

Cass. Sez. Un. n. 20569, c.c. 18 gennaio 2018, (Dep. 9.5.2018) – Pres. Fumo – Rel. Boni

Abnormità – Tenuità del fatto – Archiviazione

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 c.p.

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Decreto penale di condanna: non è abnorme la restituzione degli atti al PM per valutare la particolare tenuità del fatto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le argomentazioni a sostegno dell'abnormità e profili problematici. – 3. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Introduzione.

Le Sezioni Unite, investite della questione, hanno affermato il principio di diritto per cui “*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 c.p.*”.

La decisione conferma l'orientamento maggioritario formatosi nelle singole Sezioni, ma gli argomenti dell'interpretazione minoritaria, trasfusi nel ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna e nella memoria del Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, hanno determinato la Quarta Sezione Penale a rimettere la questione alle Sezioni Unite¹.

La tematica è rilevante in quanto ha riproposto una riflessione approfondita su alcuni nodi problematici connessi all'applicazione dell'istituto della tenuità del fatto.

In particolare sono stati preliminarmente identificati mediante un necessario riferimento

¹ <http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2018/01/Cass.-pen.-Sez.-un.-18-gennaio-2018-informazione-provvisoria-1.pdf>.

alla casistica i presupposti per qualificare l'abnormità del provvedimento di restituzione degli atti al Pubblico Ministero, che abbia rivolto al GIP la richiesta di emissione del decreto penale di condanna.

La sentenza della Suprema Corte ha trattato altresì, incidentalmente, ulteriori aspetti, alcuni dei quali già immediatamente posti all'attenzione dei giuristi, all'alba della novella², dall'Ufficio del Massimario³ ed, in particolare, la sussistenza di una possibilità o meno, per il GIP, di emettere una pronuncia *ex art.* 129 c.p.p. nell'ipotesi in cui riconosca operante l'istituto della tenuità del fatto, l'ambito di operatività del potere di restituzione degli atti al PM e le problematiche connesse agli effetti delle pronunce emesse *ex art.* 131 *bis* c.p. al di fuori del dibattito.

2. Le argomentazioni a sostegno dell'abnormità e profili problematici.

Nel ricorso presentato, il Procuratore della Repubblica sostiene che:

–il GIP investito della richiesta di decreto penale di condanna può respingerla solamente per ragioni attinenti alla legittima introduzione del rito, alla qualificazione giuridica del fatto oppure all'inidoneità e inadeguatezza della pena in relazione al caso concreto, ma non per ragioni di mera opportunità, cosicché l'unica alternativa possibile alla pronuncia di proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p. è l'emissione del decreto penale.

Tale considerazione si fonda sull'orientamento giurisprudenziale (pronuncia "Allocco") per cui *"una volta esercitata l'azione penale con la richiesta di decreto penale di condanna, al giudice non sarebbe consentita nessuna discrezionalità"*⁴;

–nel rito speciale *de quo* non vi è spazio per una sentenza di proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p. per particolare tenuità del fatto, in quanto la causa di non punibilità in parola presuppone l'instaurazione del contraddittorio con l'imputato e determina l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale;

–non si può procedere neppure nelle forme dell'art. 411 co. 1 e *1bis* c.p.p., come ipotizzato dal GIP, poiché il provvedimento di restituzione sarebbe abnorme in quanto non rientrante nei *"profili di legittimità del rito – in quanto sottoposti al controllo del giudice –, di qualificazione giuridica del fatto (potere connaturale all'esercizio della giurisdizione) o di idoneità e adeguatezza della pena con riferimento al caso concreto, non sussistendo uno spazio di discrezionalità ulteriore"*.⁵

² D. Lgs. 16.3.2015 n. 28 (Cfr. Legge Delega 28 aprile 2014, n. 67).

³ Relaz. n. III/02/2015 Ufficio del Massimario, Consiglieri Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo.

⁴ Cassazione Penale Sezione I, n. 15272 del 21712/2016, Allocco.

⁵ Cit. Cassazione Penale Sezione I, n. 15272 del 21712/2016, Allocco *"È pertanto da escludersi l'esistenza di uno spazio di discrezionalità ulteriore, correlato a diverse ragioni di opportunità, posto che il Gip risulta investito da una azione penale già esercitata nella particolare forma di cui all'art. 459 c.p.p., comma 1 e pertanto, lì dove non ritenga di emettere sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p. è tenuto, al di là delle suddette ipotesi, ad emettere il decreto penale oggetto di richiesta (in tal senso si richiama quanto di recente*

Nella memoria presentata dal Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte, è stato inoltre specificato che il provvedimento impugnato 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. 131bis c.p.”.

Le considerazioni suesposte, pur non condivisibili nella sostanza per le ragioni specificate *infra*, lasciano trasparire alcune trasversali difficoltà di armonizzare con il sistema un istituto che, pur avendo natura sostanziale, spiega effetti diversi a seconda del momento processuale in cui interviene la declaratoria di non punibilità.

In relazione alla possibilità di emettere una sentenza per tenuità del fatto *ex art.* 129 c.p.p. al di fuori del dibattimento, già nella citata relazione dell’Ufficio del Massimario del 2015 si rilevava che la previsione dell’art. 129 c.p.p., pur rubricata “*Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*” in effetti nulla dice per l’ipotesi in cui ricorre una specifica causa di non punibilità.

Una parte rilevante della dottrina ritiene che il silenzio della legge “*non può essere evidentemente giustificato come un’innocua omissione cui porre rimedio attraverso interpretazioni estensive di altre formule tra quelle contenute nell’art. 129 comma 1, trovando al contrario radici profonde nei presupposti che giustificano il ricorso a tali pronunce*”, in particolare perché la causa di non punibilità può essere dichiarata “*esclusivamente dopo l’accertamento della sussistenza della penale rilevanza e dell’attribuibilità all’imputato del fatto per cui si procede*”⁶.

Effettivamente, nello schema di decreto predisposto dalla Commissione, la nuova causa di non punibilità rientrava nelle ipotesi contemplate dal comma 1 dell’art. 129 c.p.p., ma tale soluzione non è stata mantenuta in sede di redazione del testo definitivo.

Ciò nonostante, la Giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite si è limitata a registrare la divergenza di opinioni in dottrina circa la corretta formula da adottare per il proscioglimento dettato dalla presenza di cause di non punibilità, evitando espressamente di prendere posizione⁷, mentre le Sezioni semplici hanno più volte espressamente ammesso la rilevanza di queste ultime con sentenza pronunciata *ex art.* 129 cod. proc. pen.⁸

affermato da Sez. 6 n. 23829/2016, rv 267272, nonché – in precedenza – da Sez. 3 n. 8288/2009, rv 246333). Dunque la restituzione degli atti basata – come nel caso in esame – su una ipotetica valutazione di applicabilità della particolare causa di non punibilità di cui all’art. 131 bis c.p. non può ritenersi consentita dal sistema processuale e concretizza, effettivamente, una ipotesi di abnormità”.

⁶ Cfr. GAETA – MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. V, Impugnazioni, a cura di Spangher, Torino, 2009, 323 ss.

⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, Rv. 240814.

⁸ Da relaz. n. III/02/2015 Ufficio del Massimario, Consiglieri Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo: In particolare, Sez. VI, Fiori, cit., ha espressamente osservato che “*non sembra di ostacolo a questa soluzione il dettato dell’art. 129 c. 2 c.p.p., dal momento che la formula ‘perché il fatto non costituisce reato’ è stata sempre intesa come comprendente anche le cause di non punibilità; e, d’altronde, un’interpretazione diversa comporterebbe, così come sostiene il ricorrente, fondati dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale, traducendosi in disparità di trattamento difficilmente giustificabili sotto il profilo della logica e della razionalità*”. Sez. V, SANPAOLESI, cit., a sua volta, ha icasticamente affermato: “*La causa di non punibilità può essere riconosciuta anche in sede di legittimità ai sensi dell’art. 129 c.p.p.*”. Si può aggiungere, poi, che la Corte di cassazione ha espressamente proceduto più volte, anche recentemente,

Ciò che emerge dal quadro attuale, è che la questione sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 129 cod. proc. Pen. costituisce tuttora oggetto di discussione, approfondimento e applicazione giurisprudenziale, ma in tema di particolare tenuità del fatto permane il dato di fatto della necessità di contraddittorio e delle conseguenze pregiudizievoli consequenziali alla sentenza.

La lettura sistematica delle norme e le più recenti pronunce di legittimità paiono comunque aver risolto alcuni aspetti problematici.

Per ciò che concerne gli effetti che discendono dalla pronuncia per tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p. solamente la sentenza penale irrevocabile che segua il dibattimento (o *ex art.* 442 c.p.p. salvo opposizione della parte civile che non abbia accettato il rito) ha efficacia di giudicato – quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso – nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile citato o intervenuto nel processo penale.

Ai sensi del novellato art. 3 co. 1 let. f) DPR 313/2002, però, tutti i provvedimenti con i quali è dichiarata la non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. sono iscritti per estratto nel casellario giudiziale.

Il tenore letterale della norma ed i lavori preparatori avevano indotto a sostenere, come ha fatto il Procuratore della Repubblica nel ricorso che ha originato la pronuncia in commento, che l'ordinanza di archiviazione dovesse essere iscritta nel certificato penale.

La Suprema Corte ha però sul punto recentemente chiarito⁹ che in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 1, lett. f) d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, la condizione per l'iscrizione nel casellario giudiziale è la definitività del provvedimento, perché non impugnato o altrimenti definitivo e dunque *“Il decreto di archiviazione ... non risulta impugnabile, e quindi lo stesso per la sua natura di provvedimento sempre provvisorio, per la possibilità di riapertura delle indagini (art. 414 c.p.p.), non può ritenersi definitivo. Conseguentemente il provvedimento di archiviazione non deve essere iscritto nel casellario giudiziario perché provvedimento non definitivo”*.

alla *“applicazione analogica del principio fissato dall'art. 129 cod. proc. pen.”* nel giudizio di legittimità, sia pure allo specifico fine di ricondurre alla soglia di legge la pena *“illegale perché superiore al massimo editale”* [così, testualmente, in motivazione, Sez. V, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, Rv. 262108, ma, nello stesso senso, già in 4 Così SCOMPARI, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II-2, Milano, 2008, 225. Per questo rilievo, cfr. MARZADURI, sub *Art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 117. precedenza, tra le altre, Sez. III, 14 novembre 1995, n. 3877, Prati, Rv. 203205, nonché Sez. IV, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, Rv. 225693]. Non va trascurato, ancora, che in alcune decisioni si è ritenuto possibile rilevare di ufficio, nel giudizio di legittimità, l'esistenza di cause di non punibilità con la formula *“perché il fatto non costituisce reato”* e annullare senza rinvio la sentenza di condanna, così adottando un dispositivo espressamente previsto dall'art. 129 cod. proc. pen. In questo senso, è possibile citare: Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 11874, Cavaleri, Rv. 224259, la quale ha applicato di ufficio, sulla base dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., la causa di non punibilità di cui all'art. 384 cod. pen., in quanto immediatamente desumibile *“ex actis”*, in relazione al reato di false dichiarazioni al pubblico ministero; nonché, Sez. VI, 18 febbraio 2014, Grieco, Rv. 259110, la quale ha affermato l'applicabilità di ufficio della medesima causa di non punibilità con riferimento al reato di favoreggiamento.

⁹ Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 26-01-2017) 20-06-2017, n. 30685, e più recentemente Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 15-01-2018) 26-01-2018, n. 3817.

Appare risolta, dunque, la problematica connessa agli effetti pregiudizievoli del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto.

Preme sul punto segnalare che il principio su espresso è stato affermato in una pronuncia emessa antecedentemente alla riforma Orlando nell'ambito del più ampio quesito inerente l'ipotizzabile lesione degli interessi dell'indagato nella disposizione dell'art. 409 comma 6 c.p.p., e la non conformità di tale disposizione alla Costituzione (questione di costituzionalità non manifestamente infondata, relativamente all'art. 3 e 24 Cost. e all'art. 6 CEDU) e all'art. 2 del protocollo 7 CEDU.

Tale norma prevedeva la possibilità di ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza di archiviazione nei soli casi di nullità *ex art.* 127co. 5 c.p.p., escludendo dunque tale facoltà nel caso di archiviazione per tenuità del fatto, e da ciò sarebbe scaturito, secondo i ricorrenti, l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione del provvedimento nel certificato penale.

L'entrata in vigore della Legge 103/2017 – che ha abrogato il comma 6 dell'art. 409 c.p.p. introducendo l'art. 410 *bis* c.p.p. e la procedura di reclamo avverso l'ordinanza di archiviazione – non ha spostato i termini della questione, perché anche se i profili di nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione rimangono circoscritti a motivi procedurali e/o formali, il provvedimento non sarà comunque iscritto nel casellario giudiziale e ciò esclude l'interesse giuridico ad impugnare.

3. La decisione delle Sezioni Unite.

La Corte nella composizione più autorevole, ben consapevole delle problematiche collegate alla richiesta di declaratoria di abnormità dello specifico provvedimento, ha innanzitutto richiamato e individuato i presupposti per l'ammissibilità del ricorso¹⁰, per poi affrontare le problematiche suindicate.

È pacifica l'inoppugnabilità del provvedimento di restituzione degli atti al Pubblico Ministero per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 c.p.p. (rimasto inalterato anche dopo la riforma Orlando) così è stata analizzata la figura dell'abnormità, invocata dalla Pubblica Accusa con specifico riferimento ai rapporti tra Giudice e Pubblico Ministero.

La pronuncia contiene un preciso richiamo alla decisione a Sezioni Unite n. 25957 del 26.3.2009 che ha offerto la delimitazione dell'area dell'abnormità ricorribile, riconducendo la duplice accezione strutturale e funzionale ad un fenomeno unitario, caratterizzato dallo sviamento della funzione inteso non tanto come vizio dell'atto quanto come esercizio di

¹⁰ L'abnormità, come noto, è 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 la quale si è inteso porre rimedio con l'intervento del Giudice di legittimità agli effetti pregiudizievoli derivanti da provvedimento 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.

un potere in difformità dal modello descritto dalla legge.

La citata sentenza, nel settore dei rapporti tra Giudice e Pubblico Ministero, ha chiarito che l'abnormità strutturale è riconoscibile solamente *“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 del 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).”*

L'abnormità funzionale, riscontrabile nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al Pubblico Ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso del futuro procedimento o processo”.

Gli ermellini completano la riflessione ermeneutica aggiungendo che, l'eccezionalità e residualità dell'abnormità nel panorama delle forme di tutela impone di distinguere dalle anomalie irrilevanti perché innocue, oltre che dalle violazioni che comportano delle nullità.

Sotto il primo profilo non è abnorme quell'atto, pur compiuto fuori dagli schemi legali o per finalità diverse da quelle che legittimano la funzione, che sia comunque *“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”.*

D'altro canto la violazione non travalica nell'abnormità nel caso in cui l'atto sanzionato in termini di nullità non è totalmente avulso dal sistema processuale e non determina una stasi irrimediabile del processo. In tal senso è riconfermato il principio per cui non può invocarsi l'abnormità per giustificare la ricorribilità immediata per cassazione di atti illegittimi, affetti soltanto da nullità o comunque sgraditi e non condivisi¹¹.

Orbene nel caso di specie, il GIP non aveva negato esplicitamente l'emissione del decreto penale, ed aveva restituito gli atti affinché fosse valutata una possibile archiviazione.

In tal senso la Suprema Corte a Sezioni unite afferma un principio molto importante ed opposto rispetto alle considerazioni espresse nella pronuncia Allocco citata e negli atti dell'Ufficio di Procura, ovvero che l'ordinanza in questione costituisce espressione del legittimo potere cognitivo del Giudice per le indagini preliminari dall'art. 459 comma 3 c.p.p. la cui previsione testuale consente di *“escludere che la presentazione della richiesta operi con effetti vincolanti”*, perché tra i plurimi esiti decisorii alternativi rimessi alla valutazione discrezionale, oltre all'accoglimento della richiesta ed al rigetto per contestuale emissione di sentenza di proscioglimento, sussiste l'ipotesi di sostanziale rigetto tramite

¹¹ Cfr., Cassazione Sezioni Unite Penali n. 33 del 22.11.2000, Boniotti.

restituzione degli atti al Pubblico Ministero, e con riferimento a tale ipotesi, “*non è dato rinvenire nella formulazione testuale della disposizione, nessuna indicazione sull’ambito in cui deve svolgersi il sindacato del Giudice*”.

Le Sezioni Unite utilizzano, al riguardo, l’interpretazione richiamata dalla stessa Procura della Repubblica che estende l’area delle verifiche giudiziali sulla domanda di emissione del decreto penale ai presupposti condizionanti l’ammissibilità dell’introduzione del rito, quali la tipologia di reato ed il momento di formulazione della richiesta, nonché alla qualificazione giuridica del fatto ed alla congruità della pena.

Risulta sostanzialmente analogo altresì l’ambito di operatività dell’abnormità della restituzione quale interferenza con le attribuzioni della pubblica accusa circa la modalità di esercizio dell’azione penale e di strutturazione dell’imputazione che conduca a “*negare il provvedimento richiesto in forza di un personale criterio di opportunità, stimato preferibile rispetto alle valutazioni del Pubblico Ministero*”.

Ciò che distingue profondamente l’orientamento della Sezione rimettente e delle Sezioni Unite dall’interpretazione della giurisprudenza minoritaria è però la conclusione raggiunta mediante una certosa analisi della casistica¹² trattata dai Giudici di legittimità: la restituzione degli atti al Pubblico Ministero affinché valuti la sussistenza di una causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto non può ricondursi ad una valutazione di mera opportunità del procedimento monitorio da parte dell’organo giudicante.

Ad avviso delle Sezioni Unite soccorre in ausilio di tale lettura dell’art. 459 co. 3 c.p.p. la pronuncia della Consulta n. 447 del 1990¹³ che, dichiarando la non fondatezza della

¹² “Le pronunce della Corte di Cassazione rivelano come l’ambito dell’affermata abnormità in tali situazioni sia limitato 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)... Tale indebita usurpazione di competenze è stata, al contrario, esclusa in casi in cui il disaccordo tra istante e decidente verta: 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, Faimi, 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)”.

¹³ <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0447s-90.html>

questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 460 c.p.p. nella parte in cui preclude al Giudice l'applicazione della pena in misura diversa da quella richiesta dal Pubblico Ministero, ha precisato che *“il giudice per le indagini preliminari ha un potere di controllo pieno, nel rito e nel merito, sulla richiesta di emissione del decreto penale presentata dal Pubblico Ministero”* ed ancora che *“a seguito della restituzione degli atti da parte del giudice che non intenda accogliere la richiesta di decreto, il pubblico ministero viene ad essere reinvestito di tutti i poteri ad esso spettanti”*.

Nella pronuncia in commento si precisa inoltre che il riscontro sulla lesività dell'illecito contestato nell'imputazione, al fine di un'eventuale archiviazione del procedimento, non certo 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 nel senso che, una volta condotta la ricognizione degli elementi costitutivi della fattispecie tipica, *“il giudice procede alla considerazione dell'effettivo disvalore del comportamento antigiuridico, presupposto dell'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p.p.”*.

La Corte conclude il ragionamento che l'ha condotta a ritenere condivisibile l'impostazione del GIP e della Sezione rimettente, ribadendo il principio già espresso dalle Sezioni Unite¹⁴ che il giudizio sulla tenuità offensiva della condotta antigiuridica *“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 della colpevolezza, l'incidenza lesiva insita nel fatto rientrante nel tipo legale di illecito sia talmente esigua da non meritare punizione”*.

La Suprema Corte chiarisce altresì che il GIP non avrebbe operato oltre i limiti fissati dal legislatore in quanto il potere di qualificazione giuridica del fatto è connaturale all'esercizio della giurisdizione, è una prerogativa che compete al giudice in tutte le fasi e gradi del processo ed investe anche gli elementi accidentali e la concreta punibilità del soggetto imputato.

Non a caso i recenti arresti delle Sezioni semplici hanno ritenuto la possibilità di rilevare anche d'ufficio la particolare tenuità del fatto con annullamento senza rinvio della sentenza, in presenza di un ricorso ammissibile¹⁵.

La pronuncia confuta altresì il rilievo della Procura secondo cui il provvedimento di restituzione degli atti sarebbe abnorme in quanto successivo all'esercizio dell'azione penale ed in assenza di interlocuzione preliminare con la difesa, preclusa dal rito.

Invero proprio tale preclusione e la configurazione della causa speciale di non punibi-

¹⁴ Cassazione Penale Sezioni Unite n. 13681 del 25.2.2016, Tushaj, Rv. 266590.

¹⁵ Cfr. Sez. I n. 27752 del 9.5.2017, Menegotti, Rv. 270271; Sez. VI, n. 7606 del 16.12.2016, Curia, Rv. 267989, Sez. V n. 5800 del 2.7.2015, dep. 2016, Markikou, Rv. 267989.

lità come istituto di diritto sostanziale, che pretende l'instaurazione del contraddittorio tra i soggetti, dimostrano che la facoltà di restituzione degli atti al PM perché valuti la possibilità di applicare la particolare tenuità del fatto nel rispetto del contraddittorio nelle forme dell'art. 411 *bis* c.p.p. è “*espressamente*” contemplata dal sistema.

Dunque, e la soluzione appare del tutto condivisibile, non sussiste alcuna carenza di potere ed il GIP non ha emesso un atto strutturalmente abnorme né in concreto né in astratto.

All'uopo preme aggiungere solamente un dettaglio, ovvero che il Giudice per le indagini preliminari aveva altresì invitato il PM ad un completamento istruttorio mediante l'acquisizione del certificato penale dell'imputato, che poteva risultare decisivo non solo per la valutazione *ex art.* 131 *bis* c.p., ma anche per la determinazione della pena nel rispetto dei criteri di cui all'art. 133 c.p.

Il provvedimento si conclude con l'analisi dettagliata delle questioni sottoposte escludendo altresì la sussistenza di un'abnormità funzionale atteso che non si è realizzato un indebito ritorno ad una fase del procedimento conclusa, né si ha paralisi irrimediabile del suo corso, in quanto a seguito della restituzione degli atti si verifica una piena riespansione dei poteri del Pubblico ministero, interamente reintegrato nelle sue facoltà quanto a esercizio dell'azione penale e a sue modalità.

In effetti la conclusione delle Sezioni Unite, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale che ne è seguita sull'istituto della particolare tenuità del fatto, si inserisce in un'ottica di armonizzazione dell'interpretazione normativa con i principi costituzionali di ragionevolezza e uguaglianza e con la *ratio* stessa della legge.

L'adesione all'impostazione della Procura, infatti, avrebbe condotto al paradosso che soggetti imputati di fattispecie bagatellari, per le quali è consentito l'accesso al rito premiale del decreto penale di condanna, non avrebbero potuto beneficiare della speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in ragione di una scelta discrezionale dei singoli Procuratori, o di differenti linee guida applicate nelle Procure territoriali.

VALENTINA BEVILACQUA

