

Abnorme la restituzione degli atti al PM da parte del GIP che invoca l'art. 131bis c.p.

di *Enzo Tomasinelli*

1. La Prima Sezione della Corte di Cassazione ha affermato che è abnorme il provvedimento con il quale il Gip, investito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna, disponga la restituzione degli atti al Pubblico Ministero, ritenendo sussistente la causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p.. Nel caso di specie, il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli aveva respinto la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, avanzata dal Pubblico Ministero nei confronti dell'imputato, con la contestuale restituzione degli atti all'accusa, in quanto, a suo avviso, la condotta oggetto di contestazione sarebbe potuta rientrare a pieno titolo nell'ambito applicativo di cui all'art. 131 bis c.p., stante il fatto che *“si trattava di una mera questione di viabilità, in seguito alla quale, verosimilmente, l'indagato non ha neppure percepito di essere obbligato a fornire le proprie generalità”*.

Il Pubblico Ministero, nel ricorso avverso il provvedimento in esame, aveva censurato l'abnormità dello stesso, dal momento che, così operando, il Gip aveva determinato una regressione non consentita del procedimento.

Con la sentenza oggetto del presente commento, la Corte accoglie il ricorso del Pm sulla base delle seguenti argomentazioni.

2. Innanzitutto, la Corte rileva come le ipotesi nelle quali è prevista la possibilità di restituzione degli atti al Pubblico Ministero da parte del Gip investito di una richiesta di emissione del decreto penale di condanna, concernono esclusivamente i profili di legittimità del rito, stante la loro sottoposizione al vaglio giudiziale, la qualificazione giuridica del fatto, essendo questo un potere insito all'esercizio giurisdizionale, ed ancora l'idoneità e/o l'adeguatezza della pena da infliggere in concreto. Deve, pertanto, radicalmente escludersi l'esistenza di ulteriori spazi di discrezionalità in capo al giudicante.

Pertanto, al di fuori delle tre ipotesi menzionate e sempre che non debba pronunciare una sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il Giudice per le indagini preliminari è gravato dell'onere di emettere il decreto penale di condanna oggetto della richiesta accusatoria. La restituzione degli atti al Pm, pertanto, come è accaduto nella vicenda in esame, concretizza, a tutti gli effetti, una ipotesi di abnormità.

In considerazione di quanto sopra esposto, la restituzione, che faccia leva su una meramente ipotetica valutazione in punto di concedibilità della particolare causa di non punibilità disciplinata dall'art. 131 bis, non può in alcun modo essere ammessa

nel nostro sistema processual penalistico, concretizzando, giova ribadirlo, una macroscopica ipotesi di abnormità.

3. Nella motivazione, gli ermellini operano un costante tentativo di conciliazione tra la procedura di cui all'art. 459 e ss. c.p.p., con il nuovo istituto della particolare tenuità del fatto. La Corte esclude che il Gip, destinatario di una richiesta di emissione di decreto penale di condanna (procedimento speciale che postula, a fronte di alcuni benefici premiali, l'assenza del contraddittorio e quindi una straordinaria soppressione del diritto di difesa), possa pronunciare una sentenza di proscioglimento immediato per la ritenuta particolare tenuità del fatto, proprio perché, la mancanza di contraddittorio alla quale facevo riferimento, impedisce all'imputato (così come alla persona offesa), la facoltà di interloquire in merito alla sussistenza dei requisiti applicativi dell'art. 131 bis c.p.p. Il diritto all'interlocuzione tra le varie anime del processo penale viene tutelato già in sede di procedimento di archiviazione, dove, con il disposto di cui all'art. 411 comma 1 bis c.p.p. è fatto obbligo al giudicante di dichiarare, qualora dovessero sussistere i presupposti, le ipotesi di cui all'art. 131 bis c.p.p., solo a condizione della previa instaurazione del contraddittorio. Questa imposizione al giudice trae la propria *ratio* dal fatto che la causa di non punibilità in esame, implica, comunque, l'accertamento di un fatto. Fatto tipico, antigiuridico e colpevole. La considerazione che il provvedimento si appalesi come non pienamente liberatorio, stante la ricorrenza di effetti pregiudizievoli quali l'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento dichiarativo, fa affermare alla Corte che la particolare tenuità del fatto potrà trovare applicazione elusivamente in sede di opposizione al decreto penale già emesso e, dunque, dopo l'instaurazione del contraddittorio, nell'ambito delle opzioni processuali spettanti all'opponente.

4. Piaccia poi ricordare come la sentenza irrevocabile di proscioglimento, pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento o a norma del 442 c.p.p., ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno, quanto a sussistenza del fatto, illiceità penale dello stesso e attribuibilità al suo autore, oltre all'iscrizione nel certificato del casellario giudiziale, cui facevo poc'anzi riferimento¹. Di sicuro pregio, ad avviso dello scrivente, il riferimento della Corte ad una decisione emessa dalle Sezioni Unite nel 2009 (sentenza n. 25957 del 26.03.09), in cui viene delineata la *summa divisio* intercorrente tra i concetti di abnormità strutturale e abnormità funzionale dell'atto emesso, con relativa classificazione delle ipotesi in concreto prospettabili.

5. L'abnormità strutturale va riconosciuta lì dove vi sia esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di

¹ Unica eccezione è costituita, con riferimento all'art. 442 c.p.p., all'opposizione della parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato.

potere in astratto), ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo consentito, 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, perchè al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto). L'abnormità funzionale, invece, va individuata nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo e va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al Pm un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso del futuro procedimento o processo.

6. La Corte ha statuito lapidariamente che il caso sottoposto al suo vaglio rientra a pieno titolo nella nozione di “carenza di potere in concreto”, rilevando che il potere restitutorio di cui al terzo comma dell'art. 459 c.p.p., pur se esistente, non possa trovare accoglimento nel caso in questione, anche perché il Giudice per le indagini preliminari si è espresso in forma solo probabilistica circa la ricorrenza della particolare causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. Per quel che concerne la genesi del concetto di abnormità, è doveroso prendere le mosse dalla elaborazione stessa dell'istituto, che si iscrive negli anni '30 del secolo scorso.² L'autore citato in nota circoscrive al concetto di abnormità l'ipotesi nella quale il giudicante adotta provvedimenti giurisdizionali che, a causa del loro contenuto, non è agevole prevedere e tanto meno contenere in schemi legislativi aprioristicamente determinabili. Ad avviso dell'autore, l'unico rimedio esperibile è dato dal ricorso per Cassazione. La riflessione del giurista muove dall'obiettivo primario, che deve essere costituito dall'espulsione di ogni atto contrario al sistema “*essendo talmente evidente l'illegalità della statuizione, sostanziantesi in una vera e propria usurpazione del giudice penale*”³.

7. La pronuncia in commento, come si è già sottolineato più sopra, prende come punto di riferimento una sentenza della Suprema Corte di Cassazione Penale a Sezioni Unite (sentenza del 26 marzo 2009, depositata in data 22 giugno 2009, n. 25957, Pres. T. Gemelli, Rel. R. Galbiati), dalla quale si desumono indicazioni utili in punto di abnormità. Le Sezioni Unite tengono a precisare che la categoria stessa dell'abnormità è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in stretto collegamento con il tema della tassatività⁴. L'abnormità, quindi, ad avviso di questa fondamentale statuizione, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da

² U. Aloisi, *Impugnazioni nel processo penale*, voce del Nuovo Digesto it, Torino, 1938, VI, 855

³ Sulla dicotomia abnormità strutturale /funzionale e sulla critica alla stessa scissione di un concetto, ad avviso degli autori citati in nota, unitario cfr. su tutti M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1240; F. Giunchedi, *L'atto “abnorme” nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. It*, 2002, 1909.

⁴ Tassatività che, come noto, pervade il regime delle impugnazioni, in genere, e del ricorso per Cassazioni in specie.

cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra – sempre e comunque – uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall’ordinamento. Tanto che si tratti di un atto strutturalmente “eccentrico” rispetto a quelli positivamente disciplinati, quanto che si versi in un’ipotesi di atto normativamente previsto e disciplinato, ma “utilizzato” al di fuori dell’area che ne individua la funzione e la stessa ragion d’essere dell’*iter* procedimentale, ciò che segnala la relativa abnormità è proprio l’esistenza o meno del “potere” di adottarlo. In questa prospettiva, dunque, abnormità strutturale e funzionale si saldano all’interno di un “fenomeno” unitario.⁵ Al riguardo, è stato affermato che è affetto da vizio di abnormità, sotto un primo profilo, il provvedimento che, per singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall’intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite. Sotto altro profilo, si è detto che l’abnormità può discendere da ragioni di struttura, allorché l’atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, ovvero può riguardare l’aspetto funzionale nel senso che l’atto stesso, pur non essendo estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l’impossibilità di proseguirlo.

8. Il procedimento per decreto penale di condanna, a causa della sua particolare struttura a contraddittorio posticipato, ha, di fatto, sollevato dubbi di legittimità costituzionale, per l’asserita inconciliabilità con gli artt. 24, comma 2, Cost. e 111 Cost. Con riferimento all’art. 24, comma 2, Cost., nella misura in cui risulta difficile riuscire ad ammettere la responsabilità penale di un determinato soggetto, senza avergli mai preventivamente dato la facoltà di interloquire con l’accusa in merito alle contestazioni mosse, mentre con riferimento al disposto di cui all’art. 111 Cost., sotto il profilo della violazione del principio *audiatur et altera pars*. La Consulta si è espressa a più riprese circa le questioni poste alla sua attenzione, statuendo, in ordine alla denunciata violazione del diritto di difesa, che l’accettazione del decreto penale di condanna postula il disinteresse dell’imputato all’affrontare il vaglio dibattimentale e che, di conseguenza, il diritto di opposizione di cui all’art. 461 c.p.p. ha la funzione di riequilibrare l’assetto inizialmente così sbilanciato, mentre, per la presunta violazione dell’art. 111 Cost., la Corte ha giudicato manifestamente infondata la questione, sul duplice rilievo che

⁵ Per un *excursus* giurisprudenziale in tema di abnormità (categoria della) e solo con riferimento alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Penale, vedi S.U. 18.06.1993, P.M. in proc. Garonzi; S.U. 24.03.1995, P.M. in proc. Cirulli; S.U. 09.07.1997, P.M. in proc. Balzan; S.U. 09.07.1997, P.M. in proc. Quarantelli; S.U. 10.12.1997, Di Battista; S.U. 24.11.1999, Magnani; S.U. 24.11.1999 confl. giur. in proc. Di Dona; S.U. 22.11.2000, P.M. in proc. Boniotti; S.U. 31.01.2001, P.M. in proc. Romano; S.U. 11.07.2011, P.G. in proc. Chirico; S.U. 29.05.2002, Manca; S.U. 25.02.2004, P.M. in proc. Lustri.

“il dettato costituzionale... non impone che il contraddittorio si espliciti con le medesime modalità per ogni tipo di procedimento e, soprattutto, che debba essere sempre collocato nella fase iniziale del procedimento stesso” (Corte. Cost. sent. n. 8/2003). Ebbene, a parere dello scrivente, quantunque la Corte Costituzionale abbia a più riprese dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale con riferimento al disposto degli artt. 459 e ss. c.p.p., è fuor di dubbio che questo particolare *modus operandi*, di fatto, leda il diritto di difesa di un soggetto, stante la condanna preventiva in assenza di contraddittorio con l'accusa. Pertanto, la sentenza della Cassazione Penale in commento non può che trovare il mio personale avallo, in considerazione del fatto che il diritto di interlocuzione deve, comunque, essere sempre garantito in ogni fase e grado di un processo penale, tanto più quando, a fronte della peculiarità di questo rito alternativo, lo stesso si verifichi in una fase che segue una condanna *inaudita altera parte*. Altrettanto condivisibile è l'*iter* argomentativo seguito dalla Prima Sezione della Suprema Corte, ad avviso della quale, in sede di procedimento monitorio, la particolare tenuità del fatto potrà trovare applicazione esclusivamente *“in sede di formulazione della opposizione al decreto penale già emesso, e dunque dopo l'instaurazione del contraddittorio, nell'ambito delle opzioni processuali spettanti all'opponente”*.

9. In ultima analisi, trovo doveroso mettere in luce ancora una volta come la “nuova” causa di non punibilità disciplinata dall'art. 131 bis c.p., non spieghi effetti ampiamente liberatori per l'imputato, il quale, nel caso in esame, se non fosse intervenuto il ricorso del magistrato inquirente, sarebbe stato oggetto di una pronuncia pregiudizievole nei suoi riguardi, senza neppure essere stato messo in condizione di approntare un'adeguata difesa.