
Giorgio SPANGHER – Luca DELLA RAGIONE

**CODICE di
PROCEDURA
PENALE
RAGIONATO**

IX edizione

 **Neldiritto
Editore**

ogni genere che possano prevalere sulla necessità di accertamenti e valutazioni serene ed esclusivamente ispirate dallo scopo di decidere secondo diritto e giustizia.

Tale principio trova un preciso fondamento costituzionale, a seguito della revisione con la legge costituzionale n. 2 del 1999, nell'articolo 111 Cost., che evoca il concetto di terzietà del Giudice, quale corollario di quello di imparzialità, implicando, dunque, che il Giudice si trovi in una posizione di estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa.

Il legislatore ha poi espressamente codificato le **conseguenze** derivanti dalla violazione del principio di imparzialità di cui si è detto, disciplinando l'istituto della incompatibilità.

Le incompatibilità determinate da atti compiuti nel medesimo procedimento, le incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio ovvero quelle derivanti da un precedente interesse privato o processuale sono regolamentate dagli istituti della astensione e della ricsuzione attraverso la **sostituzione** del Giudice incompatibile con altro magistrato del medesimo ufficio.

Tali forme di incompatibilità contemplate dal codice di rito si distinguono da quelle di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario riguardanti i requisiti di capacità dell'autorità giurisdizionale ed, infatti, la violazione delle regole che le disciplinano non determina la nullità degli atti compiuti come accade a seguito della inosservanza delle norme dell'ordinamento giudiziario, potendo solo determinare l'insorgenza dei presupposti per i provvedimenti di astensione o di ricsuzione. L'incompatibilità, tuttavia, non opera nel caso in cui il Giudice abbia adottato provvedimenti di scarsa rilevanza e non implicanti una valutazione di merito dell'imputazione (ad es. concessione di un permesso di colloquio ad un imputato detenuto).

34. Incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento. — 1.

Il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento [627] o al giudizio per revisione [636 s.] ⁽¹⁾.

2. Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare [424] o ha disposto il giudizio immediato [455] o ha emesso decreto penale di condanna [460] o ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere [428] ⁽²⁾⁽³⁾

2-bis. Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzione di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio ⁽⁴⁾.

2-ter. Le disposizioni del comma *2-bis* non si applicano al giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato uno dei seguenti provvedimenti:

a) le autorizzazioni sanitarie previste dall'articolo 11 della legge 26 luglio 1975, n. 354;

b) i provvedimenti relativi ai permessi di colloquio, alla corrispondenza telefonica e al visto di controllo sulla corrispondenza, previsti dagli articoli 18 e

18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 ⁽⁵⁾;

c) i provvedimenti relativi ai permessi previsti dall'articolo 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354;

d) il provvedimento di restituzione nel termine di cui all'articolo 175;

e) il provvedimento che dichiara la latitanza a norma dell'articolo 296 ⁽⁶⁾.

2-*quater*. Le disposizioni del comma 2-bis non si applicano inoltre al giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto ⁽⁷⁾.

3. Chi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria [55] o ha prestato ufficio di difensore [96 s.], di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone [120, 194 s.], perito [221], consulente tecnico [225, 233, 359] o ha proposto denuncia [331, 333], querela [336], istanza [341] o richiesta [342] o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere [343] non può esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice.

- Per un altro caso di incompatibilità, riguardante i procedimenti per i reati ministeriali, v. art. 11, comma 1, l. Cost. 16 gennaio 1989, n. 1, recante "Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione", che dispone: «1. Per i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, e in concorso con gli stessi da altre persone, la competenza appartiene in primo grado al tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio. Non possono partecipare al procedimento i magistrati che hanno fatto parte del collegio di cui all'articolo 7 nel tempo in cui questo ha svolto indagini sui fatti oggetto dello stesso procedimento».

- Vedi l'art. 3-bis d.l. 24 maggio 1999, n. 145, introdotto dalla l. di conversione 22 luglio 1999, n. 234, recante "Disposizioni urgenti in materia di istituzione del giudice unico di primo grado": «1. Fino alla data del 2 gennaio 2000, l'art. 34, comma 2-bis, del codice di procedura penale, inserito dall'art. 171 del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51, non si applica ai procedimenti nei quali l'udienza preliminare è in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Restano comunque salvi gli atti e le attività compiuti dal giudice.

2. Fino alla data del 2 gennaio 2000, se il giudice, dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, fuori dei casi consentiti dalla legge, esprime giudizi che manifestano una valutazione di colpevolezza, le parti possono chiederne la riconsuazione. Si applicano le disposizioni degli articoli 38 e seguenti del codice di procedura penale».

- Vedi l'art. 1, D.L. 23 ottobre 1996 n. 553, conv. in L. 23 dicembre 1996, n. 652, recante "Disposizioni in tema di incompatibilità dei magistrati e di proroga dell'utilizzazione per finalità di detenzione degli istituti penitenziari di Pianosa e dell'Asinara": «1. Quando venga accolta la dichiarazione di astensione o di riconsuazione del giudice per la sussistenza di taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dall'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale in procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, è già stata dichiarata l'apertura del dibattimento, si applicano le disposizioni di cui ai commi che seguono.

2. Gli atti compiuti anteriormente al provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di riconsuazione conservano efficacia. Salvo che ritenga necessario rinnovarli in tutto o in parte, il giudice li utilizza ai fini della decisione mediante la sola lettura, ovvero mediante indicazione a norma dell'art. 511, comma 5, del codice di procedura penale.

3. I termini previsti dall'art. 303, comma 1, del codice di procedura penale sono sospesi dalla data del provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di riconsuazione a quella in cui il dibattimento davanti al nuovo giudice perviene allo stato in cui si trovava allorchè è intervenuta la dichiarazione di astensione o di riconsuazione.

4. La sospensione di cui al comma 3 non può comunque superare il termine di novanta giorni, se si tratta di procedimento per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, ovvero il termine di sessanta giorni negli altri casi. Il termine decorre dalla data del provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di riconsuazione, ovvero, se il provvedimento è anteriore alla data di entrata in vigore del presente decreto, da quest'ultima data.

5. Nel computo dei termini di cui all'art. 304, comma 6, del codice di procedura penale, salvo che per il limite relativo alla durata complessiva della custodia cautelare, non si tiene conto del periodo di sospensione di cui ai commi 3 e 4».

Evoluzione normativa

■ ⁽¹⁾ La Corte Cost., con sent. 9 luglio 2013, n. 183, ha dichiarato l'illegittimità

costituzionale degli artt. 34, c. 1, e 623, c. 1, lett. a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 del medesimo codice; e, altresì, in applicazione dell'art. 27, L. 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale, ai sensi dell'art. 671 dello stesso codice. Precedentemente con sent. 11 luglio 2001, n. 224, la Corte Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, c. 1, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto.

Successivamente, tale comma è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, unitamente all'art. 623, comma 1, lett a) c.p.p. da Corte cost. 18 gennaio 2022, n. 7 «nella parte in cui non prevedono che il giudice dell'esecuzione deve essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di rideterminazione della pena, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, annullata con rinvio dalla Corte di cassazione».

(2) L'art. 34 c.p.p. è stato oggetto di una copiosissima giurisprudenza costituzionale dalla quale emerge chiaramente, in seguito a numerose dichiarazioni di illegittimità del comma 2 di detta disposizione, il principio in base al quale va sempre riconosciuta l'incompatibilità del giudice che con provvedimenti precedenti relativi al merito dell'accusa, si sia formato un pregiudizio sulla responsabilità dell'imputato.

In particolare non possono partecipare al giudizio:

- il GIP che non abbia accolto la richiesta del PM di archiviazione o di emissione del decreto penale (sent. n. 502 del 30-12-1991);
- il GIP che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento avanzata dalle parti (sent. n. 124 del 25-3-1992 e sent. n. 186 del 22-4-1992);
- il GIP che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato (sent. n. 432 del 15-9-1995), ovvero il GIP che in altra fase processuale abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare ovvero abbia rigettato la relativa richiesta (sent. n. 155 del 20-5-1996);
- il giudice che abbia pronunciato, o concorso a pronunciare, una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato, in ordine alla sua responsabilità penale, sia stata già comunque valutata (sent. n. 379 del 2-11-1996);
- il GIP che, ritenuta la diversità del fatto valutando il complesso delle indagini preliminari, abbia rigettato la domanda di oblazione (sent. n. 453 del 30-12-1994);
- il giudice che abbia ordinato, all'esito di precedente dibattimento riguardante il medesimo fatto ed a carico del medesimo imputato, la trasmissione degli atti al PM a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p. (sent. n. 453 del 30-12-1994);
- il giudice che, come componente del Tribunale del riesame od in sede di appello, si sia pronunciato sull'ordinanza che ha disposto una misura cautelare personale o che abbia giudicato su di un'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale, salvo che la sua pronuncia si sia limitata ad aspetti meramente formali e non di merito (sent. n. 131 del 24-3-1996);
- il giudice che abbia pronunciato, o concorso a pronunciare, sentenza nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto (sent. n. 241 del 17-6-1999).

Il giudizio abbreviato, invece, non può essere celebrato dal GIP che abbia:

- rigettato la richiesta di archiviazione formulata dal PM (sent. n. 496 del 15-10-1990 e sent. n. 401 del 12-11-1991);
- disposto il giudizio abbreviato sul presupposto dell'evidenza della prova (sent. n. 401 del 12-11-1991);
- rigettato la richiesta di patteggiamento (sent. n. 439 del 17-12-1993);
- disposto una misura cautelare personale, ovvero abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca della predetta misura ovvero abbia rigettato la relativa richiesta (sent. n. 155 del 20-5-1996).

- Non può disporre il patteggiamento:
- il GIP che abbia disposto una misura cautelare personale, ovvero abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca della predetta misura ovvero abbia rigettato la relativa richiesta (sent. n. 155 del 20-5-1996);
- il giudice che, come componente del Tribunale del riesame od in sede di appello, si sia pronunciato sull'ordinanza che ha disposto una misura cautelare personale o che abbia giudicato su di un'ordinanza che provvede in ordine ad una misura cautelare personale, salvo che la sua pronuncia si sia limitata ad aspetti meramente formali e non di merito (sent. n. 155 del 20-5-1996).

Si sottolinea, infine, che:

- non può pronunciarsi sulla richiesta del PM di emissione del decreto penale, il GIP che abbia ordinato di formulare l'imputazione ai sensi dell'art. 409, comma 5, c.p.p. (sent. n. 34 del 12-11-1997);
- nel caso in cui il GUP emani un decreto di rinvio a giudizio, successivamente annullato dal giudice dibattimentale, la nuova udienza preliminare non potrà essere celebrata dallo stesso magistrato (sent. n. 335 del 12-7-2002);
- non si prevede la incompatibilità alla trattazione della udienza preliminare del giudice che abbia ordinato, all'esito di precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, la trasmissione degli atti al PM, a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p. (sent. n. 400 del 5-12-2008).

(3) Con le sentenze sotto indicate, la Corte Cost. ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2:

- «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 554, secondo comma, del medesimo codice» (Corte Cost. 26 ottobre 1990, n. 496);
- «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 409, quinto comma, del medesimo codice» (Corte Cost. 12 novembre 1991, n. 401);
- «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 554, secondo comma, dello stesso codice» (Corte Cost. 30 dicembre 1991, n. 502);
- «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 409, quinto comma, dello stesso codice» (Corte Cost. 30 dicembre 1991, n. 502);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio del giudice per le indagini preliminari che ha rigettato la richiesta di decreto di condanna per la ritenuta inadeguatezza della pena richiesta dal pubblico ministero» (Corte Cost. 30 dicembre 1991, n. 502, come corretta con Corte Cost. ord. 9 marzo 1992, n. 104);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare all'udienza dibattimentale del giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia respinto la richiesta di applicazione di pena concordata per la ritenuta non concedibilità di circostanze attenuanti» (Corte Cost. 25 marzo 1992, n. 124);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice del dibattimento che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice a partecipare al giudizio» (Corte Cost. 22 aprile 1992, n. 186, come corretta con Corte Cost. ord. 1° luglio 1992, n. 313);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a procedere al dibattimento del pretore che, prima dell'apertura di questo, abbia respinto la richiesta di applicazione di pena concordata per il ritenuto non ricorrere di un'ipotesi attenuata del reato contestato» (Corte Cost. 26 ottobre 1992, n. 399);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice» (Corte Cost. 16 dicembre 1993, n. 439);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice per le indagini preliminari il quale, per la ritenuta diversità del fatto, sulla base di una

- valutazione del complesso delle indagini preliminari, abbia rigettato la domanda di oblazione» (Corte Cost. 30 dicembre 1994, n. 453);
- «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che abbia, all'esito di precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, ordinato la trasmissione degli atti al pubblico ministero a norma dell'art. 521 comma 2 del codice di procedura penale» (Corte Cost. 30 dicembre 1994, n. 453);
 - «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato» (Corte Cost. 15 settembre 1995, n. 432);
 - «nella parte in cui non prevede: a) l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del tribunale del riesame (art. 309 c.p.p.) si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato; b) l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato (art. 310 c.p.p.) si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta» (Corte Cost. 24 aprile 1996, n. 131);
 - nella parte in cui non prevede: a) che non possa partecipare al giudizio abbreviato e disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto una misura cautelare personale; b) che non possa partecipare al giudizio abbreviato e disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare personale ovvero che abbia rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale; c) che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare personale ovvero che abbia rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale; d) che non possa disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice che, come componente del tribunale del riesame, si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato nonché il giudice che, come componente del tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato, si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta (Corte Cost. 20 maggio 1996, n. 155);
 - «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata» (Corte Cost. 2 novembre 1996, n. 371);
 - nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare nel processo penale a carico di imputati minorenni del giudice per le indagini preliminari che si sia pronunciato in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato» (Corte Cost. 22 ottobre 1997, n. 311).
 - «nella parte in cui non prevede che non possa pronunciarsi sulla richiesta di emissione del decreto penale di condanna il giudice per le indagini preliminari che abbia emesso l'ordinanza di cui agli artt. 409, comma 5, e 554, comma 2, dello stesso codice» (Corte Cost. 21 novembre 1997, n. 346);
 - «nella parte in cui non prevede, nel processo penale a carico di imputati minorenni, l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che come componente del tribunale del riesame si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato» (Corte Cost. 18 luglio 1998, n. 290);
 - «nella parte in cui non prevede, nel processo penale a carico di imputati minorenni, l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che come componente del tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato si

La notizia di reato (artt. 330-335)

