

Il Gip può restituire gli atti al Pm perché valuti la possibilità di archiviare per particolare tenuità del fatto

Autore: Antonio Di Tullio D'Elisiis

In: Giurisprudenza commentata

Non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art.131-bis cod. pen..

(Ricorso dichiarato inammissibile)

(Arresto giurisprudenziale)

(Normativa di riferimento: C.p. art. 131 bis)

Il fatto

In data 15 febbraio 2017 il **Procuratore della Repubblica** presso il Tribunale di Bologna, **richiedeva decreto penale di condanna** nei confronti di M. K. in ordine al delitto di cui all'art. 624 cod. pen., contestatogli per avere compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco ad impossessarsi della somma di euro 4,60 e di due pacchetti di sigarette, introducendosi in un furgone

in sosta lasciato aperto dal suo proprietario, senza riuscire a portare a compimento l'azione perché fermato da una pattuglia delle forze dell'ordine (fatto commesso in Bologna, il 24 gennaio 2017).

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna, dal canto suo, senza respingere formalmente la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, **restituiva gli atti al pubblico ministero, invitandolo a valutare**, dopo avere acquisito il certificato penale dell'imputato, **se chiedere l'archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen..**

I motivi adottati nel ricorso per Cassazione

Avverso tale provvedimento proponeva ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna per denunciarne, con unico motivo, l'abnormità.

In particolare, richiamata la nozione di atto abnorme, come elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, il ricorrente censurava l'indebito superamento da parte del giudice delle indagini preliminari dei limiti che l'ordinamento processuale gli impone nell'esercizio della funzione di controllo sulle determinazioni del pubblico ministero in tema di esercizio dell'azione penale.

Si evidenziava a tal fine che: a) a norma dell'art. 459, comma 3, cod. proc. pen., il giudice delle indagini preliminari che sia investito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna, qualora non rinvenga i presupposti per pronunciare il proscioglimento dell'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., può respingere la richiesta, restituendo gli atti al pubblico ministero, soltanto per ragioni attinenti alla legittima introduzione del rito, alla qualificazione giuridica del fatto, oppure all'idoneità ed adeguatezza della pena in riferimento al caso concreto; b) nel procedimento per decreto non è consentito al giudice respingere la richiesta del pubblico ministero per mere ragioni di opportunità, per cui, l'unica alternativa possibile alla pronuncia della sentenza di proscioglimento dell'imputato, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., è costituita dall'emissione del decreto di condanna; c) il provvedimento di restituzione degli atti per valutare l'ipotetica applicabilità dell'art. 131-bis cod. pen. è abnorme, perché non consentito, tenuto conto, inoltre, che nel procedimento per decreto non potrebbe essere applicata la causa di non punibilità per particolare tenuità, che presuppone la previa instaurazione del contraddittorio con l'imputato e determina l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale, in quanto il procedimento monitorio è caratterizzato dall'assenza di contraddittorio, sicché non vi sarebbe spazio per una sentenza di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen..

Si chiedeva quindi l'annullamento del provvedimento impugnato con la conseguente restituzione degli atti al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna perché provvedesse sulla richiesta di emissione di decreto penale di condanna.

Le questioni prospettate nell'ordinanza di rimessione

La Quarta Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato, **rimetteva la decisione alle Sezioni Unite**, rilevando un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità.

Detta sezione segnalava un primo orientamento, al quale si è richiamato anche il Procuratore della Repubblica ricorrente, che assume l'abnormità dell'atto di restituzione al pubblico ministero quando non ricorrano questioni sui presupposti di ammissibilità del rito, di qualificazione giuridica del fatto o di

idoneità ed adeguatezza della pena rispetto al caso concreto, poiché, una volta esercitata l'azione penale con la richiesta di decreto penale di condanna, al giudice non sarebbe consentita nessuna discrezionalità (Sez. 1, n. 15272 del 21/12/2016, Allocco, Rv. 269464).

Sempre questa sezione, però, manifestava adesione ad un diverso indirizzo interpretativo, secondo il quale non è abnorme il provvedimento di restituzione degli atti del giudice per le indagini preliminari, con il quale si rigetta la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, quando non sia motivato esclusivamente su ragioni di opportunità (Sez. 4, n. 48888 del 25/10/2016, Bouraya; Sez. 4, n. 48886 del 25/10/2016, Gagliardi; Sez. 4, n. 10209 del 04/02/2016, Parola, Rv. 271362; Sez. 6, n. 36216 del 27/06/2013, Galati, Rv. 256331; Sez. 4, n. 40513 del 06/10/2010, Sabatino, Rv. 248857; Sez. 6, n. 45290 del 11/11/2008, Esposito, Rv. 242377).

Le argomentazioni sostenute dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione

Con memoria depositata in data 3 gennaio 2018 **il Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione illustrava le proprie conclusioni**, chiedendo l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato con restituzione degli atti al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna.

Il requirente, infatti, condivideva la linea interpretativa secondo la quale il provvedimento di rigetto della richiesta di emissione del decreto penale di condanna e restituzione degli atti al pubblico ministero, con invito a prendere in considerazione la possibilità di chiedere l'archiviazione per speciale tenuità del fatto, costituisce sviamento dell'esercizio di un potere dallo scopo per il quale l'ordinamento lo attribuisce, perché incide sulle scelte già operate dal pubblico ministero all'atto di esercitare l'azione penale, con la implicita esclusione anche della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen..

Le valutazioni giuridiche formulate dalle Sezioni unite

Le Sezioni unite, nella decisione in commento, erano state chiamate a rispondere al seguente quesito giuridico: "se sia qualificabile come abnorme e, pertanto, ricorribile per cassazione, il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, non accogliendo la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero, affinché questi valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art. 131-bis cod. pen."

A questo riguardo queste sezioni, come fatto anche dai colleghi della sezione remittente, prendevano atto dell'esistenza di due diversi orientamenti nomofilattici elaborati in relazione a tale tematica giuridica.

Un primo orientamento maggioritario, al quale si richiama, come appena visto poco prima, anche

l'ordinanza di rimessione, esclude l'abnormità del provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero, con riferimento però, come rilevato dalle medesime Sezioni unite, a fattispecie concrete talvolta del tutto corrispondenti al caso in esame (Sez. 4, n. 10209 del 04/02/2016, Parola, Rv. 271362), talaltra in fattispecie diverse, in cui il giudice si è espresso, in difformità dalla richiesta, sulla congruità della pena o sulla sostituzione di quella detentiva con la corrispondente sanzione pecuniaria (Sez. 4, n. 48886 del 25/10/2016, Gagliardi; Sez. 4, n. 48888 del 25/10/2016, Bouraya; Sez. 6, n. 6663 del 01/12/2015, dep. 2016, R., Rv. 266111), ma accomunate dal rilievo assegnato alla funzione di controllo demandata al giudice delle indagini preliminari rispetto alle determinazioni assunte dal pubblico ministero all'atto dell'esercizio dell'azione penale.

Posto ciò, sempre alla luce di questo orientamento nomofilattico, premesso che, per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen., il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero va considerato inoppugnabile, si è ritenuto che la sua contestazione mediante ricorso per cassazione non sia consentita nemmeno mediante il richiamo alla nozione di abnormità dell'atto giudiziario, ravvisabile soltanto quando siano riscontrabili anomalie genetiche o funzionali così radicali da porre il provvedimento al di fuori dello schema legale delineato dall'ordinamento e da rivelare l'assenza del potere decisorio.

Si è altresì osservato che la restituzione degli atti al pubblico ministero rientra nei poteri conferiti al giudice dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen.; essa, invero, non impone adempimento dal quale discenda la pronuncia di un atto nullo, apprezzabile come tale nel corso del futuro svolgimento del rapporto processuale, e non comporta lo sviamento, rispetto allo scopo stabilito, della funzione di controllo assegnata al giudice per le indagini preliminari quando sia richiesto dell'emissione del decreto penale di condanna.

Nella restituzione degli atti, conseguente all'esercizio dei poteri di verifica spettanti al giudice per le indagini preliminari, in coerenza col dettato normativo, è stato pertanto ravvisato un mero invito ad assumere una diversa determinazione, non un'indebita interferenza con le prerogative del pubblico ministero, rimaste impregiudicate anche nelle valutazioni da esprimere nel prosieguo, e nemmeno un differente apprezzamento circa l'opportunità di introdurre il rito speciale.

Una volta richiamato questo approdo ermeneutico, le Sezioni unite osservavano come la soluzione così riassunta si avvallesse dell'apparato argomentativo di precedenti pronunce che, seppur riguardanti situazioni di mancata emissione del decreto penale di condanna con restituzione degli atti al pubblico ministero, giustificata dal dissenso del giudice sulla possibilità di definire il procedimento in assenza di ulteriori accertamenti istruttori, nell'escludere l'abnormità della determinazione assunta dal giudice, ne hanno innanzitutto segnalato la natura interlocutoria e non definitiva, valorizzando l'estensione dell'attività di controllo giudiziale, non soltanto ai presupposti di ammissibilità ed alla congruità sanzionatoria della richiesta, ma anche ad ogni risultanza utile fermo restando che, oltre a ciò, tali pronunce avevano poi escluso che il provvedimento in questione determinasse una condizione di stallo processuale attesa la perdurante possibilità del pubblico ministero di reiterare la propria richiesta, oppure

di promuovere l'azione penale nelle forme ordinarie.

Si evidenziava altresì come su posizioni analoghe si fossero attestate altre recenti pronunce (Sez. 6, n. 23829 del 12/05/2016, C., Rv. 267272; Sez. 6, n. 6663 del 01/12/2015, R., Rv. 266111; Sez. 4, n. 45683 del 18/09/2014, Mirra, Rv. 261063), che avevano negato l'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di emissione di decreto penale di condanna e di restituzione degli atti al pubblico ministero, giustificata da una difforme valutazione sull'adeguatezza del trattamento punitivo e sulla specie della pena da irrogare quando la richiesta implichi la sostituzione della detenzione con pena pecuniaria a fronte della prevedibile inadempienza dell'imputato, già sottrattosi ad obblighi di contenuto patrimoniale.

La Corte precisava peraltro come in quest'ottica interpretativa fosse stato ravvisato legittimo l'esercizio del potere di controllo del giudice e di apprezzamento della fattispecie nei suoi aspetti fattuali escludendosi un'indebita invasione di prerogative spettanti alla sola parte pubblica del processo e, nell'ambito di questo contesto interpretativo andava ascritta anche Sez. 6, n. 36216 del 27/06/2013, Galati, Rv. 256331, che aveva negato qualsiasi profilo di abnormità nel provvedimento di diniego del decreto penale con restituzione degli atti al pubblico ministero, ravvisando la necessità di approfondimenti istruttori, siccome estrinsecazione del potere di verifica giudiziale, non circoscritto alle condizioni di ammissibilità del rito ed alla congruità della pena, ma esteso alla valutazione di merito sulla consistenza degli elementi di prova adottati a sostegno della richiesta, da enunciare in ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 460, comma 1, lett. c), cod. proc. pen..

Posto ciò, a fronte di tale indirizzo interpretativo, si evidenziava la sussistenza di **un secondo orientamento minoritario** che, invece, sostiene come il provvedimento del giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, col quale si disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero per verificare l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen, sia affetto da abnormità strutturale per carenza di potere giurisdizionale, tenuto conto che la restituzione prevista dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen. si inserisce in una situazione diversa e quindi non risponde al modello legale (Sez. 1, n. 15272 del 21/12/2016, Allocco, Rv. 269464).

A sostegno di tale soluzione si evidenziava come:

- il rifiuto di emettere il decreto penale di condanna fosse consentito dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen. soltanto per ragioni attinenti alla legittimità del rito, alla definizione giuridica del fatto ed all'adeguatezza della pena, non per altri profili oggetto di apprezzamento discrezionale, quali l'indicazione della possibile archiviazione del procedimento;

- la decisione intervenisse dopo il già avvenuto esercizio dell'azione penale nelle forme previste dall'art. 459, comma 1, cod. proc. pen., a fronte del quale al giudice è consentito pronunciare il decreto di condanna, o, in alternativa, emettere sentenza di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen.;

- il rito monitorio, caratterizzato da finalità premiali e dall'assenza di contraddittorio, fosse inconciliabile con la previsione dell'art. 131-bis cod. pen., disciplinante una causa di non punibilità del fatto di reato accertato come sussistente e riferibile alla persona dell'imputato e non introduttiva di un ostacolo alla procedibilità dell'azione penale;

- la mancanza del contraddittorio nel rito monitorio precludesse la possibilità del passaggio, grazie alla sollecitazione del giudice per le indagini preliminari, ad un diverso tipo di giudizio che pretende la partecipazione effettiva delle parti, sicché l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. nell'ambito del procedimento per decreto di condanna è ammissibile soltanto nella fase giudiziale a contraddittorio pieno, introdotta dalla proposizione dell'opposizione al decreto già emesso.

Orbene, una volta illustrati questi due diversi orientamenti nomofilattici, **le Sezioni unite aderivano a quello maggioritario** (ossia il primo illustrato) per le seguenti ragioni.

Prima di tutto gli ermellini osservavano che la soluzione del quesito giuridico prospettato dal ricorrente imponesse il richiamo e l'individuazione della nozione di abnormità posto che soltanto a condizione del riconoscimento come abnorme del provvedimento oggetto del presente ricorso (in sé non contestabile con nessuno dei mezzi di gravame consentiti dalla disciplina processuale) la sua impugnazione può dirsi ammissibile e valutabile nel merito.

Si osservava in particolare per un verso che l'abnormità costituisce, come è noto, una forma di patologia dell'atto giudiziario priva di riconoscimento testuale in un'esplicita disposizione normativa, ma frutto di elaborazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, tramite cui si è inteso porre rimedio, attraverso l'intervento del giudice di legittimità, agli effetti pregiudizievoli derivanti da provvedimenti non previsti nominatim come impugnabili, ma affetti da tali anomalie genetiche o funzionali, che li rendono difformi ed eccentrici rispetto al sistema processuale e con esso radicalmente incompatibili, per altro verso che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590, avessero offerto una rigorosa e puntuale delimitazione dell'area dell'abnormità, ricorribile per cassazione, la cui duplice accezione, strutturale e funzionale, ha ricondotto ad un fenomeno unitario, caratterizzato dallo sviamento della funzione giurisdizionale, inteso non tanto quale vizio dell'atto, che si aggiunge a quelli tassativamente stabiliti dall'art. 606, comma 1, cod. proc. pen., quanto come esercizio di un potere in difformità dal modello descritto dalla legge evidenziando in particolar modo che nello specifico settore dei rapporti tra giudice e pubblico ministero, l'abnormità strutturale è riconoscibile soltanto nel «caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto), ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto).

Tal che se ne deduceva che l'abnormità funzionale, riscontrabile nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, andasse limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al

pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo».

I giudici di Piazza Cavour, di conseguenza, proprio alla luce di questa linea interpretativa, evidenziavano come la categoria dell'abnormità così elaborata presentasse carattere eccezionale e derogatorio al principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione, sancito dall'art. 568 cod. proc. pen., mantenuto inalterato nel suo testo anche dopo la riforma introdotta con la legge 23 giugno 2017, n. 103, ed al numero chiuso delle nullità deducibili secondo la previsione dell'art. 177 cod. proc. pen. ed era dunque riferibile alle sole situazioni in cui l'ordinamento non appresti altri rimedi idonei per rimuovere il provvedimento giudiziale, che sia frutto di sviamento di potere e fonte di un pregiudizio altrimenti insanabile per le situazioni soggettive delle parti.

La sua eccezionalità e residualità nel panorama delle forme di tutela accessibili, pertanto, prosegue la Corte nel suo ragionamento decisorio, impone di distinguere l'ambito concettuale, da un lato, dalle anomalie dell'atto irrilevanti perché innocue, dall'altro, dalle situazioni di contrasto del pronunciamento giudiziale con singole norme processuali, la cui violazione sia rinforzata dalla previsione della nullità e se sotto il primo profilo è influente e non riconducibile all'abnormità quell'atto, pur compiuto al di fuori degli schemi legali o per finalità diverse da quelle che legittimano l'esercizio della funzione, che sia superabile da una successiva corretta determinazione giudiziale che dia corretto impulso al processo o dalla sopravvenienza di una situazione tale da averne annullato gli effetti, averlo privato di rilevanza ed avere eliminato l'interesse alla sua rimozione, quanto al secondo aspetto, invece, l'incompatibilità della decisione con una o più disposizioni di legge processuale vizia l'atto per mancata applicazione o errata interpretazione del referente normativo e ne determina l'illegittimità, che, se ciò sia prescritto, viene sanzionata in termini di nullità. In questa situazione la violazione sussistente non travalica nell'abnormità se l'atto

non sia totalmente avulso dal sistema processuale e non determini una stasi irrimediabile del procedimento.

Di talché ne deriva come resti escluso che possa invocarsi la categoria dell'abnormità per giustificare la ricorribilità immediata per cassazione di atti illegittimi, affetti soltanto da nullità o comunque sgraditi e non condivisi (Sez. U, n. 33 del 22/11/2000, Boniotti), perché tanto si tradurrebbe nella non consentita elusione del regime di tassatività dei casi di impugnazione e dei mezzi esperibili, stabilito dall'art. 568, comma 1, cod. proc. pen..

La ricostruzione dogmatica dell'istituto dell'abnormità in questi termini, pertanto, parametrata alla specifica tipologia di provvedimento giudiziale adottato dal giudice per le indagini preliminari che, senza denegare esplicitamente l'emissione del decreto penale di condanna, rimandi gli atti del procedimento al pubblico ministero istante per una valutazione sulla possibile archiviazione del procedimento per essere l'imputato non punibile ai sensi dell'art. 131-bis cod. proc. pen., induceva i giudici di legittimità ordinaria a ritenere detto provvedimento non annoverabile tra quelli abnormi. Del resto la circostanza che tale

tipologia di ordinanza sia un provvedimento collocabile tra quelli consentiti dal codice di rito viene fatta risalire anche alla luce del fatto che la possibilità di adottare un provvedimento di questo tipo costituisce espressione del legittimo esercizio del potere cognitivo conferito al giudice per le indagini preliminari dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen., che, al di fuori di qualsiasi automatismo decisorio ed in coerenza col ruolo funzionale di quel giudice, gli riconosce la possibilità di un ampio sindacato sul merito dell'istanza posto che questa disposizione stabilisce che il pubblico ministero procedente in ordine a specifiche tipologie di reati, quando ritiene sia applicabile soltanto una pena pecuniaria, anche se in sostituzione di pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro il termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro degli indagati del nominativo del soggetto cui il reato è ascritto e previa trasmissione del fascicolo processuale, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna con indicazione della misura della pena, eventualmente diminuita sino alla soglia limite della metà rispetto al minimo stabilito dal legislatore.

Da ciò discende, sempre secondo la Corte, come la previsione testuale del comma 3 dell'art. 459 cod. proc. pen. consenta di escludere che la presentazione della richiesta operi con effetti vincolanti per il giudice cui sia rivolta, perché ammette espressamente plurimi esiti decisorii alternativi, rimessi alla sua valutazione discrezionale, in termini di accoglimento dell'istanza con emissione del decreto, di rigetto per la contestuale pronuncia di sentenza di proscioglimento dell'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. e, al di fuori di quest'ultima ipotesi, di sostanziale rigetto tramite restituzione degli atti al pubblico ministero e, con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi, non è dato rinvenire nella formulazione testuale della disposizione nessuna indicazione sull'ambito in cui deve svolgersi il sindacato del giudice; soccorre al riguardo l'interpretazione offertane dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina anche poiché, da un lato, è concorde negli interpreti l'opinione favorevole a non circoscrivere l'area delle verifiche giudiziali sulla domanda di emissione del decreto penale al solo profilo della applicabilità al caso specifico della pena pecuniaria e della sua misura, quindi ai soli aspetti attinenti alla legalità della sanzione in concreto irrogabile rispetto agli estremi edittali ed alla diminuzione prevista in relazione alla natura speciale del rito e ad estenderla anche agli altri presupposti condizionanti l'ammissibilità dell'introduzione del rito stesso, quali la tipologia di reato ed il momento di formulazione della richiesta nonché alla qualificazione giuridica del fatto di reato ed alla congruità della pena (Sez. 1, n. 1426 del 24/03/1994, Nastri, Rv. 198289), dall'altro, la giurisprudenza di legittimità ha qualificato come abnorme il provvedimento di restituzione degli atti, motivato da ragioni di mera opportunità, che si traduca in una manifestazione di dissenso rispetto alla scelta, di esclusiva pertinenza dell'organo dell'accusa, di introdurre il procedimento monitorio ed in un'arbitraria usurpazione da parte del giudice di facoltà, riservate dall'ordinamento alla parte pubblica, in conseguenza della difforme considerazione sull'utilità del rito e sui suoi futuri sviluppi.

Si evidenziava al contempo come l'ambito dell'affermata abnormità in tali situazioni fosse stato limitato dalla stessa Cassazione ai casi di diniego di emissione del decreto per le seguenti ragioni: ritenuta immotivata inopportunità del diniego (Sez. 1, n. 1426 del 24/03/1994, Nastri, Rv. 198289); prevedibile opposizione da parte dell'imputato con conseguente verifica dibattimentale per la gravità dell'addebito (Sez. 6, n. 38370 del 12/06/2014, Mancrasso, Rv. 260177); mancato accesso da parte dell'imputato alla

possibilità di definire in via amministrativa l'illecito contestato, quale manifestazione della volontà di accedere al rito dibattimentale con conseguente inutilità del decreto di condanna, fonte di inutile dispendio di attività giurisdizionale (Sez. 3, n. 8288 del 25/11/2009, dep. 2010, Russo, Rv. 246333); applicabilità della continuazione con altri reati, contestati allo stesso imputato in separato procedimento, per il quale era stata formulata richiesta di emissione di altro decreto penale di condanna a carico dello stesso imputato (Sez. 3, n. 44296 del 03/10/2013, Giovannini, Rv. 257373); proposizione della richiesta nei confronti di un solo imputato previa separazione della sua posizione personale da quella degli altri indagati (Sez. 3, n. 16826 del 20/03/2007, Alicata, Rv. 236810); formulata prognosi negativa circa l'adempimento da parte dell'imputato dell'obbligo di pagamento della pena pecuniaria (Sez. 6, n. 17702 del 01/04/2016, C.M., Rv. 266741).

Le Sezioni unite, inoltre, rilevavano che in tutte queste pronunce fosse ravvisabile un comune denominatore consistente nel fatto che in tutti questi casi fosse costante l'affermazione per cui l'apprezzamento discrezionale del giudice sulla richiesta di introduzione del rito monitorio, pur riconosciutogli dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen., non può estendersi sino ad interferire con le attribuzioni istituzionali della pubblica accusa circa le modalità di esercizio dell'azione penale e di strutturazione dell'imputazione ed a negare il provvedimento richiesto in forza di un personale criterio di opportunità, stimato preferibile rispetto alle valutazioni del pubblico ministero posto che una decisione che comportasse tali effetti stravolgerebbe la ripartizione delle funzioni nel sistema processuale e, pur rientrando nell'esercizio di un potere astrattamente attribuito al giudice dall'ordinamento, sarebbe affetta da abnormità perché al di fuori della previsione normativa per il suo contenuto eccentrico e singolare e per gli effetti prodotti di indebita regressione del procedimento.

Detto assunto, a sua volta, era stato sostanzialmente confermato anche da parte del giudice delle leggi nella decisione n. 447 del 1990 atteso che in questa occasione la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la conformità alla Costituzione dell'art. 460, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui preclude al giudice l'applicazione della pena in una misura diversa da quella richiesta dal pubblico ministero - limitazione ritenuta dal giudice rimettente non ovviabile mediante il rigetto della richiesta e la restituzione degli atti al pubblico ministero per essere consentita tale possibilità dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen. per motivi attinenti unicamente al rito - disattendeva tale lettura limitativa della norma in quanto erronea e non autorizzata dal suo testo e dalla considerazione sistematica della disciplina del procedimento per decreto.

In particolare, la Consulta, in questa decisione, affermava che l'art. 459, comma 3, c.p.p. attribuisce al giudice un potere di controllo completo, nel rito e nel merito, sulla richiesta del pubblico ministero, che può respingere anche nel caso non ritenga adeguata la misura della pena in essa indicata, senza che la restituzione degli atti comporti effetti vincolanti e limitativi dei poteri spettanti al pubblico ministero, cui resta consentito reiterare una richiesta di contenuto adeguato ai rilievi critici del giudice, instaurare altri riti semplificati o procedere nelle forme ordinarie.

Oltre a ciò, la Cassazione, nella decisione qui in esame, evidenziava anche i casi in cui non fosse stata

ravvisata l'insussistenza di tale indebita usurpazione di competenze, e segnatamente nelle ipotesi in cui il disaccordo tra istante e decidente vertesse: a) sulla qualificazione giuridica da assegnare al reato, perché, pur accertato nella sua materialità, è ritenuto rientrare in una diversa fattispecie astratta (Sez. 5, n. 2982 del 15/12/2011, dep. 2012, Jiansheng, Rv. 251940; Sez. 1, n. 47515 del 29/10/2003, Cerasa, Rv. 226468; Sez. 2, n. 4339 del 06/11/1996, Arcidiacono, Rv. 206287; Sez. 3, n. 13998 del 28/02/2002, Faini, Rv. 221783); b) sull'insufficienza delle acquisizioni probatorie, da approfondire ulteriormente anche per l'eventuale riscontro dell'estinzione del reato per prescrizione (Sez. 6, n. 36216 del 27/06/2013, Galati, Rv. 256331); c) sulla necessità di imporre la confisca di beni, non adottabile col decreto penale di condanna, specie se il pubblico ministero ne chieda il dissequestro (Sez. 3, n. 4545 del 04/12/2007, dep. 2008, Pennino, Rv. 238853); d) sull'insussistenza dei presupposti per la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria (Sez. 6, n. 6663 del 01/12/2015, dep. 2016, R., Rv. 266111), o sul giudizio di incongruità della pena da irrogare rispetto alla gravità della violazione accertata (Sez. 4, n. 45683 del 18/09/2014, Mirra, Rv. 261063); e) sull'inidoneità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio da parte di cittadino extracomunitario privo di fissa dimora (Sez. 1, n. 13592 del 26/02/2009, Batista Mariano Da Silva, Rv. 243557; Sez. 1, n. 6614 del 17/01/2008, Bondari, Rv. 239360; Sez. 5, n. 8463 del 24/01/2005, Singh, Rv. 230884).

Una volta esaurita questa articolata disamina sulla delimitazione della portata applicativa del comma 3 dell'art. 459 cod. proc. pen., i giudici di legittimità ordinaria metteva in risalto che le conclusioni appena esposte (ed illustrate) non mutano quando il provvedimento sia motivato dalla necessità di verificare se sussista o meno la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto che, in aderenza ai principi sopra esposti, non si esaurisce in una valutazione di inopportunità dell'introduzione del procedimento monitorio ed esula quindi dalla nozione di abnormità come elaborata dalle Sezioni Unite e qui ribadita dato che il riscontro sulla lesività dell'illecito contestato nell'imputazione, al fine di un'eventuale archiviazione del procedimento, non già individuata in termini conclusivi e certi come di minima entità, ma rimessa ad un'ulteriore successiva delibazione, non implica alcuna invasione delle attribuzioni dell'organo requirente, ma appartiene all'attività di qualificazione giuridica del fatto di reato, nel senso che, una volta condotta la ricognizione degli elementi costitutivi della fattispecie tipica, nel caso concreto perfettamente integrata e riferibile al comportamento dell'imputato, il giudice procede alla considerazione dell'effettivo disvalore del comportamento antiggiuridico, presupposto di applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen..

In altri termini, osservava sempre la Corte, il giudizio sulla tenuità offensiva della condotta antiggiuridica non riguarda la ricostruzione della dimensione storico-naturalistica e l'identificazione della sua componente materiale, ma la valutazione del grado maggiore o minore di aggressione del bene giuridico protetto e della complessiva manifestazione dell'attività criminosa al fine di riscontrare se, attraverso una «ponderazione quantitativa rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado di colpevolezza», l'incidenza lesiva, insita nel fatto rientrante nel tipo legale di illecito, sia talmente esigua da non meritare punizione (cfr., Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266590).

Pertanto, per tali ragioni si stimava non condivisibile l'obiezione critica mossa dalla sentenza Sez. 1, n.

15272 del 21/12/2016, Allocco, Rv. 269464, che, in dissonanza rispetto all'indirizzo maggioritario di questa Corte, colloca nell'ambito del giudizio di mera inopportunità dell'emissione del decreto di condanna la sollecitazione rivolta al pubblico ministero a considerare l'ipotesi di archiviazione ai sensi dell'art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen. del fatto di speciale tenuità e vi individua un caso di «carenza di potere in concreto» per la diversità delle situazioni che consentirebbero l'esercizio del potere di restituzione degli atti atteso che se, per la disciplina processuale, la proposizione dell'istanza devolve al giudice uno spazio di discrezionalità valutativa, non confinato alla verifica della legittimità del rito ed alla legalità e congruità della pena da applicare nel caso specifico, oltre che alla sussistenza di eventuali cause di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., non sussistono ostacoli, testuali e di sistema, a ricomprendere nella definizione giuridica anche l'apprezzamento dell'effettivo e reale disvalore del fatto, per il quale si chiede la condanna dell'imputato nella forma del decreto, questo intervento, non dissimile da quello richiesto per riscontrare la sussistenza di una circostanza aggravante ragguagliata all'entità della lesione, rientra nel modello legale di attività del giudice per le indagini preliminari, come delineato dall'art. 459, comma 3, cod. proc. pen., giudice che è chiamato a deliberare discrezionalmente l'istanza di emissione del provvedimento monitorio mediante un'indagine ad ampio spettro su tutti gli elementi integrativi della fattispecie e sull'entità dell'offesa arrecata nei limiti dettati dal legislatore all'art. 131-bis cod. pen. e ciò anche perchè il potere di qualificazione giuridica del fatto, "connaturale all'esercizio della giurisdizione", è prerogativa che compete al giudice in tutte le fasi ed in tutti i gradi del processo, e, quale controllo di legalità sui risultati delle indagini nella loro totalità, non può intendersi in senso restrittivo come individuazione del solo corretto nomen iuris da attribuire al fatto, ma investe anche gli elementi accidentali e la concreta punibilità del soggetto imputato.

Gli ermellini, inoltre, ritenevano come restasse altresì escluso che potesse ravvisarsi l'abnormità del provvedimento per il fatto che la restituzione degli atti intervenga ad esercizio dell'azione penale già avvenuto mediante la formulazione della richiesta di emissione del decreto di condanna, caratterizzato dall'assenza di qualsiasi interlocuzione preliminare con la difesa posto che - stante il fatto che l'art. 131-bis cod. pen. ha effettivamente configurato l'istituto quale causa speciale di non punibilità dell'autore del reato e quindi rientrante nell'ambito del diritto sostanziale, e non come condizione di procedibilità dell'azione penale (Sez. U., Tushaj) e dunque esso pretende per la sua applicazione la previa instaurazione del contraddittorio tra l'accusa, la difesa e persino la persona offesa, se esistente, perché implica l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità e della riferibilità all'imputato; esso comporta peraltro effetti non integralmente liberatori per l'imputato e la necessità di assicurare tale garanzia viene riconosciuta anche nella fase dell'archiviazione del procedimento dall'art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen. - si reputava corretto precludere al giudice, richiesto di emettere decreto penale di condanna, la possibilità di prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. a ragione della minima offensività del comportamento illecito per l'ostacolo procedurale rappresentato dalla connotazione del rito monitorio, che, per perseguire finalità deflattive e di accelerazione nella trattazione del processo, viene attivato dall'accusa in assenza di qualunque tipo di confronto preventivo con l'imputato e la sua difesa.

Dunque, ad avviso delle Sezioni Unite, in adesione all'impostazione offerta dalla sezione rimettente, la segnalata problematica trova soluzione nella facoltà di restituzione degli atti al pubblico ministero,

espressamente contemplata dal sistema e niente affatto eccentrica alla sfera di controllo assegnata al giudice.

Chiarito ciò, appurato che il rigetto della richiesta del decreto penale di condanna, con restituzione degli atti, non giustificato da valutazioni opinabili sull'opportunità dell'introduzione del rito, costituisce determinazione assunta, non in carenza di potere, ma rientrante nella tipologia di decisione che il giudice può assumere secondo previsione normativa, ci si poneva **l'ulteriore verifica circa la eventuale configurabilità dell'anomalia funzionale, secondo le categorie definitorie dell'abnormità**, delineate dalle Sezioni Unite già in precedenti occasioni.

A questo riguardo si osservava che l'ordinanza di remissione ben evidenziasse come nessuna condizione di irrimediabile stallo processuale discenda da siffatto provvedimento fermo restando che detta tematica, seppure non trattata in tale ordinanza, fosse condizionata dal pregiudiziale riconoscimento del carattere di irretrattabilità o meno dell'azione penale e ha ricevuto opposte soluzioni, sia in giurisprudenza, che in dottrina.

Orbene, le Sezioni unite facevano presente a tal proposito che, per un verso, una pronuncia isolata nel panorama della giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 35185 del 23/06/2009, Gontar, Rv. 245373) sostiene che la restituzione degli atti al pubblico ministero, in seguito al rigetto della richiesta non accolta di decreto penale, non consente la proposizione della richiesta di archiviazione perché vi osta il già avvenuto esercizio della azione penale, che, in ossequio al principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost., è irretrattabile e non può essere posto nel nulla da opposta determinazione sicché, riottenuti gli atti, il pubblico ministero deve coltivare nelle forme del rito ordinario l'azione già esercitata, per altro verso, plurime decisioni di segno opposto (Sez. 2, n. 13680 del 20/03/2009, Siddi, Rv. 244052; Sez. 5, n. 5659 del 14/02/2005, Pellegrin, Rv. 231208; Sez. 5, n. 26480 del 25/03/2003, Taronna, Rv. 226119; Sez. 5, n. 4883 del 27/11/2002, D'Elia, Rv. 224700; Sez. 6, n. 19128 del 14/02/2001, Zekri, Rv. 219873), propugnano la piena riespansione dei poteri del pubblico ministero a seguito della restituzione degli atti da parte del giudice per le indagini preliminari e ne rinvergono il fondamento normativo nella previsione dell'art. 459, comma 3, cod. proc. pen., per la quale la regressione del procedimento è effetto legittimo delle determinazioni assunte dal giudice di non dare corso al rito monitorio dato che, una volta esclusa l'operatività della richiesta di emissione del decreto penale perché non accolta e venuta meno la sua funzione propulsiva dell'ulteriore corso del procedimento, il pubblico ministero viene reintegrato nella totalità dei poteri, conferitigli dagli artt. 405 e ss. cod. proc. pen., quanto all'esercizio dell'azione penale ed alle sue modalità mentre per contro sono affette da abnormità la declaratoria d'inammissibilità della richiesta di archiviazione o la pronuncia di proscioglimento dell'imputato, intervenute dopo la restituzione degli atti al pubblico ministero, motivate a ragione dell'irretrattabilità dell'azione penale, che è posta nel nulla dalla mancata emissione del decreto penale di condanna.

Tra questi due diversi orientamenti, la Cassazione ritiene di adire in questo arresto giurisprudenziale al secondo atteso che, sul piano strettamente testuale, l'art. 459, comma 3, cod. proc. pen. non contiene previsioni sulla conduzione del procedimento dal momento della restituzione degli atti al pubblico

ministero in poi, né pone limiti espressi alle iniziative che l'organo dell'accusa può assumere, con ciò lasciando praticabile ogni possibile soluzione consentita dal sistema processuale per la fase delle indagini preliminari e, come segnalato anche dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 447 del 1990, assume significato a conferma di tale assunto quanto esposto nella Relazione al progetto preliminare del codice, ossia che, diversamente da quanto stabilito nel Progetto preliminare del 1978, non è stato volutamente previsto che il giudice, nel rifiutare il decreto di condanna, possa contestualmente adottare il decreto di citazione per procedere al giudizio dibattimentale.

Da ciò la Corte discende alla conclusione secondo la quale, da un lato, operando in tal guisa, il legislatore ha inteso, anche in termini lessicali, favorire indirettamente l'instaurazione di altri riti differenziati da quello monitorio, dall'altro, dal punto di vista sistematico, deve osservarsi che la regressione dalla fase del processo a quella procedimentale costituisce situazione contemplata da altre norme che rimettono al vaglio giudiziale la scelta del rito speciale, operata dalla pubblica accusa. In tal senso va recepita la segnalazione operata da Sez. 6, n. 2389 del 12/05/2016, C., Rv. 267272, circa la similitudine con il giudizio immediato, accomunato al rito monitorio da analoghe esigenze di celerità ed economia processuale, che viene introdotto con apposita richiesta dall'organo dell'accusa sul presupposto dell'evidenza della prova ed entro termini precisi, la cui effettiva sussistenza quale condizione di ammissione del rito è oggetto di verifica giudiziale e che, se negata, comporta il rigetto della richiesta e la restituzione degli atti alla parte pubblica con regresso alle fase delle indagini preliminari e tanto non comporta, da un lato, che l'apprezzamento negativo sia contestabile mediante impugnazione, dall'altro, che nel prosieguo residuino vincoli alle modalità di esercizio dell'azione penale nelle forme ordinarie (Sez. 2, n. 33737 del 06/05/2014, F., Rv. 259818; Sez. 1, n. 42295 del 09/10/2007, Giorgini, Rv. 238119; Sez. 6, n. 10109 del 16/02/2005, Moccia, Rv. 231191; Sez. 2, n. 40093 del 02/10/2001, Kiciu, rv. 220322).

Alla stregua di tali considerazioni, gli ermellini giungevano alla conclusione secondo la quale, con la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 459 cod. proc. pen., non si realizza né un indebito ritorno ad una fase del procedimento già esaurita e conclusa, né una paralisi irrimediabile del suo corso e quindi il pubblico ministero è nuovamente titolare degli originari poteri di iniziativa e di impulso processuale che può esercitare, sia ripresentando la richiesta di emissione del decreto penale di condanna emendata dagli eventuali errori segnalati, sia procedendo con altro rito e, infine, mediante richiesta di archiviazione del procedimento mentre le determinazioni, che potranno essere successivamente assunte dalla parte pubblica, non contrastano con alcuna disposizione di legge e non sono affette da nullità per il solo fatto di essere adottate dopo la restituzione degli atti ex art. 459 cod. proc. pen..

In virtù di quanto appena affermato, pertanto, la Corte riteneva come fosse possibile disporre l'archiviazione della notizia criminis per particolare tenuità del fatto è disciplinata dall'art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen. e questo modus operandi fosse dunque coerente col modello procedimentale che la ammette quale conclusione alternativa delle indagini rispetto all'esercizio dell'azione penale.

Tal che le Sezioni unite giungevano a formulare il seguente principio di diritto: "non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito

della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art.131-bis cod. pen."

Conclusioni

La sentenza in questione è sicuramente condivisibile.

La formulazione dell'arresto giurisprudenziale in base al quale si afferma che non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art. 131-bis cod. pen., è infatti il frutto di un articolato e ben ponderato ragionamento giuridico.

In particolare, si è proceduto nella decisione in questione, prima di addivenire a formulare questo principio di diritto, a comprendere prima i limiti e le caratteristiche dell'istituto dell'abnormità, per poi analizzare tale istituto in relazione a quanto statuito dall'art. 459, c. 3, c.p.p. e, in particolar modo, in riferimento alla causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. e alla necessità che, per decidere se detta causa sussista o meno, vi sia un contraddittorio tra le parti.

Il giudizio, in ordine a quanto statuito in questa pronuncia, come appena esposto prima, non può dunque che essere positivo.

Va da sé che, ove si dovesse verificare una evenienza processuale di questo genere, ovvero una delle parti (plausibilmente la Pubblica accusa) ricorra per Cassazione lamentando l'abnormità dell'ordinanza emessa dal GIP che, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art. 131-bis cod. pen., non potrà che chiedersi la reiezione del ricorso proposto alla luce di questo arresto giurisprudenziale.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/gip-puo-restituire-gli-atti-al-pm-perche-valuti-la-possibilita-chiedere-larchiviazione-particolare-tenuita-del/>