

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left, a green one in the middle, and a blue one on the right. The letters 'C', 'J', and 'N' are placed inside these circles respectively.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A black and white photograph of two people harvesting cotton in a field. One person is wearing a patterned skirt and a light-colored top, while the other is wearing a checkered shirt and a head covering. They are both bent over, picking cotton bolls from the plants. The ground is cracked and dry.

3/2023

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2023 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>OBBLIGHI SOVRANAZIONALI DI INCRIMINAZIONE E POLITICA CRIMINALE</p> <p><i>OBLIGACIONES SUPRANACIONALES SOBRE NORMAS DE INCRIMINACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL</i></p> <p><i>SUPRANATIONAL OBLIGATIONS OF INCRIMINATION AND CRIMINAL POLICY</i></p>	<hr/> <p>L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato 1</p> <p><i>La criminalización que no existe: el trabajo forzado</i></p> <p><i>The Missing Offence: Forced Labour</i></p> <p>Sergio Seminara</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>SPECIAL PART TOPICS</i></p>	<hr/> <p>“Soglie giurisprudenziali” e fatto di lieve entità in materia di stupefacenti, tra interpretazione tassativizzante e derive nomopoietiche 25</p> <p><i>“Límites cuantitativos jurisprudenciales” y hechos de menor gravedad en materia de drogas, entre la interpretación y las tendencias creativas</i></p> <p><i>“Case Law Thresholds” and Slightly Harmful Fact in Drugs Matters, Between Law Interpretation and Creative Tendencies</i></p> <p>Emmanuele Penco</p>
<p>ENTI E PROCESSO PENALE</p> <p><i>PERSONAS JURÍDICAS Y PROCESO PENAL</i></p> <p><i>CORPORATIONS AND CRIMINAL PROCEEDINGS</i></p>	<hr/> <p>Il traffico organizzato di rifiuti: una inedita fattispecie di organizzazione 51</p> <p><i>Tráfico organizado de residuos: una nueva forma de organización</i></p> <p><i>Organized Waste Trafficking: An Unprecedented Organized Crime Offence</i></p> <p>Carlo Ruga Riva</p>
<p>ENTI E PROCESSO PENALE</p> <p><i>PERSONAS JURÍDICAS Y PROCESO PENAL</i></p> <p><i>CORPORATIONS AND CRIMINAL PROCEEDINGS</i></p>	<hr/> <p>Processo agli enti e discrezionalità nell'azione 63</p> <p><i>Proceso en contra de las personas jurídicas y discrecionalidad de la acción penal</i></p> <p><i>Proceedings Against Corporations and Discretionary Prosecution</i></p> <p>Luca Marafioti</p>

IL FOCUS SU...	L'insostenibile leggerezza del principio di prevedibilità di fronte al "diritto penale europeo"	76
<i>EL ENFOQUE EN...</i>	<i>La insoportable ligereza del principio de previsibilidad frente al "derecho penal europeo"</i>	
<i>FOCUS ON...</i>	<i>The Unbearable Lightness of the Principle of Predictability in the Face of "European Criminal Law"</i>	
	Jacopo Della Valentina	
NOTE A SENTENZA	Antisemitismo "nascosto" nei simboli? Nota a Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n. 40, giud. de Leva	106
<i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i>	<i>¿Antisemitismo "oculto" en los símbolos? Nota al Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n° 40, Jud. de Leva</i>	
<i>NOTES ON JUDGMENTS</i>	<i>"Hidden" Antisemitism in Symbols? Note to Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, no. 40, Jud. de Leva</i>	
	Carla Cucco	
	Quali spazi per il giudizio di proporzionalità nella fase esecutiva della pena?	119
	<i>¿Qué espacios hay para el juicio de proporcionalidad en la fase de ejecución de la pena?</i>	
	<i>Spaces for the Proportionality Judgment in the Execution Phase of the Penalty?</i>	
	Serena Furone	
	Ancora dubbi di legittimità costituzionale sull'art. 34, co. 2, c.p.p.	131
	<i>Todavía existen dudas sobre la legitimidad constitucional del art. 34, párrafo 2, del Código de Procedimiento Penal</i>	
	<i>Ongoing Doubts about the Constitutional Legitimacy of Article 34, par. 2, Code of Criminal Procedure</i>	
	Domenico Mastro	

NOTE A SENTENZA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NOTES ON JUDGMENTS

- 106 **Antisemitismo “nascosto” nei simboli? Nota a Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n. 40, giud. de Leva**
¿Antisemitismo "oculto" en los símbolos? Nota al Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n° 40, Jud. de Leva
“Hidden” Antisemitism in Symbols? Note to Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, no. 40, Jud. de Leva
Carla Cucco
- 119 **Quali spazi per il giudizio di proporzionalità nella fase esecutiva della pena?**
¿Qué espacios hay para el juicio de proporcionalidad en la fase de ejecución de la pena?
Spaces for the Proportionality Judgment in the Execution Phase of the Penalty?
Serena Furone
- 131 **Ancora dubbi di legittimità costituzionale sull’art. 34, co. 2, c.p.p.**
Todavía existen dudas sobre la legitimidad constitucional del art. 34, párrafo 2, del Código
de Procedimiento Penal
Ongoing Doubts about the Constitutional Legitimacy of Article 34, par. 2, Code of Criminal Procedure
Domenico Mastro

Ancora dubbi di legittimità costituzionale sull'art. 34, co. 2, c.p.p.

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

Todavía existen dudas sobre la legitimidad constitucional del art. 34, párrafo 2, del Código de Procedimiento Penal

Ongoing Doubts about the Constitutional Legitimacy of Article 34, par. 2, Code of Criminal Procedure

DOMENICO MASTRO

*Dottorando di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali", diritto penale e processo, presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
 domenico.mastro@unicampania.it*

DIRITTI PROCESSUALI FONDAMENTALI,
 GIUSTO PROCESSO,
 PROCEDIMENTI SPECIALI

DERECHOS PROCESALES
 FUNDAMENTALES, DEBIDO PROCESO,
 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS,
 FAIR TRIAL,
 SPECIAL PROCEEDINGS

ABSTRACTS

Il contribuuto 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.

El presente trabajo examina la reciente ordenanza n. 119 de 2023, en la cual el Juez de Instrucción Preliminar del Tribunal de Nápoles planteó una cuestión de legitimidad constitucional con respecto al artículo 34, párrafo 2, del Código de Procedimiento Penal (c.p.p.), en la parte en que esta disposición no prevé la incompatibilidad del Juez de Instrucción Preliminar para participar en la audiencia sobre oposición a la solicitud de una decisión de archivo, conforme al artículo 410 c.p.p., después de haberse pronunciado sobre la existencia de una causa de no punibilidad. Después de analizar los principales problemas relacionados con la norma en cuestión, se identifica una posible solución para hacer más flexible y adecuada la regulación de las incompatibilidades y así limitar los llamados "efectos perjudiciales" derivados de una decisión judicial.

The article examines the recent order No. 119 of 2023, in which the Preliminary Investigating Judge of the Tribunal of Naples raised a quarrel of constitutional legitimacy regarding Article 34, paragraph 2, of the Code of Criminal Procedure (c.p.p.), namely the provision that excludes the incompatibility of the Preliminary Investigating Judge participating in the judgment of opposition to the request for dismissal under Article 410 c.p.p. after expressing an opinion on the existence of a ground for non-punishment when rejecting a request for the issuance of a penal decree against the defendant. After analyzing the critical issues related to the discussed norm, a possible solution is identified to make the regulation of incompatibilities more flexible and suitable for limiting the so-called "prejudicial effects" resulting from a judicial decision.

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 stesso¹, si torna nuovamente a discutere in ordine all'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari per atti compiuti nel medesimo procedimento.

Comè 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 «pre-giudizio» rispetto alla questione da decidere².

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*³. Ebbene, l'istituto della incompatibilità ha come fine ultimo la tutela del principio di imparzialità⁴ il quale, assieme alla terzietà e al prerequisite della indipendenza, costituisce «il *proprium* dell'attività di chi è chiamato a rendere giustizia»⁵, 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»⁶.

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

¹ 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 ricasazione 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 - né, d'altra parte, risultava «appagante» il ricorso all'istituto dell'astensione per «gravi ragioni di convenienza» (art. 36, comma 1, lettera b) 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.

² Il carattere tassativo delle ipotesi di incompatibilità è d'altro canto di ostacolo all'estensione in via analogica delle disposizioni che le contemplano a casi diversi da quelli in esse considerati, cfr., Corte Cost., 06 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 ricasazione 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.

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

⁴ 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.

⁵ RIVELLO (2000), p. 650.

⁶ 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, sul punto, v., Corte EDU, 16 settembre 1999, *Buscemi c. Italia*, § 67 e 68, Corte EDU, 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, § 46.

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*⁷. 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 condanna⁸. 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.⁹. 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»¹⁰.

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 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'accusa¹¹. 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 procedimento¹², 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»¹³ deve soccombere dinanzi alla necessità di una successiva sostituzione della persona del giudice.

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

⁸ MANFRIN (2022), p. 3.

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

¹⁰ GABRIELLI (2019), p. 113.

¹¹ 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 editale.

¹² 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.

¹³ 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.

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 giudiziaria¹⁴. 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»¹⁵.

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 pregiudizio¹⁶.

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*»¹⁷.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ DI LEVERANO (2022), p. 8.

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

Nonostante l'astensione, quale strumento più duttile ad assicurare la genuinità e correttezza del percorso formativo del convincimento del giudice¹⁸ nonché istituto finalizzato a garantire il rispetto dei canoni del «giusto processo»¹⁹, 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 provvedimento²⁰. 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 opposizione²¹.

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 punto²², reputa che l'assenza di una specifica norma che consenta il mutamento del giudice 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 giurisdizionale²³.

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 preliminari²⁴, 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»²⁵.

¹⁸ DINACCI (2003), pp. 23 - 24.

¹⁹ 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 ricusazione», in questi termini, v., Corte cost., sent. n. 283/2000;

²⁰ Sul punto, in senso contrario, cfr. *infra* § 4.

²¹ ANDOLFATTO (2017), p. 291.

²² Da ultimo, Corte cost., 24 gennaio 2017, sent. n. 18.

²³ 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.

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

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

È risaputo che lo spazio giuridico europeo ha rappresentato «il palcoscenico sul quale si è innescato quel processo di riscoperta della vittima del reato»²⁶ che in pochi decenni, grazie allo sforzo della piccola e grande Europa, ha portato al riconoscimento di una protezione pluridimensionale e articolata del danneggiato²⁷.

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 penale²⁸. La vittima, infatti, non assume una posizione meramente passiva nel contesto processuale in quanto essa gode di una vera e propria «cittadinanza nel procedimento penale»²⁹ 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 CEDU³⁰; 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 pregiudizi³¹.

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.

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

²⁶ GIALUZ (2017), p. 199.

²⁷ VENTUROLI (2015), p. 86.

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

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

³⁰ 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.

³¹ 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 sdegnava o le rimuove e le respinge a forza di distinzioni, non senza pericoloso pregiudizio, pur di mantenere inviolata l'autorità delle sue prime concezioni».

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.³².

L'istituto del reclamo³³ 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 presidono 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 materia³⁴.

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 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»³⁵

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

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

³³ Sul punto, SURACI (2020), pp. 107 – 118.

³⁴ In tal senso, MANFRIN (2022), p. 5.

³⁵ DINACCI (2017), p. 29.

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

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



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>