

## IN FATTO E IN DIRITTO

1. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli con decisione emessa in data 25 giugno 2015 ha respinto la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, proposta dal Pubblico Ministero nei confronti di Allocco Mario, con restituzione degli atti.

A sostegno di tale decisione si afferma in motivazione che «la condotta in contestazione potrebbe rientrare, alla luce dei criteri fissati dall'art. 131 bis cod.pen., tra le ipotesi di particolare tenuità del fatto», trattandosi di discussione per questioni di viabilità, in seguito alla quale verosimilmente l'indagato non ha neppure percepito di essere obbligato a fornire le proprie generalità.

2. Avverso detto provvedimento - di restituzione degli atti - il Pubblico Ministero competente *ratione loci* ha proposto ricorso per cassazione, denunziandone l'abnormità .

Si evidenzia nel ricorso che :

- il GIP avrebbe introdotto una conclusione del procedimento per decreto del tutto atipica e non prevista dalla legge, determinando una regressione non consentita;
- l'esercizio dell'azione penale è avvenuto tramite la domanda di emissione del decreto penale di condanna, suscettibile di opposizione;
- in sede di opposizione l'imputato potrebbe, se del caso, optare per una domanda di applicazione del nuovo istituto della non punibilità per speciale tenuità del fatto, sì da contemperare la celerità del rito alternativo e la procedura di cui all'art. 131 *bis* cod.pen. « senza creare circoli viziosi» .

127

3. Il ricorso è fondato, per le ragioni che seguono.

3.1 Va premesso che le ipotesi in cui è da ritenersi prevista la possibilità di mera restituzione degli atti al Pubblico Ministero da parte del GIP investito da una richiesta di emissione del decreto penale di condanna (art. 459 co.3 cod.proc.pen.) riguardano i 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.

E' 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 co.1 cod.proc. pen. e pertanto, lì dove non ritenga di emettere sentenza ai sensi dell'art. 129 cod.proc.pen. è tenuto, al di là delle suddette ipotesi, ad emettere il

decreto penale oggetto di richiesta (in tal senso si richiama quanto di recente affermato da Sez. VI n. 23829/2016, rv 267272, nonché - in precedenza - da Sez. III 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* cod.pen. non può ritenersi consentita dal sistema processuale e concretizza, effettivamente, una ipotesi di abnormità.

3.2 Come è noto, la categoria concettuale della abnormità nasce per porre rimedio a comportamenti procedurali posti in essere dall'organo giudicante da cui derivano atti non altrimenti impugnabili - in virtù del principio di tassatività delle sanzioni processuali e dei relativi rimedi - e al contempo espressivi, in concreto, di uno «sviamento» della funzione giurisdizionale, non più rispondente al modello previsto dalla legge.

La lunga e articolata elaborazione giurisprudenziale sul tema (a partire dalle decisioni elaborate nella vigenza del codice del 1930, tra cui sent. 12.12.'81, ove si precisava che risulta abnorme il provvedimento che per la singolarità e stranezza del suo contenuto sta al di fuori non solo delle norme legislative ma dell'intero ordinamento processuale, tanto da doversi considerare imprevisto e imprevedibile dal legislatore) è stata efficacemente sintetizzata dalla decisione emessa dalle Sezioni Unite n. 25957 del 26.3.2009, che questo Collegio condivide, in cui si è posta in rilievo, a fini di razionalizzazione delle diverse ipotesi e di effettiva percezione della diversità tra atto abnorme e atto illegittimo, la differenza esistente tra abnormità strutturale e abnormità funzionale dell'atto emesso, con classificazione delle relative ipotesi.

L'abnormità strutturale va infatti riconosciuta lì dove vi sia 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 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, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto).

L'abnormità funzionale, è invece, da individuarsi nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo e va 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.

Il caso in esame rientra nella nozione di «carenza di potere in concreto» posto che il potere di restituzione degli atti di cui all'art. 459 co.3 cod.proc.pen. di certo esiste, ma va inquadrato in casi diversi da quello qui scrutinato, caso caratterizzato - peraltro - dal fatto che il giudice si è espresso in forma solo

RM

probabilistica circa la ricorrenza della particolare causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* cod. pen. .

4. In effetti, il punto di criticità - che pare aver determinato l'emissione del provvedimento qui in esame e che induce la Corte ad approfondire il tema - è determinato dalla difficoltà di armonizzare la particolare procedura monitoria di cui agli artt. 459 e ss. cod.proc.pen. (procedimento per decreto, rito con connotazioni premiali e caratterizzato dall'assenza di previo contraddittorio) con il nuovo istituto di cui all'art. 131 *bis* cod.pen., introdotto dal legislatore con il d.lgs. n. 28 del 16.3.2015.

4.1 La esiguità del disvalore penale del fatto - pur corrispondente alla figura tipica - è stata costruita nella legge come particolare causa di esclusione della *punibilità* (istituto di diritto sostanziale) e non come causa di *improcedibilità* dell'azione (istituto marcatamente processuale).

Da ciò sono derivate una serie di conseguenze in campo processuale, data la particolare natura dell'istituto, che innegabilmente presuppone un «accertamento» del fatto, delle sue modalità obiettive di realizzazione e delle sue conseguenze (essendo tali parametri richiamati come indicatori al fine di qualificare la particolare tenuità dell'offesa) e che rappresenta un epilogo del giudizio (ove la tenuità venga dichiarata con sentenza) non completamente liberatorio per il destinatario, come evidenziato in più arresti, tra cui Sez. VI n. n.11040 del 27.1.2016, rv 266505 (la sentenza dibattimentale ha efficacia di giudicato in altri giudizi civili o amministrativi quanto a sussistenza del fatto, illiceità penale e attribuibilità al suo autore; il provvedimento, anche se di archiviazione, va iscritto nel casellario giudiziale, in virtù di quanto previsto dagli articoli 3 e 4 del d.lgs. n. 28 del 2015).

127

Al contempo, a fini deflattivi, l'art. 2 del medesimo d.lgs. n. 28 del 16.3.2015 introduce la possibilità di dichiarare la particolare tenuità del fatto in sede di procedimento di archiviazione, con apposita sequenza regolamentata dall'attuale art. 411 co.1 *bis* (norma che sostanzialmente introduce un obbligo, in tale ipotesi, di instaurazione del contraddittorio con indagato e persona offesa con facoltà di opposizione da parte dei medesimi, non vincolante per il giudice).

4.2 Ora, a fronte di tale particolare inquadramento dogmatico e procedimentale, è da escludersi che il giudice delle indagini preliminari, destinatario di una richiesta di emissione del decreto penale di condanna, possa emettere - per tale causa, ossia per la, ritenuta, particolare tenuità del fatto - sentenza di proscioglimento immediato ai sensi dell'art. 129 cod.proc.pen. .

La ragione essenziale circa l'assenza di tale facoltà non va cercata - ad avviso del collegio - nella mancata modifica normativa, in sede di intervento di novellazione, del testo dell'art. 129 cod.proc.pen. (che testualmente non prevede

tale opzione ma nel cui ambito operativo può essere immessa in via interpretativa, come si è ritenuto possibile, in sede di legittimità da Sez. U. n. 13681 del 25.2.2016 rv 266593, atteso il 'ruolo sistemico' di tale particolare previsione di legge, tale da ricomprendere tutte le ipotesi di non punibilità) quanto nel fatto che il particolare rito monitorio (procedimento per decreto) è per definizione, privo di contraddittorio e pertanto il soggetto destinatario (così come la eventuale persona offesa) non potrebbe esercitare la facoltà che il sistema processuale impone gli venga riconosciuta finanche in sede di archiviazione, come si è detto.

In altre parole, se è vero che il Gip investito dalla richiesta di emissione del decreto penale di condanna è titolare del potere di emettere la sentenza di proscioglimento di cui all'art. 129 cod.proc.pen., tale possibilità è da escludersi nella ipotesi di ritenuta sussistenza - da parte del giudice - della speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* cod.pen. e ciò in ragione della particolare natura di tale istituto, che implica la instaurazione del contraddittorio e che comporta l'emissione di un provvedimento non pienamente liberatorio, data la ricorrenza di effetti pregiudizievoli, tra cui la iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento dichiarativo.

E' pertanto corretto ritenere che l'applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto possa - allo stato attuale della normativa - venire in rilievo 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.

4.3 Operate tali precisazioni, il provvedimento - per le ragioni esposte in precedenza - va annullato senza rinvio, con trasmissione degli atti al Gip del Tribunale di Napoli per l'ulteriore corso.

**P.Q.M.**

Annulla senza rinvio l'ordinanza 25.6.2015 del GIP del Tribunale di Napoli e dispone la trasmissione degli atti al medesimo GIP per l'ulteriore corso.

Così deciso il 21 dicembre 2016

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi

Il Presidente

Maria Cristina Siotto

