

Stefania **PONTILLO**
Magistrato

Vincenzo **SALADINO**
Magistrato

Compendio di

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

XVII EDIZIONE **2026**



G.U.P., al fine di evitare anche il solo sospetto che il giudice dell'udienza preliminare possa essere influenzato dagli atti e dalle attività compiute nella fase delle indagini preliminari. Per quanto riguarda, poi, l'incompatibilità determinata da **vincoli di parentela**, l'art. 35 c.p.p. dispone che nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.



Decreto penale: incompatibile il gip che abbia rigettato una precedente richiesta – illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p.

Corte Cost., 21 gennaio 2022, n. 16 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. 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, con essa – secondo un costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità – la regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari: tant'è che il pubblico ministero viene pienamente reintegrato nelle proprie attribuzioni, potendo anche optare per una eventuale richiesta di archiviazione, senza che vi osti il principio di irretrattabilità dell'azione penale (tra le altre, Corte di cassazione, Sez. III, 14 dicembre 2017-26 marzo 2018, n. 14012; Sez. II, 20-27 marzo 2009, n. 13680). 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.

Nel dettaglio, la Corte, in primo luogo, ha richiamato la propria costante giurisprudenza, secondo cui **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**, 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*.

L'imparzialità del giudice richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo"; il giudice, quindi deve essere "*non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni preconstituite 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*" (Corte cost., n. 155/1996).

Nel caso in esame la Corte ha riscontrato un "**attività pregiudicante**", in presenza della quale la previsione dell'incompatibilità del giudice deve ritenersi costituzionalmente necessaria.

Per un verso, 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"; e ciò in quanto in tale provvedimento è "insito il riconoscimento che, alla luce delle risultanze degli atti di indagine, non solo il fatto per cui si procede sussiste ed è addebitabile all'imputato (in caso contrario, il giudice rigetterebbe la richiesta per tale motivo), ma che è altresì aggravato da una circostanza trascurata dal pubblico ministero".

Per altro verso, il rigetto della richiesta di decreto penale determina, la restituzione degli atti al pubblico ministero e, quindi, la regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari.

"Di conseguenza, – ha rilevato la Corte – 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".

Da ultimo, **Corte Cost. 30 dicembre 2025, n. 212** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli articoli 3 e 24, secondo comma, Cost., dell'art. 34, co. 2, c.p.p., nella parte in cui **non** prevede **l'incompatibilità con la 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 sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta. È stata altresì dichiarata in via conseguenziale, ai sensi dell'articolo 27 della legge numero 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione, nella parte in cui **non** prevede **l'incompatibilità con la 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.

L'astensione e la ricusazione sono i due strumenti forniti dal legislatore al giudice ed alle parti per porre rimedio non solo alle situazioni di incompatibilità previste negli artt. 34 e 35 c.p.p., ma anche ad altre situazioni espressamente elencate.

In particolare, ai sensi dell'art. 36 c.p.p. il giudice ha **l'obbligo di astenersi**:

- a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;
- b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo coniunto di lui o del coniuge;
- c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo coniunto e una delle parti private;
- e) se alcuno dei prossimi coniunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;
- f) se un prossimo coniunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;
- g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34

- e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;
h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

Il giudice che intende astenersi deve presentare una dichiarazione al presidente della corte d'appello o del tribunale, in cui spiega i motivi per cui, a suo giudizio, sussistono le ragioni di incompatibilità; il presidente della corte o del tribunale decide con decreto senza formalità di procedura. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del Tribunale decide il presidente della Corte di appello; su quella del presidente della Corte di appello decide il presidente della Corte di Cassazione.

In tutti i casi in cui il giudice avrebbe dovuto astenersi (ad eccezione delle ipotesi di gravi ragioni di convenienza), nonché nei casi in cui abbia manifestato *indebitamente*, prima dell'emanazione della sentenza, il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione, **le parti possono ricusarlo**. La dichiarazione di ricusazione può essere proposta (art. 38 comma 1 c.p.p.):

- nell'udienza preliminare, fino a che non siano conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti;
- nel giudizio, fino alle questioni preliminari al dibattimento;
- in ogni altro caso, prima del compimento dell'atto da parte del giudice.

Tale dichiarazione può essere effettuata personalmente dalla parte o dal difensore munito di procura speciale e deve contenere anche l'indicazione dei motivi e delle prove per cui si intende ricusare il giudice.

Essa va proposta con atto scritto nella cancelleria del giudice competente a decidere, ma copia della dichiarazione va altresì depositata nella cancelleria dell'ufficio cui è addetto il giudice ricusato. La dichiarazione di ricusazione si considera come non proposta quando il giudice, anche successivamente ad essa, dichiara di astenersi e l'astensione è accolta.

Di regola, sulla ricusazione decide la Corte di appello; sulla ricusazione di un giudice della Corte di appello o della Corte di Cassazione decide una sezione di Corte di appello o di Corte di Cassazione diversa da quella a cui appartiene il giudice ricusato. Non è ammessa la ricusazione dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione.

Accolta la dichiarazione di astensione o la richiesta di ricusazione il giudice non può compiere alcun atto del procedimento.

Il provvedimento di accoglimento può specificare quali atti eventualmente compiuti dal giudice astenuto o ricusato conservano efficacia.

Il giudice astenuto o ricusato è sostituito con altro magistrato dello stesso ufficio designato, secondo le leggi di ordinamento giudiziario.

ANALOGIE E DIFFERENZE TRA ASTENSIONE E RICUSAZIONE	Analogie	Differenze
	<ul style="list-style-type: none">► Mirano a garantire il giusto processo da parte di un giudice terzo ed imparziale.► Comportano la	<ul style="list-style-type: none">► L'astensione è l'obbligo previsto per il giudice di chiedere la sua sostituzione quando ricorrono le ipotesi tassative di cui all'art. 36

	<p>sostituzione della persona fisica del giudice con altro appartenente allo stesso ufficio.</p>	c.p.p. e nelle "altre gravi ragioni di convenienza". ► La ricusazione è la facoltà spettante alle parti di proporre un'istanza, al fine di ottenere la sostituzione del magistrato nel caso in cui quest'ultimo, pur sussistendo le ipotesi di cui all'art. 36 c.p.p., non si sia astenuto.
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



Sulle cause di incompatibilità per il Gup che deve vagliare la richiesta di rinvio a giudizio

Non costituisce causa di incompatibilità ex art. 34 c.p.p. per il giudice dell'udienza preliminare che deve vagliare la richiesta di rinvio a giudizio di un concorrente nel reato l'aver emesso il decreto che dispone il giudizio nei confronti di un altro concorrente nel medesimo reato, separatamente giudicato. (Cass. pen., sez. V, 03 dicembre 2020, n. 1215).

4. La rimessione

Nel caso in cui la violazione delle regole della imparzialità riguardi non il giudice persona fisica, bensì il **giudice quale ufficio nel suo complesso**, l'istituto predisposto dal legislatore è quello della **rimessione del processo** (art. 45 c.p.p.).

Le ragioni che giustificano la richiesta di rimessione consistono essenzialmente in **gravi situazioni locali**, ovvero in situazioni effettivamente esistenti e ineliminabili idonee a:

- a) turbare lo svolgimento del processo;
- b) pregiudicare la libera determinazione delle persone che vi partecipano;
- c) pregiudicare la sicurezza o l'incolumità pubblica;
- d) determinare motivi di legittimo sospetto.

A ben vedere si tratta di circostanze tali da far ritenere probabile una trattazione ed una conclusione non imparziale del giudizio; in presenza di tali ipotesi, il codice disciplina analiticamente il procedimento di rimessione.

La richiesta di rimessione (*ex art. 45 c.p.p.*), può essere avanzata in ogni stato e grado del processo, dal Procuratore Generale presso la corte d'appello, dal pubblico ministero presso il giudice che procede o dall'imputato. Questa è, inoltre, depositata, con i documenti che vi si riferiscono, nella cancelleria del giudice, che provvede a trasmetterla immediatamente alla Corte di Cassazione con i documenti allegati e con eventuali osservazioni (art. 46 c.p.p.).