

Incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento (art. 34 c.p.p.)

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 o al giudizio per revisione.

2. Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare o ha disposto il giudizio immediato o ha emesso decreto penale di condanna o ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere.

2-bis. Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni 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.

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;

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. (2)

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.

3. Chi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore, di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere non può esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice.

... detta anche incompatibilità «funzionale» (art. 34)

Ad assicurare l'imparzialità del giudice non sono sufficienti le norme (di competenza) che concretizzano il principio di pre-costituzione legale. Anche un giudice competente potrebbe essere prevenuto e, quindi, compromesso nella sua funzione di magistrato imparziale.

La **incompatibilità funzionale** (regolata negli artt. 34 e 35) si distingue dalla **incompatibilità (organica)** prevista dagli artt. 18 e 19 dell'Ordinamento giudiziario (*Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense* e, rispettivamente, *Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede*).

L'**incompatibilità funzionale** impedisce al singolo giudice di esercitare talune funzioni nel procedimento penale, in ragione di sue inadeguatezze allo svolgimento del proprio compito. Conviene esaminare partitamente le diverse situazioni regolate nelle tre parti dell'art. 34 al fine di coglierne la *ratio*:

Prima parte: *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 o al giudizio per revisione (art. 34 comma 1)*

È inopportuno che il giudice, già occupatosi del caso, ad esempio in primo grado, se ne occupi anche nel grado successivo, essendo nel frattempo diventato giudice di appello. Giustamente la legge pone un veto, stabilendo questa incompatibilità.

Segue: Incompatibilità funzionale

Parte terza: *Chi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore, di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere non può esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice (art. 34 comma 3).*

La *ratio* del terzo comma non è molto dissimile da quella del primo: l'elenco delle funzioni e dei ruoli svolti (ad es. come pubblico ministero, ma anche come testimone o denunciante) rinvia a soggetti che si sono già formati un'opinione sul merito della decisione ed è quindi saggio escluderli dal novero dei possibili giudicanti.

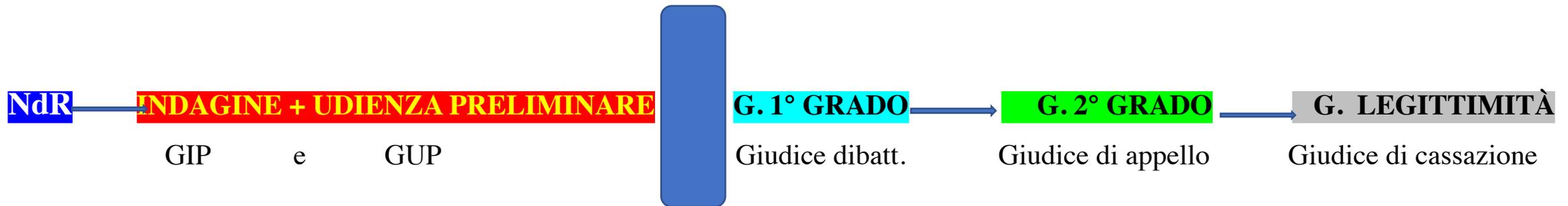
Segue: Incompatibilità funzionale

Parte seconda: L'ho lasciata per ultima perché la più complessa da spiegare.

Il comma 2 dell'art. 34 ha subito (negli anni Novanta del secolo scorso) una vera e propria raffica di declaratorie di illegittimità, perché toccava un punto delicatissimo della struttura del nostro processo: precisamente il **rapporto** fra **fase preliminare** e **giudizio** (di primo grado).

Si consideri che la fase preliminare (composta da indagine + udienza preliminare) non costituisce un grado di giurisdizione a sé stante. Ad essa **non** si può pertanto applicare il **comma 1° dell'art. 34**. La riforma del 1988 intendeva tener separate la fase preliminare dalla fase del giudizio, nel senso che le conoscenze acquisite nel corso della prima non avrebbero dovuto condizionare il convincimento del giudice dibattimentale.

SCHEMA DEL PROCESSO PENALE



Segue: Incompatibilità funzionale

Poniamo mente a quanto spiegato nella slide precedente:

Se il giudice dell'indagine preliminare – che, come vedremo, ha occasione di consultare gli atti investigativi compiuti da polizia e pubblico ministero – potesse assumere la funzione di giudice del dibattimento, porterebbe con sé quel «sapere» dal quale, proprio come giudice del dibattimento, non dovrebbe farsi condizionare.

La **formulazione originaria** dell'art. 34 comma 2 si **limitava** a stabilire l'**incompatibilità** a **fungere da giudice dibattimentale**, del **giudice dell'indagine preliminare** (GIP) o del **giudice dell'udienza preliminare** (GUP) che avessero emesso **decisioni** di natura **condannatoria** (rinvio a giudizio - art. 429 - giudizio immediato - art. 456 - decreto penale di condanna - art. 459). Essendosi già sbilanciati in un giudizio sfavorevole all'imputato era inopportuno consentire loro di assumere la funzione di giudici nel successivo dibattimento.

Segue: Incompatibilità funzionale (la revisione dell'art 34 comma 2)

Negli anni successivi alla riforma del 1988, la corte costituzionale è ripetutamente intervenuta dichiarando illegittimo l'art. 34 comma 2 in quanto non prevedeva altre ipotesi di **incompatibilità** a fungere da **giudice dibattimentale** per il **GIP che aveva in qualche modo anticipato un suo convincimento sfavorevole all'imputato**, ad esempio, **emettendo un provvedimento cautelare, rigettando una richiesta di patteggiamento, rigettando una richiesta di archiviazione** etc. Anche perché si trattava di **salvaguardare la «verginità mentale»** (*virgin mind*) del giudice dibattimentale.

Delle numerose sentenze (una ventina!) emesse nel corso degli anni '90 si è tenuto conto nella revisione dell'art. 34 che ora stabilisce le seguenti regole

- Il **comma 2** ribadisce il testo originario (già illustrato nella slide precedente);
- Il **comma 2-bis** contiene la novità (allineata alla giurisprudenza costituzionale), stabilendo che il GIP non può fungere da GUP (nel medesimo procedimento), né può fungere da giudice dibattimentale
- I **commi 2-ter e 2-quater** introducono eccezioni all'incompatibilità prevista dal comma 2-bis per atti del GIP che **non ne pregiudicano l'imparzialità** (provvedimenti in favore di persone detenute o assunzione di incidente probatorio).

Incompatibilità funzionale per ragioni di parentela, affinità e coniugio

Art. 35

Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Es. un giudice di cassazione non può essere nel collegio che controlla la sentenza redatta dal figlio che ha esercitato funzioni di giudice di primo grado o di appello nel medesimo procedimento