattimento, il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, l'udienza preliminare, l'incidente di esecuzione e, infine, il decreto penale di condanna<sup>8</sup>. In particolare, il procedimento per decreto (art. 459 ss. c.p.p.) è un rito speciale nel quale non è prevista né l'udienza preliminare né tantomeno la fase dibattimentale, ammesso quando i reati in contestazione sono puniti con la sola pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva. Esso ha inizio con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, che si sostanzia nella presentazione di una istanza motivata al Giudice per le indagini preliminari il quale, dopo aver valutato le risultanze dell'attività investigativa, può pronunciare sentenza *ex art.* 129 c.p.p., accogliere ovvero rigettare la richiesta con conseguente restituzione degli atti al pubblico ministero oppure, senza respingerla formalmente, laddove se ne ravvisino i presupposti, può sollecitare l'organo pubblico, una volta acquisito il certificato penale dell'imputato, ad effettuare una valutazione circa la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c. p.<sup>9</sup>. La restituzione degli atti al pubblico ministero. è ritenuta «espressione del legittimo esercizio del potere cognitivo» conferito al G.i.p. dall'art. 459, comma 3, c.p.p., norma che, non fornendo «nessuna indicazione sull'ambito» di tale potere, «gli riconosce la possibilità di un ampio sindacato sul merito dell'istanza»<sup>10</sup>.

Sulla base di queste argomentazioni non può negarsi che nel procedimento per decreto penale di condanna il Giudice per le indagini preliminari sia chiamato a svolgere una *funzione di giudizio* dal momento che il suo controllo non attiene soltanto ai

---

sul punto, v., Corte EDU, 16 settembre 1999, *Buscemi c. Italia*, § 67 e 68, Corte EDU, 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, § 46.

<sup>7</sup> Per tutte, Corte cost., 29 maggio 1996, sentenza n. 155, in *ItalggiureWeb*.

<sup>8</sup> MANFRIN (2022), p. 3.

<sup>9</sup> Cass. SS. UU., 18 gennaio 2018 (dep. 09/05/2018), sent. n. 20569, in *Deiure*.

<sup>10</sup> GABRIELLI (2019), p. 113.

presupposti del rito, ma anche al merito dell'addebito ben potendo sindacare la congruità della pena richiesta, l'esattezza della qualificazione giuridica del fatto e la sufficienza degli elementi probatori presentati dall'accusa<sup>11</sup>. Dunque, è chiaro che in tale contesto l'attività valutativa compiuta dal decisore assume «valenza pregiudicante» qualora egli stesso sia chiamato ad esprimersi sull'oggetto del processo all'interno di una diversa fase – sia essa successiva che precedente – del medesimo procedimento<sup>12</sup>, cioè in una fase distinta rispetto a quella della quale il giudice è investito. In questa prospettiva, quindi, si ritiene che l'esigenza di «continuità endofasica»<sup>13</sup> deve soccombere dinanzi alla necessità di una successiva sostituzione della persona del giudice.

## 2. Il fatto.

Occorre, seppur sinteticamente, premettere alcuni cenni concernenti il procedimento da cui è originato l'incidente di costituzionalità. Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli riceveva una richiesta, da parte della Procura della Repubblica, di emissione di un decreto penale di condanna nei confronti di una persona imputata del delitto di cui all'art. 612, comma 2, c.p.

Il Giudice, in un primo momento, rigettava la richiesta sul rilievo che il materiale investigativo contenuto nel fascicolo del pubblico ministero risultava lacunoso poiché, fatta eccezione del verbale di sommarie informazioni rese dalla persona offesa ex art. 351 c.p.p., non si rinvenivano i verbali delle dichiarazioni testimoniali rese da tutti gli altri soggetti indicati nella delega d'indagine inoltrata dal pubblico ministero alla Polizia

---

<sup>11</sup> Corte cost., 19 dicembre 1991 (dep. 30 dicembre 1991), sent. n. 502, in *Italggiureweb*, secondo la quale, al giudice per le indagini preliminari spetta, in base all'esame delle relative risultanze, di accogliere ovvero rigettare la richiesta avanzata dal pubblico ministero di emissione del decreto penale di condanna, senza possibilità di apportarvi modifiche; ed il controllo che gli è demandato attiene non solo ai presupposti del rito, ma anche al merito della richiesta, tant'è che può sfociare nell'emissione di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (art. 459, terzo comma, c.p.p.) e che, in caso di accoglimento, il decreto di condanna deve contenere la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, comprese le ragioni dell'eventuale diminuzione di pena al di sotto del minimo edittale.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost. 24 gennaio 2017, sent. n. 18, par. 5., in *ItalggiureWeb*, con la quale la Corte costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il pubblico Ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito cui il pubblico ministero abbia aderito. In questa prospettiva, l'invito a modificare l'imputazione assume caratteri del tutto diversi dall'ordinanza di trasmissione degli atti e, dunque, rappresenta un "rimedio endofasico" che non richiede una successiva sostituzione della persona del giudice, in questi termini, cfr., ANDOLFATTO (2017), p. 289.

<sup>13</sup> La continuità endofasica ha come scopo di evitare «una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere», sul punto, cfr., ANDOLFATTO (2017), p. 289.

giudiziaria<sup>14</sup>. In seguito a ciò, la parte pubblica, una volta colmato il vuoto probatorio, reiterava la richiesta di decreto penale che veniva ulteriormente respinta dal giudice il quale, avendo esaminato accuratamente tutti gli atti d'indagine, riteneva sussistente la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Nel dettaglio, il decisore sosteneva che il fatto pur costituendo reato risultava espressione di un grado di offensività particolarmente tenue e tenuto conto delle specifiche modalità con le quali la condotta si era realizzata doveva ritenersi che le minacce poste in essere dall'imputato fossero state dettate da un eccesso d'ira per aver quest'ultimo, poco prima, subito un sinistro stradale. Per di più, ad avviso del giudice rimettente, a sostegno della lieve entità del fatto rilevava non solo l'assenza di precedenti penali a carico del prevenuto, da cui si desumeva la non abitudine a delinquere, ma anche la circostanza che le persone presenti nel luogo in cui si era realizzata la condotta criminosa «*ridimensionarono i fatti inducendo l'imputato ad allontanarsi*»<sup>15</sup>.

Facendo proprie le argomentazioni del G.i.p., il pubblico ministero presentava una richiesta di archiviazione ravvisando una ipotesi di particolare tenuità dell'offesa con riguardo alle modalità della condotta e all'esiguità del danno arrecato e procedeva ai rituali avvisi nei confronti dell'indagato e della persona offesa *ex art. 411, comma 1-bis* c.p.p. A tal proposito, la persona offesa, ricevuta la notifica della richiesta di archiviazione, proponeva, ai sensi dell'art. 410 c.p.p., formale opposizione contrastando le argomentazioni del pubblico ministero sul rilievo che i fatti per i quali si procedeva dimostravano un allarmante propensione a delinquere dell'autore e che in base ad una valutazione globale e congiunta degli elementi investigativi, la condotta dell'imputato non era certo valutabile di un grado di offensività particolarmente tenue. Quindi, il difensore della persona offesa nell'atto di opposizione chiedeva l'emissione di una ordinanza di imputazione coatta ovvero lo svolgimento di ulteriori indagini finalizzate all'escussione del figlio della vittima, il quale sarebbe stato in grado di riferire sui danni morali patiti dal padre in conseguenza della condotta criminosa subita.

All'udienza fissata ai sensi dell'art. 410, comma 3 c.p.p., il difensore della persona offesa, preso atto dell'identità del giudice persona fisica che aveva rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, invitava il giudicante a dichiarare la propria incompatibilità, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.p., a decidere sulla opposizione all'archiviazione, in ragione del fatto che lo stesso aveva già espresso un'opinione sul merito dell'ipotesi accusatoria sì da essersi ormai esposto ad una valutazione contenutistica del tema storico idonea a proiettare sul prosieguo della sequenza procedimentale l'ombra del pregiudizio<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Provvedimento di rigetto della richiesta di emissione del decreto penale di condanna del 9 settembre 2022, redatto con la collaborazione dello scrivente, Addetto all'Ufficio Per il Processo presso l'ufficio del giudice rimettente.

<sup>15</sup> Provvedimento di rigetto della richiesta di emissione del decreto penale di condanna del 13 dicembre 2022, redatto con la collaborazione dello scrivente, Addetto all'Ufficio Per il Processo presso l'ufficio del giudice rimettente.

<sup>16</sup> DI LEVERANO (2022), p. 8.

Il giudice, condividendo il ragionamento dell'opponente, chiedeva al Presidente del tribunale di essere autorizzato ad astenersi ravvisando, ai sensi dell'art. 36 lett. h) c.p.p. «*gravi ragioni di convenienza in considerazione della pregnanza della motivazione offerta a fondamento del rigetto del decreto penale e della incidenza di tale motivazione sulla necessaria terzietà rispetto all'opposizione avanzata dalla parte offesa, la cui funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero potrebbe essere influenzata dalla naturale propensione del giudicante a tenere fermo il proprio, già espresso, convincimento*»<sup>17</sup>.

Nonostante l'astensione, quale strumento più duttile ad assicurare la genuinità e correttezza del percorso formativo del convincimento del giudice<sup>18</sup> nonché istituto finalizzato a garantire il rispetto dei canoni del «giusto processo»<sup>19</sup>, il presidente del tribunale – come rilevato nel parere negativo espresso dal presidente della sezione G.i.p./G.u.p. – riteneva non sussistenti profili di incompatibilità *ex art.* 34 e 36 c.p.p. osservando che l'ipotesi rappresentata dal magistrato non era espressamente regolata dalla norma in materia di incompatibilità. Inoltre, a sostegno del rigetto della dichiarazione di astensione, la vicenda in esame veniva equiparata alla fattispecie regolata dall'art. 410-*bis*, comma 3 c.p.p. ove si prevede che, in caso di annullamento del decreto di archiviazione, il giudice adito trasmette gli atti al giudice che ha emesso il provvedimento<sup>20</sup>. Tale scelta – come si avrà modo di ribadire – non appare condivisibile in quanto, a parere di chi scrive, la decisione adottata dal presidente dell'organo giudicante non ha tenuto conto della sostanza delle valutazioni compiute dal G.i.p. che inevitabilmente avrebbero provocato effetti pregiudizievoli nel giudizio di opposizione<sup>21</sup>.

### 3. La questione proposta.

Con ordinanza del 3 luglio 2023 (Ordinanza 119 del 2023 Reg. Ord.), il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli, rilevato che l'art. 34, comma 2, c.p.p., non prevede l'ipotesi in questione tra i casi di incompatibilità del giudice, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della predetta norma per contrasto con gli artt. 3, 24 secondo comma, 111 secondo comma, 117 primo comma, Cost., in riferimento all'art. 6 § 1 della CEDU.

Pienamente condivisibili risultano le argomentazioni prospettate dal giudice rimettente che, nel richiamare una costante giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>22</sup>, reputa che l'assenza di una specifica norma che consenta il mutamento del giudice

---

<sup>17</sup> Cfr., Ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, 3 luglio 2023, n. 119, in G.U. 1<sup>a</sup> serie speciale, n. 38 del 20 settembre 2023, p. 2.

<sup>18</sup> DINACCI (2003), pp. 23 - 24.

<sup>19</sup> Sul punto la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che «il compito di assicurare l'imparzialità del giudice viene attratto nella sfera di influenza dell'astensione e della ricsuzione», in questi termini, v., Corte cost., sent. n. 283/2000;

<sup>20</sup> Sul punto, in senso contrario, cfr. *infra* § 4.

<sup>21</sup> ANDOLFATTO (2017), p. 291.

<sup>22</sup> Da ultimo, Corte cost., 24 gennaio 2017, sent. n. 18.

competente a decidere sulla opposizione alla richiesta di archiviazione, affidata al medesimo G.i.p. che ha in carico il procedimento e che si è già espresso sulla esistenza di una causa di non punibilità in sede di rigetto della richiesta di emissione del decreto penale di condanna, non può risolversi neppure in via interpretativa generando per ciò un *vulnus* al principio di imparzialità e terzietà, valori imprescindibili per il corretto esercizio della funzione giurisdizionale<sup>23</sup>.

Nella vicenda in esame, la restituzione degli atti al pubblico ministero, secondo quanto previsto dal terzo comma dell'art. 459 c.p.p., ha comportato una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari<sup>24</sup>, fase in precedenza chiusa con la richiesta di decreto penale con conseguente ripristino dei poteri riconosciuti al pubblico ministero il quale ha deciso di formulare una richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, dando ingresso al giudizio di opposizione instaurato dalla persona offesa. Orbene, sotto questo profilo, il giudizio di opposizione può considerarsi una fase distinta sorta all'interno del medesimo procedimento e nella quale la precedente decisione di rigetto assunta dal G.i.p. non può che assumere valenza pregiudicante rispetto alla questione da decidere. Infatti, ad avviso del giudice *a quo*, «*l'opponente si troverebbe a coltivare le istanze difensive dinanzi ad un giudice che, in precedenza, ha già espresso un convincimento intorno a una porzione della res iudicanda, e cioè precisamente in ordine alla esistenza di una causa di non punibilità, di modo che il "diritto" della persona offesa opponente a trovare ascolto in un giudice terzo e imparziale sembra essere menomato e non pienamente tutelato*»<sup>25</sup>.

È risaputo che lo spazio giuridico europeo ha rappresentato «il palcoscenico sul quale si è innescato quel processo di riscoperta della vittima del reato»<sup>26</sup> che in pochi decenni, grazie allo sforzo della piccola e grande Europa, ha portato al riconoscimento di una protezione pluridirezionale e articolata del danneggiato<sup>27</sup>.

Il primo pilastro della giurisprudenza sovranazionale in materia di vittime è rappresentato dalla c.d. «dottrina degli obblighi positivi» attraverso la quale i giudici di Strasburgo hanno imposto agli Stati membri l'obbligo (positivo) di garantire a tutti i soggetti – vittime e loro congiunti – la partecipazione effettiva al procedimento penale<sup>28</sup>. La vittima, infatti, non assume una posizione meramente passiva nel contesto processuale in quanto essa gode di una vera e propria «cittadinanza nel procedimento

---

<sup>23</sup> UBERTIS (1997), p. 61; La Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente ribadito che l'imparzialità dei componenti di un organo giudicante, requisito essenziale di un "giusto processo", va verificata sia attraverso un'analisi soggettiva, diretta ad accertare, nei limiti del possibile, il reale pensiero del giudice, sia attraverso un'indagine oggettiva, volta ad esaminare se la posizione del magistrato offra, anche all'esterno, garanzie tali da escludere la sussistenza di dubbi significativi sull'effettiva imparzialità. Per quanto concerne specificamente l'aspetto soggettivo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'imparzialità personale di un magistrato si presume fino a prova contraria. Relativamente all'aspetto oggettivo è stato invece evidenziato come debba tenersi conto anche della semplice "apparenza" di parzialità.

<sup>24</sup> Cass., sez. III, 14 dicembre 2017, sent. n. 14012, in *Deiure*; Cass., sez. II, 20 marzo 2009, sent. n. 13680, in *Deiure*.

<sup>25</sup> Cfr., Ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, 3 luglio 2023, n. 119, p. 3.

<sup>26</sup> GIALUZ (2017), p. 199.

<sup>27</sup> VENTUROLI (2015), p. 86.

<sup>28</sup> Cfr., da ultimo, Corte edu, sez. IV, 18 giugno 2019, *Chernega e altri c. Ucraina*, § 159.

penale»<sup>29</sup> essendo portatrice di un interesse non soltanto civilistico, volto all’ottenimento del risarcimento del danno attraverso la costituzione di parte civile, ma anche penalistico che si sostanzia in quella attività di supporto e di controllo – esercitabile, appunto, ai sensi dell’art. 408, comma 2 e 410 c.p.p. – dell’attività/inattività investigativa del pubblico ministero.

Il secondo pilastro, che è quello che maggiormente interessa, va individuato in tutte quelle pronunce attraverso le quali si è affermato che la persona lesa dal reato, laddove intervenga nel processo penale, gode di tutte le garanzie previste dall’art. 6 della CEDU<sup>30</sup>; dunque, tali arresti consolidano il principio in virtù del quale il diritto di accesso a un tribunale terzo, imparziale e indipendente deve essere riconosciuto a tutti, indistintamente, a prescindere dalla posizione processuale assunta all’interno del processo. Di conseguenza, tornando all’analisi della fattispecie concreta, seppur il giudice dovesse accogliere l’istanza integrativa formulata dall’opponente – ossia l’escussione di una persona informata sui danni morali patiti dalla vittima – inevitabilmente risulterebbe compromessa quella neutralità che deve accompagnare ogni tipo di decisione giudiziaria e la tutela del «giusto processo» sarebbe minata in radice perché il G.i.p., pur di mantenere inviolata l’autorità delle sue prime concezioni, assumerebbe una decisione non scevra da pregiudizi<sup>31</sup>.

Sulla base di tali considerazioni non può negarsi che la vicenda sulla quale il giudice napoletano è stato chiamato ad esprimersi abbia dato vita a una ipotesi di incompatibilità non prevista espressamente dalla legge e non risolvibile in via interpretativa, che richiede un (ulteriore) intervento integrativo da parte dei giudici costituzionali attraverso la dichiarazione di illegittimità dell’art. 34, comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudizio di opposizione all’archiviazione di cui all’art. 410 c.p.p., instauratosi a seguito del rigetto della richiesta di decreto penale di condanna da parte di un giudice che abbia ritenuto il fatto particolarmente tenue ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p., sia attribuito alla cognizione di altro giudice.

---

<sup>29</sup> GAROFOLI e CIOCIARI (2017), pp. 1 ss.; MAGLIARO (2019), pp. 106 - 126.

<sup>30</sup> Sul punto, è utile sottolineare che la Corte europea dei diritti dell’uomo, nel caso *Arnoldi c. Italia* e, successivamente, nel caso *Petrella c. Italia* - da cui emerge una netta presa di posizione dei giudici di Strasburgo in relazione alla tutela dei diritti della vittima nell’alveo della giustizia penale - ha condannato l’ordinamento nostrano rispetto al diritto della vittima alla ragionevole durata del procedimento e alla garanzia di accesso al giudice. Secondo i giudici sovranazionali, una volta che l’ordinamento permette all’interessato di agire in sede giudiziaria per la tutela di un suo interesse, devono essergli riconosciute tutte le garanzie previste dall’art. 6 CEDU, a prescindere se costui avrebbe comunque la facoltà di agire avvalendosi di un’altra strada consentita dal sistema, v., Corte edu, sez. I, 7 dicembre 2017, *Arnoldi c. Italia*, § 42; Per approfondimenti, v., GRISONICH (2021), pp. 1 ss.

<sup>31</sup> BACONE (1975), p. 563, secondo il quale «L’intelletto umano, una volta soddisfatto di una determinata concezione cerca di portare tutto il resto a suffragarla e ad accordarsi con essa. Anche se la forza e il numero delle istanze contrarie è maggiore, non ne fa conto o le sdegna o le rimuove e le respinge a forza di distinzioni, non senza pericoloso pregiudizio, pur di mantenere inviolata l’autorità delle sue prime concezioni».



#### 4. Osservazioni conclusive.

A questo punto, si possono trarre alcune conclusioni dalle precedenti osservazioni. Il provvedimento di rigetto del decreto penale di condanna con il quale si ritiene sussistente una causa di non punibilità implica un giudizio di merito, essendo insito in tale atto il riconoscimento che, alla luce delle risultanze degli atti d'indagine, il fatto per cui si procede sussiste ed è addebitabile all'imputato. Tale elemento, di per sé, avrebbe dovuto giustificare l'accoglimento dell'astensione con conseguente riassegnazione del procedimento ad altro giudice. Sul punto è opportuna una precisazione. Le argomentazioni poste a sostegno della decisione adottata dal presidente del tribunale appaiono, a stretto rigore, incoerenti rispetto alla tipologia dei vizi denunciabili con lo strumento di impugnazione regolato dall'art. 410-bis, comma 3 c.p.p.<sup>32</sup>.

L'istituto del reclamo<sup>33</sup> si fonda su presupposti completamente diversi rispetto alla fattispecie verificatasi dinanzi al giudice rimettente. Esso consente all'interessato di ottenere un controllo di legittimità sul provvedimento di archiviazione qualora sia stato adottato in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-bis dell'articolo 408 c.p.p. e al comma 1-bis dell'art. 411 ovvero quando sia stato adottato prima della scadenza del termine per proporre opposizione. Ora è chiaro che in queste ipotesi l'oggetto del reclamo non è costituito dalla fondatezza della decisione, ma dalla tecnica procedimentale con la quale il risultato è stato ottenuto; pertanto, il giudice dell'impugnazione annullando il provvedimento ben può restituire gli atti al medesimo giudice che sarà chiamato, in ossequio al principio costituzionale *ex art. 101 Cost.*, a riassumere una nuova determinazione nel rispetto delle regole che presiedono al contraddittorio. In questo caso, non può ritenersi che la precedente determinazione generi un effetto «pregiudicante», dovendo il giudice del rinvio adottare una decisione compatibile con le norme processuali di cui si è accertata la violazione.

Per quanto detto, si comprende appieno la scelta del giudice *a quo* di proporre incidente di costituzionalità la cui questione, inserendosi in un contesto caratterizzato da una perdurante proliferazione delle incompatibilità, ha dovuto fare i conti con la c. d. «crisi della tassatività» che contraddistingue il dettato del codice di rito in questa materia<sup>34</sup>.

Anziché lasciare all'interprete la possibilità di prevedere ulteriori e diverse ipotesi di incompatibilità, sarebbe opportuno un intervento legislativo che modifichi il deludente assetto dell'art. 34 c.p.p. attraverso l'introduzione di una norma che contenga una clausola generale in grado di ricomprendere, anche ricorrendo all'interpretazione analogica, svariate ipotesi non contemplate *expressis verbis* dalla norma ovvero tutte quelle situazioni in cui la decisione assunta da un magistrato possa produrre effetti pregiudicanti in una diversa fase procedimentale, o sub-procedimentale, e nella quale

---

<sup>32</sup> Tra coloro che collocano l'istituto in esame tra gli strumenti di impugnazione, GIALUZ *et al.* (2017), p. 179.

<sup>33</sup> Sul punto, SURACI (2020), pp. 107 – 118.

<sup>34</sup> In tal senso, MANFRIN (2022), p. 5.

lo stesso giudice sia chiamato ad effettuare una valutazione di merito sulla fondatezza o meno dell'ipotesi accusatoria.

In attesa di una risoluzione normativa in materia è auspicabile che la Corte costituzionale, ancora una volta, accogliendo le censure avanzate dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, secondo comma, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari a partecipare al giudizio di opposizione a richiesta di archiviazione di cui all'art. 410 c.p.p. dopo che, nel rigettare una richiesta di emissione di decreto penale di condanna nei confronti dell'imputato, si sia espresso in merito alla sussistenza di una causa di non punibilità, per contrasto con gli artt. 3, 24 secondo comma, 111 secondo comma, 117 primo comma, Cost., in riferimento all'art. 6 § 1 della CEDU. Così facendo, a fronte di un apparato codicistico carente, si garantirebbe il passaggio «dall'astratta enunciazione del principio del giusto processo all'effettiva celebrazione di un processo giusto»<sup>35</sup>.

## Bibliografia.

ANDOLFATTO, Enrico (2017): "Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova", *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 289 – 291.

BACONE, Francis (1975): "The new organon and related writings", in ROSSI, Paolo (editor): *Scritti filosofici*, (Torino – UTET), p. 563.

CARNELUTTI, Francesco (1947): *Lezioni sul processo penale*, (Ed. dell'Ateneo – Roma), pp. 264 – 265.

CIACCIA, Simona (2021): "Ricusazione e giudizio di legittimità: la Cassazione esclude la possibilità di un'altra pronuncia additiva", *Archivio Penale*, 2, pp. 1 - 28.

DI LEVERANO, Aurora Maria (2022): "Il giudice "idoneo" tra ordinamento interno e principi sovranazionali: il giusto processo dalla teoria alla pratica", *Archivio Penale*, 2, p. 8.

---

<sup>35</sup> DINACCI (2017), p. 29.

DINACCI, Filippo Raffaele (2003): *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, (CEDAM – Padova), pp. 23 – 24.

DINACCI, Filippo Raffaele (2017): “Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali”, *Archivio Penale*, 3, p. 29.

GABRIELLI, Chiara (2019): “Osservazioni a Cass. pen., Sez. un., data udienza 18 gennaio 2018, data deposito (9 maggio 2018, n. 20569)”, *Cassazione penale*, 1, p. 113.

GAROFOLI, Francesca Jole e CIOCIARI, Patrizia (2017): “La tutela della vittima nel processo penale e nelle fonti sovranazionali”, *Il Penalista*, 7 marzo 2017.

GIALUZ Mitja, CABIALE Andrea, DELLA TORRE Jacopo (2017): “Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, p. 179.

GIALUZ, Mitja (2017): “Il diritto alla comprensione e alla traduzione”, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (editor): *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, (Torino – Giappichelli), p. 199.

GRISONICH, Elisa (2021): “Il dirompente incedere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo”, *Sistema penale (web)*, 7 aprile 2021.

MAGLIARO, Letizio (2019): “La vittima del reato nel processo penale”, *Questione Giustizia*, pp. 106-126.

MANFRIN, Francesco Emiliano (2022): “La Corte costituzionale allarga (ancora) il novero delle incompatibilità ex art. 34, c. 2 c.p.p. al caso del G.i.p. che rigetta la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante”, *Sistema Penale (web)*, 15 aprile 2022.

RIVELLO, Pier Paolo (2000): “Terzietà del giudice penale e sistema delle incompatibilità”, *Questione Giustizia*, 4, p. 650.

SURACI, Leonardo (2020): “Il reclamo avverso il provvedimento di archiviazione”, *Penale diritto e procedura*, 1, pp. 107 – 118.

UBERTIS, Giulio (1997): *Verso un “giusto processo penale”*, (Utet – Milano), p. 61.

VENTUROLI, Marco (2015): *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, (Jovene – Napoli), pp. 86 – 87.