**ART. 131 BIS C.P.: NON SOLO PROBLEMI SUCCESSORI**

1. Introduzione; 2. Analisi dell’art. 131 bis c.p.; 2.1 la particolare tenuità; 2.2 rapporti tra il giudizio di non abitualità del comportamento e la continuazione di reati; 2.3.1 Tribunale di Milano e Tribunale di Grosseto; 3. art. 131 bis c.p.: depenalizzazione in astratto o in concreto? ; 4. Il problema dei reati c.d. soglia; 5. natura giuridica dell’art. 131 bis c.p. e relativi problemi successori; 6. Rapporti tra l’art. 673 c.p.p. e l’art. 131 bis c.p.

**1.**

L’istituto della non punibilità per speciale tenuità rientra nel novero di quegl’interventi legislativi con cui, in attuazione della legge-delega n. 67/2014, il legislatore ha ridotto, talvolta in astratto talaltra in concreto, l’area del penalmente rilevante.

In astratto vi è stata una riduzione del numero dei reati previsti dall’ordinamento penale, che il legislatore ha effettuato ricorrendo sia allo strumento abrogativo, d.lgs. n. 7/2016, sia a quello della depenalizzazione, d.lgs. n. 8/16.

Con il 131 bis c.p., invece, vi è stata quella che una parte consistente della giurisprudenza definisce depenalizzazione in concreto, anche se non manca chi sostiene che tale norma sia in realtà una causa di estinzione del reato o addirittura una condizione di non procedibilità, confidando nella sua natura processuale e non sostanziale.

Tuttavia, la corretta individuazione della natura giuridica della norma che introduce l’istituto della non punibilità per speciale tenuità non rileva solo da un punto di vista dogmatico, ma anche pratico, poiché da essa dipende il regime intertemporale cui l’art. 131 bis c.p. dovrà soggiacere: tempus regit actum se la si qualificasse come norma di diritto processuale, art. 2 c.p. se, invece, la si riconducesse nel diritto penale sostanziale.

Peraltro, solo se all’art. 131 bis si riconoscesse la natura giuridica sostanziale l’interprete dovrebbe, conseguentemente, risolvere i problemi processuali legati alla fruizione dei benefici derivanti dal principio di retroazione favorevole ex art. 2 c.p.

Preliminarmente, però, pare opportuno esaminare i profili più significativi della disciplina di cui all’art. 131 bis. c.p., per poi affrontare il problema della sua natura giuridica e le questioni di diritto successorio ad essa collegate.

**2.**

La norma in esame, similmente a quanto faccia l’art. 34 d.lgs. n. 274/00 per i reati di competenza del giudice di pace, prevede l’esclusione della punibilità per l’autore del reato qualora ricorrano determinate condizioni.

In primo luogo è necessario, ai fini della sua applicazione, che si tratti di reati per i quali il legislatore abbia previsto una cornice edittale nel massimo non superiore a cinque anni, in disparte la pena pecuniaria e senza tener conto delle circostanze di reato, eccezion fatta per quelle che determinano una pena di specie diversa e per quelle ad effetto speciale.

La seconda condizione di operatività dell’art. 131 bis c.p., invece, risiede nella particolare tenuità dell’offesa al bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice e nella non abitualità della condotta tenuta dall’soggetto agente.

**2.1**

La particolare tenuità dell’offesa il giudice di cognizione la deve desumere mediante la valutazione di due fattori, rispettivamente individuabili nella modalità della condotta e nella non significatività del danno o del pericolo cagionato. La suddetta operazione valutativa deve essere effettuata sulla scorta dei criteri che guidano l’esercizio del potere discrezionale del giudice ai fini della quantificazione della pena da irrogare ex art. 133, co. 1, c.p.

Peraltro, al comma 2 della norma in esame il legislatore tipizza alcuni casi in cui l’offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità. Si precisa, tuttavia, che, come ha avuto modo di ribadire il tribunale di Milano con sentenza n. 3937/15, la previsione dei suddetti casi specifici ostativi all’applicazione della norma in esame deve considerarsi ultronea, posto che, anche laddove non fossero state precisate dal legislatore le circostanze che impediscono la formulazione del giudizio di tenuità, si tratterebbe di elementi che, se presenti nella fattispecie in concreto, non consentirebbero comunque il superamento del suddetto vaglio, basato, come si è detto in precedenza, sulla valutazione delle modalità della condotta e dell’esiguità del danno o del pericolo. Solo l’ipotesi relativa all’aver agito per motivi abietti e futili appare una precisazione utile ad ampliare il novero dei casi ostativi all’operatività dell’art. 131 bis c.p., in quanto si tratta di un’ipotesi attinente ai motivi a delinquere di cui al comma 2 n. 1 dell’art. 133 c.p., che non rilevano ai fini della valutazione della tenuità dell’offesa, poiché l’art. 131 bis c.p. richiama solo il comma 1 dell’art. 133 c.p. non anche il comma secondo.

Oltre alla gravità dell’offesa, anche il riscontro dell’abitualità della condotta tenuta dal reo rappresenta una condizione ostativa alla fruizione di questa causa di esclusione della pena.

**2.2**

Il legislatore fissa al comma 3 dell’art. 131 bis c.p. i casi in cui il comportamento non può ritenersi non abituale.

In aggiunta alla declaratoria di delinquente abituale, professionale o per tendenza, la norma stabilisce che l’abitualità della condotta debba desumersi anche o dalla commissione di più reati della stessa indole, ancorchè, valutati singolarmente, presentino le caratteristiche della particolare tenuità o dal fatto che si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Leggendo la norma non si può non notare, in una alle altre, un’importante differenza tra le ultime due ipotesi di esclusione del giudizio di non abitualità ivi previste. In particolare, mentre ai fini della valutazione di abitualità del comportamento, allorquando si discuta di reati della stessa indole, il legislatore specifica che la tenuità delle singole violazioni non assume alcuna rilevanza, questa stessa precisazione circa la neutralità del fatto lieve manca del tutto nel terzo e ultimo caso di esclusione della non abitualità del comportamento del reo, vale a dire quello relativo ai reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ne discende che, accertata la sussistenza di tutte le altre condizioni di operatività dell’art. 131 bis c.p., quando l’imputato commette reati della stessa indole, costui non può usufruire dei benefici della norma in questione, anche se gli illeciti penali, singolarmente esaminati e valutati, risultano di lieve entità. Viceversa, qualora in seguito alla valutazione delle relative modalità di condotta e dell’esiguità del danno cagionato, il giudice dovesse accertare la particolare tenuità dei reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate, dovrebbe escludere l’abitualità della condotta e dichiarare l’operatività dell’art. 131 bis c.p.

Quest’ultimo dato normativo ha suscitato dubbi interpretativi relativamente a quale delle due ipotesi di cui al comma 3 dell’art. 131 bis c.p., in disparte quella che si riferisce alla declaratoria di delinquente abituale, si attagli il caso di chi commette reati uniti dal vincolo della continuazione, soprattutto quando si tratta di una continuazione di tipo omogeneo. La questione è di particolare rilevanza, poiché solo considerando la continuazione di reati come più fatti illeciti aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate il giudice potrebbe ugualmente riconoscere all’imputato i benefici derivanti dall’applicazione dell’art. 131 bis c.p., purchè si accerti che i reati accomunati dalla medesimezza del disegno criminoso siano, singolarmente intesi, di particolare tenuità in base ai canoni di cui all’art. 133, co. 1, c.p.

Viceversa, laddove si ritenga che il reato di cui all’art. 81, co. 2, c.p. rientri nella categoria dei reati della stessa indole, la valutazione circa la lieve entità delle singole fattispecie non sarebbe utile ad affermare la non abitualità del comportamento e quindi a determinare l’applicazione della causa di non punibilità di cui si discute.

In realtà, il problema della qualificazione dei reati in continuazione era già stata affrontato dai giudici di legittimità i quali, con sentenza n. 29897/15, avevano propeso per la soluzione che esclude l’applicabilità dell’art. 131 bis c.p. nei confronti dell’autore dei suddetti reati, in virtù della tesi della sussumibilità degli stessi, specie se omogenei, nell’alveo dei reati caratterizzati dalla stessa indole.

Tuttavia, si trattava, secondo la dottrina più avveduta, di un’interpretazione non sorretta da una motivazione adeguata, sicchè alcuni giudici di merito, in particolare il tribunale di Grosseto e di Milano, sono tornati sull’argomento.

**2.3**

In particolare, il Tribunale di Milano, con sentenza n. 4195/15, compie uno sforzo interpretativo notevole per individuare i casi che possono rientrare nelle ultime due ipotesi di esclusione del giudizio di non abitualità del comportamento illecito ex art. 131 bis, co. 3, c.p., al fine di perimetrarne l’area di rispettiva competenza.

Alla prima, quella che prevede la commissione di reati della stessa indole, vengono ricondotti i casi in cui il soggetto, ancorchè non dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, abbia commesso dei reati aventi le caratteristiche indicate dall’art. 101 c.p.

Di gran lunga più complessa è, invece, l’individuazione dei casi da sussumere nella categoria dei reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Secondo il Tribunale di Milano la norma in esame farebbe riferimento sia a quelle fattispecie la cui integrazione richiede una pluralità di condotte, come avviene per i reati abituali, complessi e permanenti, sia alla commissione di più reati avvinti dal vincolo della continuazione o in concorso formale.

Questa operazione classificatoria è frutto di un’impostazione interpretativa diametralmente opposta rispetto a quella seguita dalla Corte di Cassazione e che trova la sua giustificazione proprio nella valorizzazione della scelta del legislatore di non prevedere l’automatica inapplicabilità dell’art. 131 bis c.p. anche nell’ipotesi di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Infatti, si ritiene che la differenza di disciplina tra quest’ultima ipotesi e quella che fa riferimento ai reati della stessa indole è indicativa della volontà del legislatore di valutare in maniera diversa i casi riconducibili alle due categorie, in quanto connotati da un tasso di gravità diversa e quindi meritevoli di un trattamento differenziato.

In particolare, la condotta di colui che commette reati della stessa indole non uniti dal vincolo della continuazione è da considerarsi ben più grave rispetto a chi commette dei reati che, pur aventi le caratteristiche di cui all’art. 101 c.p., sono accomunati dal medesimo disegno criminoso. La ragione risiede nel fatto che, mentre nei reati in continuazione il soggetto, pur commettendo plurimi reati, cede una sola volta al suo proposito criminoso, nei reati autonomi aventi la stessa indole l’autore si propone tante volte di delinquere quanti sono i reati commessi. Ne consegue che, in omaggio al principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost, sarebbe irragionevole riservare il medesimo trattamento a situazioni che palesano un tasso di capacità a delinquere diverso, più grave nel primo caso e meno grave nel secondo.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi secondo la quale i reati in continuazione ricadrebbero nell’ipotesi dei reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate, poggia sul principio di stretta interpretazione delle norme che costituiscono una eccezione, nonché, sul principio del favor rei. Dal momento che ci si trova a limitare un istituto favorevole all’imputato, le tre eccezioni limitanti di cui all’art. 131 bis, co. 3, c.p. devono essere interpretate restrittivamente al fine di garantire un ambito applicativo della causa di non punibilità il più ampio possibile.

Anche il Tribunale di Grosseto, con sentenza n.650/15, segue l’impostazione inaugurata dal Tribunale di Milano, precisando che la volontà del legislatore di assicurare all’art. 131 bis c.p. un ambito applicativo esteso si deve desumere anche dal fatto che la recidiva non è stata annoverata, di per sé, fra le cause ostative alla declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

A ciò si deve aggiungere che la causa di non punibilità in esame persegue obiettivi anche di deflazione processuale. L’art. 131 bis c.p., infatti, si inserisce in un piano normativo, sorto con la legge delega n. 67/14, caratterizzato da provvedimenti attuativi, contenutisticamente diversi, ma tutti erosivi dell’area penalmente rilevante, sicchè tale obiettivo non sarebbe pienamente realizzabile qualora si escludesse la declaratoria ex art. 131 bis c.p. in presenza di più reati in continuazione ex art. 81 c.p.

**3.**

Chi valorizza solo la funzione deflattiva dell’art. 131 bis sostiene anche la tesi della natura processuale della norma in questione. Tale impostazione, che conduce a qualificarla come causa di non procedibilità e quindi sottoposta al principio tempus regit actum per quanto attiene le vicende successorie, si fonda principalmente sul fatto che si tratterebbe di un istituto la cui applicazione è affidata per lo più al PM, il quale, accertata la sussistenza delle condizioni ivi previste, può chiedere al GIP l’archiviazione per speciale tenuità del fatto.

Aderendo a questa tesi, assolutamente minoritaria in dottrina e per niente seguita in giurisprudenza, la disciplina ex art. 131 bis c.p., non potendo sortire effetti per le vicende processuali passate, può trovare applicazione, oltre che per i reati commessi successivamente alla sua entrata in vigore, anche per quei reati che, seppur commessi prima, non sono stati ancora valutati in sede di udienza preliminare o non c’è stata la dichiarazione di apertura del dibattimento nell’ipotesi di giudizio direttissimo.

Si esclude, quindi, una retroazione favorevole dell’istituto in esame una volta superati gli sbarramenti processuali sopra enunciati, dal momento che l’art. 2 c.p., recante la disciplina successoria in materia di diritto penale, è applicabile solo alle norme penali di natura sostanziale e giammai a quelle di natura processuale, come questa dottrina minoritaria ritiene sia l’art. 131 bis c.p.

La tesi suesposta non incontra i favori della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza tout court. Quest’ultima si attesta su posizioni diametralmente opposte per quanto attiene la natura giuridica della disposizione in esame, pur non disconoscendone la funzione anche deflattiva.

È questa la tesi di chi sostiene che, oltre alla deflazione processuale, l’art. 131 bis c.p. risponde ad una esigenza di tipo sostanziale consistente nell’esigenza di proporzionalità della pena. Sicchè, deve ritenersi non irrogabile la pena laddove il fatto, pur presentando i caratteri della tipicità, antigiuridicità, colpevolezza e offensività, risulti, per quanto riguarda quest’ultimo tassello, talmente lieve da considerare non passibile di conseguenze penali la condotta del soggetto agente.

È, dunque, evidente come l’applicazione dell’istituto della speciale tenuità del fatto passi, preliminarmente, dal previo accertamento della sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, compreso quello della offensività in concreto, che rappresenta il vero discrimen tra l’art. 131 bis c.p. e l’art. 49, co. 2, c.p (reato impossibile).

Infatti, mentre nell’ipotesi di reato impossibile, mancando del tutto l’offensività, il fatto commesso è da considerarsi lecito; nel caso disciplinato dall’art. 131 bis c.p., pur restando ferma l’offensività della condotta e quindi la sussistenza del reato, questo lo si ritiene non sanzionabile penalmente in virtù della sua scarsa propensione ad offendere il bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice.

Peraltro, una parte della dottrina, prendendo spunto dal fatto che prima dell’introduzione dell’art. 131 bis c.p. talvolta la giurisprudenza applicava la fattispecie del reato impossibile non solo ai casi di assoluta inoffensività del fatto, ma anche ai casi di inoffensività lieve del fatto, ha messo in evidenza come il novum legislativo abbia determinato un ridimensionamento in concreto, ma non in astratto, della portata applicativa dell’istituto ex art. 49, co. 2, c.p., poiché essa in passato trovava applicazione anche al di fuori delle stringenti condizioni di operatività del 131 bis c.p.

Dal momento che l’applicazione dell’art. 131 bis c.p. richiede, preliminarmente, l’accertamento circa la sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, si deve ritenere, altresì, che la norma in questione non possa neppure essere catalogata come una causa di estinzione del reato, la quale postula, a differenza dell’art. 131 bis c.p., il venir meno della fattispecie delittuosa.

Non vi è dubbio quindi che, in virtù di quanto argomentato, l’introduzione dell’istituto in esame segna la volontà del legislatore non di dare luogo ad una depenalizzazione in astratto e quindi ad una causa estintiva del reato, come una parte della dottrina ha sostenuto, bensì ad una depenalizzazione in concreto compiuta dal giudice. Quest’ultimo, infatti, dopo aver accertato il reato, ne riscontra un tasso talmente lieve di offensività da non ritenere necessaria, in virtù del principio di proporzionalità della pena, l’applicazione di una sanzione.

Volendo essere più puntuali nella qualificazione giuridica della norma, si può qualificare l’art. 131 bis c.p. come una causa di non punibilità in senso stretto, poiché il beneficio riconosciuto al soggetto agente non deriva da un bilanciamento che il legislatore fa tra l’interesse presidiato dalla norma incriminatrice e quello tutelato dall’art. 131 bis c.p., come avviene per le cause di giustificazione, né è frutto di una un giudizio di inesigibilità della condotta imposta dalla norma penale violata, come è il caso delle cause di esclusione della colpevolezza.

L’istituto della speciale tenuità del fatto esclude la punibilità solo per ragioni di ordine politico dettate sia dalla necessità di previsione di trattamenti sanzionatori proporzionati alla carica offensiva espressa mediante la condotta tipica, colpevole e antigiuridica, sia dall’esigenza di ridurre il carico processuale al fine di favorire un più celere dispiegarsi dell’azione giudiziaria.

La conferma di questo assunto è data anche dal fatto che il legislatore del 2015, lo stesso che ha formulato l’art. 131 bis c.p., ha anche introdotto, in ambito processuale, l’art. 651 bis c.p.p. nel quale si legge che la sentenza con la quale il giudice riconosce la speciale tenuità del fatto fa stato nel processo civile instaurato ai fini del risarcimento del danno per quanto attiene la sussistenza dell’illecito. Quindi, un’ulteriore conferma che il giudice deve accertare il fatto, che continua ad essere qualificato come un reato, pur escludendo l’applicazione della pena.

**4.**

La tesi della depenalizzazione in concreto è, ormai, seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare le SS. UU., con sentenza n. 13681/16, hanno confermato l’applicabilità dell’art. 131 bis c.p. anche a quei reati per i quali il legislatore ha previsto soglie di punibilità che scandiscono il passaggio della fattispecie da illecito amministrativo ad illecito penale a seconda della gravità della condotta, valutata attraverso parametri predeterminati. Si tratta di una tecnica descrittiva molto diffusa nel diritto penale, che il legislatore ha impiegato non solo nella redazione della norma che incrimina la guida in stato di ebrezza, ma anche in relazione a taluni illeciti penalmente rilevanti in materia tributaria e ambientale.

Chi negava l’estensione della norma di favore a coloro che avessero commesso uno dei reati c.d. soglia basava la propria tesi principalmente su due argomenti. In primo luogo, costoro sostenevano che la principale peculiarità dei reati di questo tipo fosse la previsione di soglie di punibilità, le quali esprimevano un giudizio di offensività formulato dal legislatore ex ante e sottratto ad un giudizio ex post da parte del giudice, pena un’indebita ingerenza del potere giudiziario in una materia di competenza del potere legislativo.

In secondo luogo, siccome la maggior parte delle norme che disciplinano questa tipologia di reati prevedono sia soglie il cui superamento assume rilevanza penale, sia soglie entro le quali il fatto è sanzionabile amministrativamente, si è osservato che, ammettendo l’applicabilità dell’art. 131 bis a fattispecie siffatte si verificherebbe un paradosso difficilmente conciliabile con l’esigenza di garantire una giustizia sostanziale a tutti i consociati. In particolare, laddove si superi la soglia che segna il discrimen tra illecito amministrativo e illecito penale, l’imputato potrebbe beneficiare della non punibilità ex art. 131 bis c.p. nonostante la rilevanza penale della condotta, viceversa, qualora la condotta sia meno grave tale da non determinare il superamento della suddetta soglia, ancorchè punibile con una sanzione amministrativa, l’autore soggiacerebbe alla suddetta misura extrapenale, posto che il 131bis c.p. prevede la non punibilità solo per l’illecito penale e non anche per l’illecito amministrativo.

Le SS.UU. hanno superato le argomentazioni addotte da una parte della dottrina e della giurisprudenza a sostegno della tesi della non applicabilità dell’art. 131 bis c.p. ai reati c.d. soglia, muovendo da una considerazione che lambisce il tema dei rapporti e della distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto.

Infatti, proprio perché il principio di offensività rappresenta un monito anche per l’organo giudicante e non solo per il legislatore, Il giudice è tenuto non solo ad effettuare un giudizio di tipicità del fatto, ma deve anche valutare il fatto storico nel suo concreto iter di realizzazione, tenendo conto delle modalità del comportamento, della consistenza del pregiudizio derivante dall’offesa, dell’intensità del dolo, del grado della colpa.

Ne discende che è ben possibile che un soggetto alla guida di un autoveicolo, sottoposto ad alcool test da parte degli agenti di polizia, pur superando il tasso alcolico oltre il quale la condotta de quo assume rilevanza penale, possa beneficiare dell’applicazione dell’art. 131 bis c.p. qualora abbia messo in moto e spostato l’automobile all’interno di un parcheggio pubblico e non su un percorso stradale.

Dal ragionamento delle SS. UU. si evince, altresì, l’adesione dell’organo della nomofilachia alla tesi secondo cui l’art. 131 bis c.p. sarebbe una causa di esclusione della sola pena per un fatto che è e continua ad essere reato e di cui il giudice, in sede motivazionale, deve appurare tipicità, offensività, antigiuridicità e colpevolezza.

**5.**

La qualifica del 131 bis c.p. come causa di non punibilità in senso stretto è il principale argomento a sostegno della tesi della natura sostanziale della norma in esame. Infatti, trattandosi di un istituto che incide sulla libertà personale dell’individuo, lo si ritiene meritevole di tutte le garanzie che il diritto sostanziale, per mezzo dell’art. 2 c.p., appresta in materia successoria.

Tuttavia non può sottacersi il fatto che la giurisprudenza non sempre si è mostrata così attenta a valorizzare gli artt. 13 e 25 Cost. quando si è espressa sulla natura giuridica delle norme che regolano la custodia cautelare, definendole processuali, quindi soggette al principio tempus regit actum, e non sostanziali, quindi sottratte all’egida dell’art. 2 c.p.

Il secondo argomento che conferma la natura sostanziale e non processuale dell’art. 131 bis c.p. consiste nel fatto che la suddetta norma è collocata non nel codice di rito, bensì nel codice penale e precisamente nel Titolo V Libro I, quello dedicato alla modificazione, applicazione ed esecuzione della pena.

Si ritiene opportuno sottolineare che l’impegno profuso dalla giurisprudenza e dalla scienza penalistica per qualificare la natura giuridica dell’art. 131 bis c.p. è stato funzionale alla individuazione del regime successorio cui sottoporre l’istituto della speciale tenuità del fatto.

Infatti, riconoscendone la natura sostanziale, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l’applicazione retroattiva di questa norma di favore, seppur con alcune limitazioni, in virtù di quanto stabilito dall’art. 2 c.p recante la disciplina intertemporale delle norme penali.

In particolare, sono due le questioni emerse in giurisprudenza attinenti alla materia successoria: la prima è quella relativa alla retroazione favorevole della norma esaminata in relazione ad un fatto che, commesso prima della sua entrata in vigore, non sia stato ancora accertato con sentenza passata in giudicato.

La seconda questione interpretativa, anch’essa rilevante, riguarda invece la possibilità o meno di fruire dell’applicazione dell’art. 2, co. 2, c.p. da parte di colui che, commesso il fatto prima dell’entrata in vigore dell’art. 131 bis c.p., sia già stato condannato con sentenza definitiva.

Trattandosi di una norma di diritto sostanziale nessun dubbio vi è circa la sottoposizione dell’art. 131 bis c.p. al principio di retroattività favorevole ex art. 2 c.p.

Tuttavia, siccome gli effetti della norma esaminata non determinano una abolitio criminis, in quanto il giudice resta comunque vincolato a compiere l’accertamento di un reato che continua ad esistere, si può sostenere l’operatività dell’art. 2 c.p. limitatamente al comma 4 e giammai al comma 2.

L’esclusione di un’ipotesi di abolitio criminis avvenuta per effetto dell’introduzione nel nostro ordinamento dell’art.131 bis c.p. ha portato la giurisprudenza a concludere in senso differente le due questioni sopra citate che ci si accinge ad esaminare.

Nel caso in cui, commesso il fatto prima dell’entrata in vigore della causa di non punibilità, l’imputato sia stato già condannato, ma non con sentenza definitiva, si deve ritenere applicabile l’art. 131 bis c.p., in quanto trattasi di norma posteriore più favorevole rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto.

Inoltre, nell’ipotesi in cui il processo penda dinanzi alla Corte di Cassazione è possibile che fra i motivi del ricorso presentato dall’imputato non ci sia la mancata applicazione dell’art. 131 bis c.p., stante l’impossibilità del giudice del grado precedente di avere a disposizione la suddetta norma entrata in vigore solo dopo la pronuncia di condanna.

In questi casi l’art. 609, co. 2, c.p.p. prevede che la Corte di legittimità rilevi d’ufficio tutte le questioni che le parti del processo non avrebbero potuto dedurre nel giudizio di secondo grado e in Cassazione, sicchè i giudici di legittimità sono tenuti a porsi d’ufficio la questione relativa all’applicabilità dell’art. 131 bis c.p. qualora la mancata valutazione della stessa sia dipesa dalla sua inesistenza giuridica al momento del giudizio di cognizione.

Si precisa, tuttavia, che, siccome l’applicazione retroattiva del 131 bis c.p. passa attraverso una rinnovata valutazione del fatto che esula dalle competenze di legittimità della Suprema Corte, quest’ultima potrà solamente evidenziare la sussistenza dei presupposti applicativi dell’istituto della speciale tenuità, annullando la sentenza di condanna, con rinvio al giudice del grado precedente.

I giudici di legittimità non potranno, quindi, procedere al proscioglimento in virtù della asserita non punibilità del fatto.

A conclusioni opposte è giunta la giurisprudenza nel risolvere l’altra questione, quella relativa alla retroazione dell’art. 131 bis c.p. nei confronti di colui che è già stato condannato con sentenza definitiva prima dell’entrata in vigore della suddetta norma di favore.

Infatti, se sembra ormai incontestabile che l’art. 131 bis c.p. sia una norma di diritto sostanziale, è, altresì, incontrovertibile il fatto che, per le ragioni sopra esposte, il legislatore non abbia voluto con questa norma abolire i reati non sufficientemente offensivi, ma solo escludere l’applicazione della pena, attendendo, come si è già avuto modo di chiarire, ad una sorta di depenalizzazione in concreto e non in astratto.

Ne discende che il principio di retroattività favorevole, pur essendo di rango costituzionale, trova, in questo caso, un limite alla sua operatività individuabile nel principio, anch’esso di pari rango, di intangibilità del giudicato, codificato all’art. 2, co. 4, c.p, sicchè, secondo la giurisprudenza, è da escludere la possibilità di applicare l’art. 131 bis c.p. anche ai reati già accertati con sentenza definitiva, pena la violazione dell’art. 2, co. 4, c.p.

Non può, però, sottacersi quel pregevole orientamento dottrinario che ha messo in luce alcune criticità della suesposta impostazione.

I fautori di questa tesi, valorizzando il comma 3 dell’art. 2 c.p., evidenziano la situazione paradossale che potrebbe crearsi all’interno dell’ordinamento penale laddove si escludesse la retroazione dell’art. 131 bis c.p. nei casi di sentenza di condanna definitiva pronunciata prima della sua entrata in vigore.

In particolare, si rimarca un possibile problema di incoerenza con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. laddove, a fronte di alcun limite alla retroazione favorevole imposta dall’art. 2, co. 3, c.p. a quelle norme penali posteriori che prevedono esclusivamente la pena pecuniaria; si prevedesse, invece, l’irretroattività di una norma, l’art. 131 bis c.p., che risulta addirittura più favorevole dell’art. 2, co. 3 c.p., in quanto, a differenza di quest’ultima, esclude del tutto l’applicazione di una qualsivoglia sanzione penale.

Al momento, tuttavia, quest’ultima impostazione non ha ancora trovato conforto nella giurisprudenza la quale compattamente continua a sostenere che, intervenuta la sentenza definitiva di condanna in assenza dell’art. 131 bis c.p. dal quadro normativo di riferimento, l’imputato non possa ottenere dal giudice dell’esecuzione una pronuncia di non punibilità per speciale tenuità del fatto.

**6.**

Un ulteriore problema successorio riguarda l’ipotesi in cui, intervenuta una sentenza di proscioglimento ex art. 131 bis c.p., sopravvenga una norma di depenalizzazione che trasformi quello stesso illecito penale, già valutato dal giudice scarsamente offensivo e quindi non punibile, in illecito amministrativo. In relazione a tale evenienza, ci si chiede se il prosciolto ex art. 131 bis c.p. possa chiedere al giudice dell’esecuzione la revoca ex art. 673 c.p.p. del giudicato di proscioglimento, stante la depenalizzazione dell’illecito penale da lui commesso ma non punito. Si tratta di una tipologia di casistiche venute in rilievo a seguito delle numerose depenalizzazioni effettuate ad opera del d.lgs. n. 8/16. L’esigenza da parte del prosciolto di ottenere la revoca della sentenza emessa in applicazione della causa non punibilità in senso stretto risiede nel fatto che, ancorchè si tratti di una sentenza di proscioglimento, tuttavia la stessa reca con sè alcune conseguenze pregiudizievoli derivanti dall’avvenuto accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato.

Gli effetti negativi della sentenza sono principalmente due: in primo luogo la sentenza di proscioglimento ex art. 131 bis c.p., in virtù dell’art. 651 bis c.p.p., fa stato nel giudizio civile finalizzato a verificare la sussistenza del danno conseguenza e quindi l’eventuale risarcimento, sicchè il giudice civile non potrà mettere in discussione la consumazione del reato. In secondo luogo, anche la sentenza di proscioglimento ex art 131bis c.p. comporta iscrizione nel casellario giudiziale, il che non è irrilevante per colui che la subisce, posto quell'iscrizione rileva ai fini della declaratoria di abitualità nel delitto, che a sua volta è presupposto e rileva per l'applicazione delle misure di sicurezza.

La questione origina dal fatto che l’art. 673 c.p.p., quello che il prosciolto dovrebbe invocare per ottenere la revoca della sentenza, non annovera, tra le sentenze revocabili per effetto dell’abrogazione o della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice oggetto del giudicato, la sentenza di proscioglimento ex art. 131 bis c.p. Prevede, invece, la possibilità di revocare sia la sentenza o il decreto penale di condanna, sia la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità.

Il Tribunale di Enna, uno dei primi organi giudiziari ad aver affrontato il problema, ha risolto la questione pervenendo ad una interpretazione estensiva/analogica dell’art. 673 c.p.p. Si ritiene, infatti, che la suddetta norma, nella parte in cui prevede la revoca del giudicato a seguito dell’intervenuta abolitio criminis, piuttosto che della declaratoria di incostituzionalità della disposizione incriminatrice, rappresenti il precipitato processuale del principio nulla poena sine lege, sancito dall’art. 25 Cost. e art. 7 CEDU, in virtù del quale gli effetti del giudicato devono essere coperti dalla legge non solo al momento della conclusione del processo, ma anche successivamente durante la fase dell’esecuzione della pena. Sicchè, laddove il condannato espii una pena non più supportata da un adeguato referente normativo, si deve procedere con la revoca di quella sentenza, in omaggio al principio di carattere generale del nulla poena sine lege, che in questo caso prevale sull’intangibilità del giudicato.

Sicuramente si tratta di una esigenza più sentita quando l’abrogazione o la declaratoria di incostituzionalità colpisce la norma incriminatrice applicata con la sentenza di condanna, in quanto la stessa dà luogo alla irrogazione e esecuzione di una pena. Tuttavia, siccome il legislatore è ben consapevole che anche talune sentenze di proscioglimento possono produrre effetti pregiudizievoli nella vita di chi le subisce, egli ha voluto estendere la revoca anche ad alcune di queste pronunce. Infatti, la sentenza di proscioglimento per difetto di imputabilità, la cui ipotesi revocatoria è puntualmente stabilita nel comma 2 dell’art. 673 c.p.p., può comportare, come effetto negativo nella sfera giuridica del prosciolto, l’applicazione di una misura di sicurezza per arginare il rischio di futuri atti delinquenziali.

Posto che escludere la sentenza di proscioglimento ex art. 131 bis c.p. dal novero delle sentenze di proscioglimento revocabili ex art. 673 c.p.p. sulla scorta del solo dato formale favorirebbe un contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., delle due l’una: o si propende per la tesi della incostituzionalità dell’art. 673 c.p.p., per contrasto con l’art. 3 Cost., nella parte in cui non annovera tra le sentenze revocabili anche quella ex art. 131 bis c.p. oppure, attraverso un percorso interpretativo analogico, ammissibile perché in bonam partem e avente ad oggetto un principio generale, estendere l’abito applicativo della norma de quo anche a tutte le altre sentenze di proscioglimento che producono comunque alcuni effetti pregiudizievoli, ivi compresa la sentenza di proscioglimento ex art. 131 bis c.p.

Al momento la giurisprudenza sembrerebbe propendere per quest’ultima soluzione, infatti il Tribunale di Enna, con ord. 22 giugno 2016, riscontrando la medesima ratio legis tra l’esigenza di revoca delle pronunce espressamente indicate all’art. 673 c.p.p. e la pronuncia ex art. 131 bis c.p., anch’essa portatrice di effetti negativi nella sfera giuridica del destinatario, opta per la revoca della sentenza di proscioglimento passata in giudicato per il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, depenalizzato per effetto dell’entrata in vigore del D.lgs. n. 8/16.