

LA CONSULTA RITORNA SULL'ART. 34 (COMMA 2) C.P.P.: È INCOMPATIBILE IL G.I.P. CHE RIGETTA LA RICHIESTA DI DECRETO PENALE DI CONDANNA.

a cura di Ottavia Murro



1. A soli tre giorni di distanza dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. comma 1 c.p.p., (nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione debba essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di rideterminazione della pena, Corte Cost., n. 7, del 18 gennaio 2022, in *questa rivista*, <https://www.penaledp.it/lillegittimita-costituzionale-degli-artt-34-comma-1-e-623-comma-1-c-p-p/>), la Consulta torna a pronunciarsi **sull'art. 34 c.p.p.** La decisione incide questa volta sul **comma 2** dell'art. 34 c.p.p. e si dichiara **l'illegittimità costituzionale** della norma 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 pronunciarsi sulla nuova richiesta di decreto penale, formulata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi del giudice.

2. Nel caso di specie, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Macerata dubitava della legittimità costituzionale della norma in esame, nella parte in cui non era prevista l'incompatibilità del GIP che – evidenziando la sussistenza di una aggravante non contestata – rigettava la richiesta di emissione di decreto penale per ritenuta diversità del fatto e si pronunciava sulla nuova richiesta di emissione di decreto penale, avanzata talaltro dal PM in conformità ai rilievi precedentemente formulati dal giudice. Secondo il giudice a quo, la mancata previsione dell'incompatibilità del giudice, in una simile ipotesi, porrebbe la norma censurata in **contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione**, per violazione del principio di parità di trattamento e del diritto di difesa.

Il rimettente chiede, pertanto, alla Corte di introdurre una **nuova ipotesi di incompatibilità**, riferita specificamente al giudice per le indagini preliminari «che abbia rigettato la richiesta di emissione di decreto penale di condanna per ritenuta diversità del fatto».

3. Le questioni sono state considerate fondate.

Invero, per costante giurisprudenza di le norme sulla incompatibilità del giudice, derivante da atti compiuti nel procedimento, sono poste a tutela dei valori della **terzietà e della imparzialità** della giurisdizione, presidiati dagli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., risultando finalizzate ad **evitare che la decisione sul merito** della causa possa essere o apparire **condizionata** dalla forza della prevenzione – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda* (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 2013, n. 153 del 2012, n. 177 del 2010 e n. 224 del 2001).

L'imparzialità del giudice richiede significa che questi sia non solo terzo e scevro di interessi personali, ma anche «**sgombro da convinzioni precostituite** in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza» (sentenza n. 155 del 1996).

In quest'ottica, l'art. 34 c.p.p. – dopo aver regolato, al comma 1, la cosiddetta incompatibilità "verticale",

determinata dall'articolazione e dalla consecutio dei diversi gradi di giudizio – si occupa, al comma 2 (oggi censurato), della cosiddetta incompatibilità “orizzontale”, attinente alla relazione tra la fase del giudizio e quella che immediatamente la precede.

In linea generale, l'incompatibilità presuppone una relazione tra due termini: una “fonte di pregiudizio” (ossia un'attività giurisdizionale atta a generare la forza della prevenzione) e una “sede pregiudicata” (vale a dire un compito decisorio, al quale il giudice, che abbia posto in essere l'attività pregiudicante, non risulta più idoneo). Per quanto attiene alla “**sede pregiudicata**” – che l'art. 34, comma 2, c.p.p. individua nella «partecipa[zione] al giudizio» – la Consulta ha frequentemente posto in evidenza come per «giudizio» debba intendersi ogni processo che in base a un esame delle prove pervenga a una decisione di merito (sentenze n. 155 e n. 131 del 1996, n. 453 del 1994, n. 439 del 1993, n. 261, n. 186 e n. 124 del 1992). La nozione comprende, pertanto, non soltanto il giudizio dibattimentale, ma anche il giudizio abbreviato (sentenza n. 401 del 1991), l'applicazione della pena su richiesta delle parti (ordinanza n. 151 del 2004), l'udienza preliminare (almeno nell'attuale configurazione, sentenza n. 224 del 2001) e da ultimo l'incidente di esecuzione (sentenza n. 7 del 2022), nonché – per quanto qui particolarmente interessa – il **decreto penale di condanna** (sentenza n. 346 del 1997).

In tale ultimo caso, al giudice spetta di accogliere o rigettare la richiesta del pubblico ministero, senza possibilità di apportarvi modifiche. Si tratta di una funzione di giudizio, in quanto il controllo demandato al giudice per le indagini preliminari attiene non solo ai presupposti del rito, ma anche al merito dell'ipotesi accusatoria, **postulando una verifica del fatto storico e della responsabilità dell'imputato**.

Il giudice può sindacare, tra l'altro, la congruità della pena richiesta dal pubblico ministero (per tutte, Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 22 maggio-26 giugno 2018, n. 29349), l'esattezza della qualificazione giuridica del fatto (per tutte, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 15 dicembre 2011-24 gennaio 2012, n. 2982) e la sufficienza degli elementi probatori (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 16 giugno-21 luglio 2021, n. 28288): ipotesi tutte che, in caso di esito negativo della verifica, portano al rigetto della richiesta. Egli può anche prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. (art. 459, comma 3, cod. proc. pen.).

4. Tale ricognizione è preliminare alla valutazione della c.d. “**attività pregiudicante**”, che determina l'incompatibilità del giudice. Presupposto di ogni **incompatibilità endoprocessuale** è la preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res iudicanda*. In secondo luogo, anche che il giudice sia stato

chiamato a **compiere una valutazione** sugli atti, strumentale all'assunzione di una decisione. In terzo luogo, tale decisione deve avere natura non «formale», ma «di **contenuto**». Da ultimo, affinché insorga l'incompatibilità, è necessario che la precedente valutazione si collochi in una **diversa fase del procedimento**.

5. Sulla base di tali criteri, la Consulta ha ritenuto "fonti di pregiudizio" anche l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento, **avendo accertato che il fatto sia diverso** da come descritto nell'imputazione, disponga, ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p., **la trasmissione degli atti al pubblico ministero**. (sentenza n. 18 del 2017).

Di qui, dunque, l'esigenza costituzionale che il nuovo dibattimento (sentenza n. 455 del 1994) o la nuova udienza preliminare (sentenza n. 400 del 2008), tenuti all'esito della predetta trasmissione per lo stesso fatto storico e nei confronti del medesimo imputato, siano attribuiti alla cognizione di altro giudice.

6. Analoga conclusione si impone, *mutatis mutandis*, al caso in esame.

Da un lato, infatti, il **rigetto della richiesta** di decreto penale **per mancata contestazione di una circostanza aggravante** comporta anch'esso una valutazione di merito sulla *res iudicanda*. Dall'altro lato, il rigetto della richiesta di decreto penale determina, per espressa previsione del codice di rito (art. 459, comma 3, c.p.p.), **la restituzione degli atti al pubblico ministero** e la regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, anche in questo caso, la successiva riproposizione della richiesta di decreto penale apre **una nuova fase di giudizio** che, sebbene omologa alla precedente, resta da essa distinta e nella quale, pertanto, la valutazione "contenutistica" insita nel provvedimento di rigetto della prima richiesta esplica la propria efficacia pregiudicante.

Pertanto, la Corte Costituzionale ha **dichiarato 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.

[Sentenza-5Download](#)