

N. 119

*Ordinanza del 3 luglio 2023 del G.I.P. del Tribunale di Napoli
nel procedimento penale a carico di S. G.*

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Giudice per le indagini preliminari 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 - Incompatibilità a partecipare al giudizio di opposizione alla richiesta di archiviazione di cui all'art. 410 cod. proc. pen. - Mancata previsione.

– Codice di procedura penale, art. 34, comma 2.

TRIBUNALE DI NAPOLI

SEZIONE DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI

UFF. 26

ORDINANZA DI RIMESIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

(ARTICOLI 134 DELLA COSTITUZIONE E 23 DELLA LEGGE 11 MARZO 1953, N. 87)

Il giudice per le indagini preliminari, Giuseppe Sepe, letti gli atti del procedimento nei confronti di _____, difeso di fiducia dall'avv. Paolo Gallina del foro di Napoli;

Letto l'atto di opposizione a richiesta di archiviazione presentato da _____, difeso dall'avv. Gennaro Razzino del Foro di Napoli;

Udite le parti all'udienza in Camera di consiglio;

OSSERVA

Lo scrivente, in funzione di Gip, con ordinanza del 13 dicembre 2022 respingeva la richiesta di emissione di decreto penale di condanna alla pena di euro 1125 di multa avanzata dal pubblico ministero nei confronti di _____ per il reato di cui all'art. 612, comma 2 del codice penale ritenendo sussistente la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* del codice penale restituendo gli atti al pubblico ministero per le sue valutazioni (*cfi*: Sezione U, sentenza n. 20569 del 18 gennaio 2018 Cc. (dep. 9 maggio 2018) Rv. 272715). Con la richiamata ordinanza si riteneva che il fatto «sebbene costituisca reato, risulta espressione di un grado di offensività particolarmente tenue» ... trattandosi di «... minacce ... dettate da un eccesso d'ira... determinata dal sinistro stradale... subito poco prima». Si opinava, quindi, nel senso che «l'offesa al bene giuridico appare di modesta entità... e non può affermarsi che il comportamento sia abituale» dovendo trovare applicazione la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* del codice penale (*cfi*: ordinanza di rigetto della richiesta di emissione del decreto penale, in atti).



Il pubblico ministero, «facendo proprie le argomentazioni del Gip», richiedeva l'archiviazione del procedimento sussistendo la causa di non punibilità della «tenuità del fatto» ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale (art. 408 del codice di procedura penale) dando luogo alle notifiche di rito nei confronti dell'indagato e della persona offesa.

La persona offesa, Cimafonte Antonio, cui era notificata la richiesta di archiviazione, proponeva opposizione (art. 410 codice di procedura penale) con la quale contestava le conclusioni del pubblico ministero ritenendo i fatti espressivi di una «allarmante propensione a delinquere dell'autore» ed affermando che alla luce di una «valutazione complessiva...di tutte le circostanze emerse...la condotta del... non può certo essere valutata di un grado di offensività particolarmente tenue», chiedendo l'emissione di un'ordinanza di imputazione coatta ovvero lo svolgimento di «nuove indagini», in particolare l'escussione a sommarie informazioni del sig. , figlio della persona offesa, in grado di riferire sui «danni morali» patiti dal padre in conseguenza della incresciosa vicenda.

Fissata l'udienza in Camera di consiglio, il difensore della persona offesa, valutata l'identità del giudice persona fisica che aveva rigettato la richiesta di emissione del decreto di condanna ravvisando la esistenza della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* del codice penale, eccepiva la incompatibilità a statuire in merito alla opposizione a richiesta di archiviazione, avendo già espresso un'opinione sul punto.

Questo giudice, condividendo le ragioni della parte opponente, chiedeva al presidente del Tribunale di essere autorizzato ad astenersi ravvisando, ai sensi dell'art. 36, lettera *h*) del codice di procedura penale «gravi ragioni di convenienza... in considerazione della pregnanza della motivazione offerta a fondamento del rigetto del d.p., e della incidenza di tale motivazione sulla necessaria terzietà rispetto all'opposizione avanzata dalla parte offesa, la cui funzione di controllo dell'operato del pubblico ministero potrebbe essere influenzata dalla naturale propensione del giudicante a tenere fermo il proprio, già espresso, convincimento». Ciò nonostante, il presidente del Tribunale di Napoli respingeva la richiesta di astensione osservando, sulla scorta del parere reso dal pres. sez. Gip, che la incompatibilità del giudice a decidere il giudizio opposizione non sussiste neppure nei casi di declaratoria di nullità del decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 411 del codice di procedura penale.

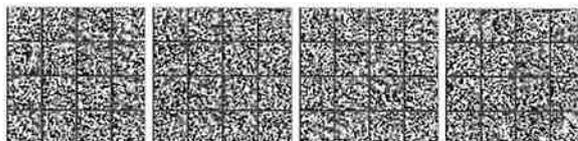
Stando così le cose, l'estensore reputa che la questione meriti lo scrutinio di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 34, secondo comma, codice di procedura penale in quanto, anzitutto, il prospettato deficit di terzietà del giudice non può risolversi in via interpretativa, in assenza di una disposizione specifica che consenta il mutamento del giudice competente a decidere sulla opposizione a richiesta di archiviazione, affidata al medesimo giudice per le indagini preliminari 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 di condanna.

Sulla fondatezza della questione bisogna osservare che la terzietà connota il giudice per parametro costituzionale (art. 111, comma 2 della Costituzione) cosicché tale requisito non può mai mancare o subire appannamento o lesione senza con ciò pregiudicare il ruolo stesso del giudice, nei confronti di tutti i soggetti del procedimento.

Sembra ricorrere altresì la violazione del parametro interposto, per il tramite dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, di cui all'art. 6, paragrafo 1 della CEDU, che stabilisce che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile [...]».

Trattasi di una disposizione che la stessa giurisprudenza sovranazionale considera alla stregua di un «canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale» di modo che la norma convenzionale può ben essere allegata a parametro interposto, in quanto destinata a proteggere il fondamentale diritto alla imparzialità del giudice, che l'art. 34, comma 2 del codice di procedura penale concorrerebbe a ledere, non prevedendo, tra le cause di incompatibilità, il caso del giudice per le indagini preliminari, chiamato a decidere l'opposizione alla richiesta di archiviazione di una notizia di reato in ordine alla quale il medesimo giudice abbia già in precedenza ravvisato, rigettando la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, la sussistenza di una causa di non punibilità.

Vero è che la costante giurisprudenza della Corte costituzionale è nel senso che «affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità - nel senso dell'esigenza costituzionale della relativa previsione, in funzione di tutela dei valori della terzietà e dell'imparzialità del giudice -, è necessario che la valutazione «contenutistica» sulla medesima regiudicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito. È del tutto ragionevole, infatti, che, all'interno di ciascuna delle fasi - intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva - resti, in ogni caso, preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere» (Corte Costituzionale, sentenza n. 18 del 2017).



Nel caso in oggetto, tuttavia, la restituzione degli atti al pubblico ministero a seguito di rigetto della richiesta di emissione del decreto di condanna, ha determinato la regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari (fase in precedenza chiusasi con la richiesta di emissione del decreto penale) e la reintegrazione del pubblico ministero nelle proprie attribuzioni, compresa quella di optare per una eventuale richiesta di archiviazione (*cf.* Corte costituzionale, sentenza n. 16 del 2022). Il pubblico ministero si è quindi determinato nel richiedere l'archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale, dando ingresso al giudizio di opposizione instaurato dalla persona offesa. Ricorre, dunque, il presupposto della diversità tra le fasi.

Sotto diverso aspetto, non è necessario in questa sede ripercorrere le stratificazioni normative che hanno ampliato e reso sempre più penetrante il ruolo della persona offesa nel procedimento, modificandone profondamente lo statuto e rendendo la stessa un soggetto che partecipa, con una attiva presenza, al procedimento penale.

Basta dire che la giurisprudenza costituzionale intende la persona offesa dal reato nel processo penale come soggetto portatore di un duplice interesse: quello al risarcimento del danno, che si esercita mediante la costituzione di parte civile, e quello all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato, che si esercita mediante un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero (Corte Costituzionale, sentenza n. 23 del 2015).

La persona offesa è «soggetto eventuale del procedimento o del processo», e non parte principale e necessaria (ordinanze n. 254 del 2011 e n. 339 del 2008).

Il principio di autonomia tra processo penale e processo civile comporta che l'azione civile per il risarcimento del danno ben può svilupparsi in sede civile del tutto indipendentemente dal giudizio penale.

Ciò spiega la legittimità dell'attribuzione alla persona offesa di poteri circoscritti rispetto a quelli riconosciuti al pubblico ministero o all'indagato.

Tuttavia il ruolo di «controllo» dell'operato del pubblico ministero, che si estrinseca, tra l'altro, mediante l'attribuzione della facoltà di opporsi alla richiesta di archiviazione, presuppone per ben operare che il giudice che presiede il relativo procedimento sia immune da deficit di terzietà, che a sua volta può rimontare in una precedente decisione assunta.

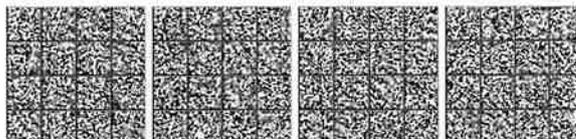
In effetti se e quando il giudice, in sede di rigetto della richiesta di emissione del decreto di condanna, motivi la inaccogliabilità del decreto in ragione della sussistenza di una causa di non punibilità, svolge una valutazione capace di influenzare la neutralità nella successiva ed eventuale fase (opposizione a richiesta di archiviazione) in considerazione della naturale tendenza a tenere fermo il proprio già espresso convincimento.

Infatti è vero che nel giudizio di cui all'art. 410 del codice di procedura penale l'opponente deve chiedere «la prosecuzione delle indagini preliminari indicando, a pena di inammissibilità, l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova», così sollecitando un approfondimento investigativo (sollecitazione che, nel caso di specie, vi è stata mediante la richiesta di escussione di una persona informata sui danni «moralì» asseritamente patiti dalla persona offesa dal reato). Ma è altresì vero che l'opponente si trova a coltivare le istanze difensive dinanzi ad un giudice che, in precedenza, come nel caso in oggetto, 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, intesa come parte del procedimento, a trovare «ascolto» in un giudice terzo e imparziale sembra essere menomato o non pienamente tutelato.

Sebbene, astrattamente, l'eventuale approfondimento investigativo potrebbe apportare elementi utili a rivedere la valutazione già svolta in ordine alla esistenza di una causa di non punibilità, tuttavia la nuova valutazione sarebbe pur sempre affidata allo stesso giudice che si è in precedenza espresso in merito, ravvisandosi una potenziale fonte di «prevenzione» tale da compromettere l'imparzialità del giudicante.

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio il giudice che abbia rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, ha affermato che nel procedimento per decreto, il controllo spettante al giudice per le indagini preliminari «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» (sentenza n. 502 del 1991) e che la pronuncia del giudice sulla richiesta di decreto penale «integra gli estremi di una valutazione di merito sulla sussistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato» (sentenza n. 346 del 1997).

Il tema è dunque se il giudice per le indagini preliminari che abbia «partecipato al giudizio», rigettando la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, possa partecipare al successivo giudizio di opposizione a richiesta di archiviazione ovvero se tale funzione sia «pregiudicata», con violazione dei principi del giusto processo e dell'imparzialità del giudice, dalla precedente decisione di rigetto del decreto penale.



La risposta, ad avviso dell'estensore, non può che essere positiva, per le argomentazioni sviluppate, ricorrendo alla diversità di «fasi» e dovendosi intendere il sub-procedimento di cui all'art. 410 codice di procedura penale alla stregua di un «giudizio» incidentale che addivene a decisione di merito, variamente declinata.

Sulla rilevanza della questione non vi sono dubbi atteso che, allo stato, si dovrebbe procedere alla trattazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, pur avendo l'estensore espresso una delibazione su un punto rilevante della *res iudicanda*.

Ciò giustifica, ad avviso di chi scrive, la rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché, non sussistendo margini interpretativi che permettano di offrire, dell'art. 34, comma 2 del codice di procedura penale, una lettura che ne salvaguardi la compatibilità costituzionale, voglia dichiarare la illegittimità costituzionale dell'indicata disposizione nella parte in cui non contempla, tra le cause di incompatibilità a giudicare, l'ipotesi del giudice per le indagini preliminari che, nel rigettare una richiesta di emissione di decreto penale di condanna, abbia espresso il proprio convincimento in merito alla sussistenza di una causa di non punibilità, e sia successivamente chiamato a decidere sull'opposizione a richiesta di archiviazione presentata dalla persona offesa del procedimento, per contrasto con gli articoli 3, 24, secondo comma, 111 secondo comma, 117 primo comma della Costituzione, in riferimento all'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il presente giudizio viene conseguentemente sospeso sino alla pronuncia della Corte costituzionale sulla questione così sollevata, disponendosi l'immediata trasmissione degli atti di causa alla Corte stessa.

P.Q.M.

Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli chiede che la Corte costituzionale, in accoglimento delle censure di cui alla presente ordinanza, voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, secondo comma del codice di procedura penale, 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 del codice di procedura penale 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 articoli 3, 24, secondo comma, 111 secondo comma, 117 primo comma della Costituzione, in riferimento all'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei deputati e all'esito sia trasmessa alla Corte costituzionale insieme al fascicolo processuale e con la prova delle avvenute regolari predette notificazioni e comunicazioni.

Riserva all'esito ogni statuizione in rito e nel merito.

Napoli, 3 luglio 2023

Il giudice per le indagini preliminari: SEPE

