

## PARTICOLARE TENUTA' DEL FATTO E CONTINUAZIONE: L'ASTRATTA COMPATIBILITÀ STRUTTURALE DEGLI ISTITUTI ALLA LUCE DELLA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

di Sofia LANNA\*

### ABSTRACT

*La astratta compatibilità strutturale tra la figura del reato complesso e la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. è stata di recente confermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, in una articolata sentenza, dopo aver passato in rassegna i tratti salienti degli istituti in considerazione, hanno dato conto del contrasto sul punto concludendo in senso favorevole alla conciliabilità tra gli stessi.*

### SOMMARIO

1. Cenni introduttivi al dibattito interpretativo.. 1
2. Natura e caratteristiche identitarie della particolare tenuità del fatto..... 2
3. Reato continuato: struttura unitaria o plurima? .....4
4. L'approdo delle Sezioni Unite: considerazioni conclusive..... 5

### 1. CENNI INTRODUTTIVI AL DIBATTITO INTERPRETATIVO

L'istituto del reato complesso, disciplinato dall'art. 81, comma 2, c.p. ed ispirato ad una logica di *favor rei*, rinviene la propria *ratio* nella necessità di garantire un mitigamento sanzionatorio - c.d. cumulo giuridico - al soggetto agente che, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, violi con più azioni od omissioni una o più disposizioni di legge e che, dunque, commetta una pluralità di reati.<sup>1</sup>

\*Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, specializzata in Professioni legali presso l'Università di Roma "La Sapienza".

<sup>1</sup> Più precisamente, dunque, ci si trova in presenza di una pluralità di reati che, in astratto, concorrerebbero materialmente tra loro. La peculiarità della disciplina dettata dall'art. 81, comma 2, c.p. risiede proprio nel fatto che tale speciale ipotesi di concorso di reati è sanzionata con la più

Tale scelta di politica criminale si giustifica in ragione del fatto che, in siffatta ipotesi, il reo - deliberando in un unico momento la commissione di plurime azioni criminose aventi una prospettiva finalistica unitaria - si discosta scientemente dai precetti contenuti nelle norme incriminatrici una sola volta, mostrando, pertanto, una minore intensità del dolo nel corso della progressione criminosa e, dunque, una minore pericolosità sociale.<sup>2</sup>

In questa ottica, dunque, colui che sceglie deliberatamente di discostarsi dalla soglia del lecito una sola volta - cedendo, quindi, agli impulsi criminosi *una tantum* - ed in ragione della realizzazione di un disegno criminoso delineato, fin dal principio, nelle sue linee essenziali merita un trattamento sanzionatorio meno gravoso rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione del concorso materiale di reati ai sensi degli artt. 71 e ss. c.p.

Preme evidenziare, infatti, che - da un punto di vista prettamente ontologico - i reati, unificati ai soli fini sanzionatori dall'art. 81, comma 2, c.p., risultano, come detto, essere plurimi.

In assenza della peculiare disciplina della continuazione, dunque, sarebbe applicabile la disciplina generale del concorso materiale di reati.

Ebbene, sul solco della disciplina poc'anzi tratteggiata prende vita il dibattito sorto in merito all'interazione tra l'istituto del reato continuato e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, introdotta nel nostro ordinamento dalla riforma contenuta nel D.lgs. n. 28/2015.<sup>3</sup>

L'ambito di applicazione della causa obiettiva di esclusione della punibilità disciplinata dall'art. 131-bis c.p. - "*Esclusione della punibilità per particolare*

favorevole disciplina sanzionatoria del cumulo giuridico in luogo di quella decisamente più gravosa prevista con il cumulo materiale (ovvero, in caso di cumulo giuridico, l'agente soggiace alla pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo).

<sup>2</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20/3/2019, n. 18192.

<sup>3</sup> In attuazione della Legge delega n. 67/2014 in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.

*tenuità del fatto*<sup>4</sup> – viene circoscritto dalla previsione di alcuni requisiti ben determinati dal legislatore: limite edittale per la pena detentiva – recentemente innovato dalla c.d. “Riforma Cartabia”<sup>5</sup> e portato dal limite del massimo non superiore ad anni cinque a quello del minimo non superiore ad anni due – e non abitudine della condotta.<sup>6</sup>

Ed è proprio sulla natura di tale ultimo requisito che si annida il dibattito sorto in merito alla compatibilità tra la figura del reato complesso che, come detto, rimane sostanzialmente ed ontologicamente formato da plurimi reati distinti tra loro ed unificati ai soli fini sanzionatori, e l’art. 131-*bis* c.p.: la sussistenza di molteplici reati è conciliabile con la condizione di non abitudine della condotta richiesta ai fini dell’applicazione della causa di non punibilità?

La giurisprudenza e la dottrina si sono a lungo interrogate sul punto.<sup>6</sup>

La più recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – che ha segnato un approdo definitivo *in subiecta materia* – pare orientarsi in senso favorevole alla astratta compatibilità strutturale tra i due istituti.<sup>7</sup>

## 2. NATURA E CARATTERISTICHE IDENTIFICATORIE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

L’art. 131-*bis* c.p. – introdotto in un’ottica deflattiva, in ossequio ai principi, di più ampio respiro, di sussidiarietà, di offensività e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio – prevede una causa di non punibilità, così come

affermato, peraltro, dalla più recente giurisprudenza di legittimità.<sup>8</sup>

In tale ultima categoria, infatti, secondo la teoria generale del reato, debbono ricondursi tutte quelle cause di esclusione della punibilità ispirate da una astratta valutazione di opportunità operata, *ex ante*, in sede legislativa.

Si pensi, tra tutte, alla causa di non punibilità di cui all’art. 649 c.p., pensata al fine di preservare l’equilibrio e l’unità familiare a fronte di delitti contro il patrimonio commessi dal reo a danno dei propri congiunti.

È pacifico, inoltre, che la *ratio* delle stesse non possa che riflettersi sulla loro natura di norme eccezionali e, dunque, sulla loro conseguente non estensibilità in analogia, nonostante la loro operatività *in bonam partem*, in ossequio a quando disposto dall’art. 14 delle Preleggi.

Ed infatti, non può che ritenersi eccezionale la previsione della impunità accordata in seguito all’accertamento di un fatto di reato rispetto al regolare procedimento di irrogazione della sanzione penale previsto per il reo dichiarato colpevole.

Nello specifico, l’art. 131-*bis* c.p. sancisce la non punibilità del soggetto agente al ricorrere di determinati presupposti: pena detentiva non superiore nel minimo ad anni due o pena pecuniaria, particolare tenuità dell’offesa – da valutare in relazione alle modalità della condotta, all’esiguità del danno o del pericolo e alla condotta susseguente al reato alla stregua dei criteri di cui all’art. 133, comma 1, c.p. – e non abitudine del comportamento.

<sup>4</sup> Introdotta dal D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150.

<sup>5</sup> Cfr. Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2019, pp. 826 e ss.; Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, pp. 446 e ss.

<sup>6</sup> Sul dibattito s.v. Cass. Sez. VI, 20 marzo 2019, n. 18192 in CED Cass. Rv. 275955-01, Cass. Sez. IV, 25 settembre 2018, n. 1819 in *Cass. Pen.*, 9, 2019, pp. 3202 e ss.; Cass. Sez. III, 29 marzo 2018, n. 19159 in CED. Cass. Rv. 273198; Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 3353 in CED. Cass. Rv. 272123; Cass. Sez. II, 5 aprile 2017, n. 28341 in CED. Cass. Rv. 271001; Cass. Sez. II, 5 aprile 2017 n. 28341 in CED. Cass. Rv. 271001, Cass. Sez. V, 15 maggio 2015, n. 45190 in *Cass. Pen.* con nota di L. Brizi, *L’applicabilità dell’art. 131 bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?* in *Cass. Pen.*, 9, 2016, pp. 3269 e ss.; S. Santini, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 6, 2017, pp. 308 e ss.

Si vedano, ancora, Cass. Sez. III, 13 luglio 2021, n. 35630 in CED Cass. Rv. 282034-01, Cass. Sez. IV, 13 novembre 2019, n. 10111 in CED Cass. Rv. 278642-01, Cass. Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 5358 in CED Cass. Rv. 272109, Cass. Sez. V, 31 maggio 2017, n. 35590 in CED Cass. Rv. 270998.

<sup>7</sup> La prima sentenza che si espresse in tal senso risale alla Cass. Pen., Sez. II, Sent. 29 marzo 2017 (dep. 26 aprile 2017), n. 19932, Pres. De Crescenzo, Rel. Pellegrino. Prima di quest’ultima la giurisprudenza di legittimità aveva sempre negato la compatibilità tra i due istituti.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione puntuale dell’istituto s.v. Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, in *Guida al diritto*, 2016. In dottrina s.v. M. Caterini, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, n. 2/2017, pp. 623 ss.; R. Rampioni, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, n. 2/2016, pp. 459 ss.; F. Mantovani, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. Pen.*, n. 7/2015, pp. 321 e ss.

Vengono, inoltre, esplicitate alcune ipotesi in cui è espressamente escluso che l'offesa possa ritenersi tenue secondo una valutazione discrezionale del legislatore.

Dirimente, ai fini della presente trattazione, quanto disposto dal quarto comma del medesimo articolo in ordine alla abitudine del comportamento.<sup>9</sup>

La condotta deve, senz'altro, intendersi abituale quando l'autore del reato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ai sensi degli artt. 102 e ss. c.p., quando i reati commessi abbiano la medesima indole ai sensi dell'art. 101 c.p.<sup>10</sup> anche laddove ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità,<sup>11</sup> ovvero quando i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Escluse le prime due ipotesi, non afferenti all'istituto del reato continuato, ci si è a lungo interrogati sulla possibilità di far rientrare la continuazione nella terza fattispecie sopra descritta.

Secondo un orientamento maggiormente restrittivo, infatti, i plurimi reati sottesi alla continuazione non potrebbero che essere intesi quali rientranti nella nozione di condotte plurime e, dunque, quali sinonimo di un comportamento senz'altro abituale.<sup>12</sup>

Il riconoscimento della continuazione, pertanto, sarebbe sintomatico di una vera e propria "devianza non occasionale", incompatibile con il riscontro di una offesa di particolare tenuità.<sup>13</sup>

In base a quanto sostenuto dai fautori di altro indirizzo ermeneutico - maggiormente in linea con la soluzione prospettata dalle recenti Sezioni Unite - invece, non vi sarebbero condizioni ostative al riconoscimento della particolare tenuità del fatto in ipotesi di continuazione purché, però, all'esito di un'indagine concreta e casistica, il comportamento del reo non sia espressivo di una tendenza o inclinazione al crimine.<sup>14</sup>

In buona sostanza, il riconoscimento del vincolo di continuazione da parte del giudice del merito non implica in via automatica e presuntiva l'abitudine della condotta.

Come già accennato - e come meglio spiegato *infra* - con la sentenza n. 18891 del 2022<sup>15</sup> le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, accogliendo l'orientamento meno restrittivo, hanno ritenuto che, all'esito di una valutazione complessiva della fattispecie concreta, è ben possibile riscontrare una particolare tenuità del fatto anche in presenza di una serie di reati avvinti dal vincolo della continuazione ai sensi dell'art. 81 c.p.

Ciò, in particolare, tenendo conto di molteplici indicatori fattuali rappresentati nella medesima pronuncia: la natura e la gravità degli illeciti unificati, la tipologia dei beni giuridici tutelati, l'entità delle disposizioni di legge violate, le finalità e le modalità esecutive delle condotte, le rispettive motivazioni e le conseguenze derivatene, il contesto spazio temporale in cui le violazioni si collocano, l'intensità del dolo e la rilevanza attribuibile alla condotta susseguente al compimento del fatto di reato.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Si ricordi che, in via generale, affinché il reato possa definirsi abituale si richiede che, ai fini della sua integrazione, sia prevista la reiterazione di più condotte omogenee tra loro idonee a dar vita, per l'appunto, ad una forma di abitudine. Il dolo richiesto, peraltro, è unitario e, dunque, il soggetto agente dovrà necessariamente rappresentarsi e volere il fatto che la nuova condotta si sommi a quelle precedenti.

<sup>10</sup> È utile rammentare che i reati della stessa indole devono, nella loro totalità, corrispondere ad almeno tre illeciti commessi, così come ricordato dalle Sez. Un. n. 13681 del 25 febbraio 2016, secondo cui «il tenore letterale lascia intendere che [...] il terzo illecito della medesima indole dà legalmente luogo alla serialità che osta all'applicazione dell'istituto».

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 776.

<sup>12</sup> *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/05/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341; Sez. V, 14/11/2016, n. 4852.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20/3/2019, n. 18192; Sez. IV, 25/9/2018, n. 44896; Sez. III, 29/3/2018, n. 19159; Sez. VI,

13/12/2017, n. 3353; Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/5/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341; Sez. II, 2/1/2017, n. 1.

<sup>14</sup> *Ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 15/9/2021, n. 36534; Sez. III, 13/7/2021, n. 35630; Sez. V, 13/7/2020, n. 30434; Sez. II, 27/1/2020, n. 11591; Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111; Sez. II, 10/9/2019, n. 42579; Sez. III, 20/11/2018, n. 16502; Sez. IV, 11/12/2018, n. 4649; Sez. IV, 25/9/2018, n. 47772.

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza del 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891, Cassano Presidente - De Amicis Relatore - P.M. Lignola.

<sup>16</sup> Quanto all'elemento della condotta susseguente al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa si tenga in considerazione il passaggio motivazionale in cui la Suprema Corte statuisce che «le condotte successive al reato ben possono integrare nel caso concreto un elemento suscettibile di essere preso in considerazione nell'ambito del giudizio di particolare tenuità dell'offesa, rilevando ai fini dell'apprezzamento della entità del danno ovvero come possibile spia dell'elemento soggettivo».

Tale ultimo elemento, peraltro, assume un peculiare rilievo se inserito nel contesto della recente “Riforma Cartabia” che, incidendo sul dato letterale dell’art. 131-*bis* c.p., ha dato rilevanza proprio al parametro – da valorizzare ai fini del giudizio sulla particolare tenuità del fatto – della condotta susseguente al reato.<sup>17</sup>

### 3. REATO CONTINUATO: STRUTTURA UNITARIA O PLURIMA?

La controversa questione concernente la natura – plurima o unitaria – del reato complesso è stata a lungo oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La risoluzione, nell’uno o nell’altro senso, della problematica sottesa al contrasto ermeneutico assume particolare rilievo ai fini della questione che ci occupa; solo partendo dall’assunto per il quale il reato continuato risulta composto da una pluralità di illeciti è possibile, infatti, porsi l’interrogativo concernente la compatibilità tra quest’ultimo e il requisito della non abitualità della condotta richiesto dall’art. 131-*bis* c.p.

Secondo un’interpretazione ormai consolidatasi in seno alla giurisprudenza di legittimità, il reato continuato – che, come detto, deroga al regime del concorso materiale di reati – risulta unificato – per *factio iuris* – ai soli fini sanzionatori mantenendo viva, al contrario, la sua ontologica pluralità in ordine ai reati che lo compongono.

Si tratta, dunque, di una singolare ipotesi di concorso di reati disciplinata in via autonoma dal legislatore.

Se prima della riforma del 1974 la concezione unitaria risultava prevalente in ragione del tenore letterale dell’art. 81, comma 2, c.p., la nuova formulazione della disposizione ha eliso qualsivoglia dubbio in merito: basti pensare, infatti, alla eliminazione del riferimento alla considerazione unitaria della fattispecie nonché alla piena

equiparazione normativa tra il fenomeno della continuazione e il reato formale.<sup>18</sup>

La considerazione unitaria del reato continuato, come ricordato dalle medesime Sezioni Unite n. 18891 del 2022, può aver luogo nei soli casi previsti dalla legge o, in assenza di disciplina positiva, per finalità favorevoli al reo in coerenza con la *ratio* dell’istituto.

Non è possibile, dunque, immaginare che, in assenza di una specifica previsione di legge, più reati vengano considerati avvinti dal vincolo della continuazione con effetti sfavorevoli rispetto all’autore dei medesimi.

Ad oggi, gli unici effetti sfavorevoli collegati al reato continuato sono, infatti, espressamente previsti dal legislatore.

A tal proposito, è possibile tenere in considerazione il termine di decorrenza della prescrizione che, ai sensi dell’art. 158 c.p., si identifica con il momento in cui cessa la continuazione – ovvero con la commissione dell’ultimo dei reati programmati – e non con quello della consumazione dei singoli reati.<sup>19</sup>

Tale estensione dell’unificazione *in malam partem* rientra, ad ogni modo, nell’ambito della discrezionalità legislativa, corredata dal principio della ragionevolezza.

Ciò che non può accadere, invece, è che sia il giudice ad intervenire in via interpretativa adducendo effetti sfavorevoli derivanti dall’unificazione di più reati laddove ciò non sia stato previamente contemplato dal legislatore.

Si ritiene, in definitiva, che il reato continuato debba intendersi come ontologicamente plurimo, e ciò a prescindere dalla astratta unitarietà fittizia che deriva dal contenuto precettivo dell’art. 81, comma 2, c.p.

Secondo autorevole dottrina, quindi, il reato continuato deve considerarsi unitario esclusivamente in presenza di effetti favorevoli per il

<sup>17</sup> Infatti, come ricordato dalle Sezioni Unite nella sentenza in oggetto – pronuncia antecedente all’entrata in vigore della riforma Cartabia – l’art. 1, co. 21, lett. b), della l. 27 settembre 2021, n. 134, nel dettare i principi e i criteri direttivi inerenti alle modifiche al Codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, suggerisce al legislatore delegato di attribuire rilievo «alla condotta

*sussequente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell’offesa».*

<sup>18</sup> Si fa riferimento alla riforma apportata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 – *Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale* – convertito con modificazioni dalla L. n. 220 del 1974.

<sup>19</sup> L’art. 158, comma 1, c.p., infatti, statuisce che «il termine della prescrizione decorre (...) per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione».

reo, al contrario, i reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso debbono ritenersi plurimi ed autonomi tra loro ogniqualvolta sia enucleabile un effetto sfavorevole per l'autore del reato.<sup>20</sup>

Di qui, tenuto conto dell'orientamento ormai prevalente che contrasta con una concezione unitaria del reato continuato, la più recente giurisprudenza, si è orientata - ancorandosi, in particolare, al dato letterale della norma in esame - nel senso di escludere dalla nozione di condotte plurime, abituali o reiterate di cui all'art. 131-*bis*, comma 4, c.p., il fenomeno della continuazione che, come visto, si sostanzia in una pluralità di reati e non, per l'appunto, in una pluralità di condotte afferenti ad un unico reato.

#### 4. L'APPRODO DELLE SEZIONI UNITE: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Sul solco di quanto precedentemente illustrato si sviluppa la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che - *in subiecta materia* - rappresenta, *rebus sic stantibus*, un approdo definitivo.<sup>21</sup>

È opportuno sin da subito evidenziare che l'indirizzo ermeneutico condiviso dalla Suprema Corte si fonda sulle medesime premesse logiche dell'orientamento secondo cui la natura del reato continuato - che, come visto a più riprese, è ontologicamente plurima - è, di fatto, di per sé incompatibile con la nozione di abitualità ostativa all'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

La conclusione - secondo cui vi sarebbe compatibilità strutturale tra i due istituti - appare, dunque, condivisibile.

Il concetto di abitualità, per come descritto nel medesimo disposto dell'art. 131-*bis* c.p., è riconducibile a tre ipotesi distinte: dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, commissione di più reati della stessa indole (almeno tre in totale) e ipotesi di condotte plurime, abituali o reiterate.

In tal guisa, dunque, la *voluntas legis* risulta essere quella di sottrarre dal perimetro applicativo

della causa di non punibilità tutte quelle condotte che, inquadrandosi nell'ambito della serialità, sono sintomatiche di una proclività al crimine.

Ebbene, tale tendenza criminale, invero, non può certamente dedursi, secondo una specie di presunzione assoluta, dalla mera presenza di un medesimo disegno criminoso che, al contrario, è elemento valorizzato dal legislatore proprio al fine di giungere ad una mitigazione del trattamento sanzionatorio in un'ottica di *favor rei*.

Non si comprende, dunque, come lo stesso elemento fattuale possa essere posto alla base di due considerazioni tra loro contrastanti: l'una, avente base legislativa, secondo la quale la presenza dell'unitarietà del fine e, dunque, della continuazione conduce a risvolti favorevoli per il reo, l'altra, di origine interpretativa, che opererebbe, invece, *in malam partem* andando a tradire sia la finalità deflattiva posta alla base dell'art. 131-*bis* c.p. che la *ratio* dell'art. 81 c.p.

Appare preminente, infatti, verificare se il fatto, nella sua concreta realizzazione, possa o meno essere considerato per la sua speciale tenuità.

Un'aprioristica negazione della possibilità di svolgere un'indagine fattuale si porrebbe in contrasto con la stessa finalità della norma in questione che, come in precedenza esaminato, risulta espressione del principio di sussidiarietà del diritto penale.

Il legislatore, dunque, nell'ottica di impedire sin dal principio l'ingresso nel circuito sanzionatorio in presenza di un'offesa avente entità minima ha ritenuto opportuno introdurre una causa di non punibilità che - così come evidenziato dalle medesime Sezioni Unite - richiede necessariamente, ai fini della sua applicazione, una valutazione in concreto delle dinamiche del fatto - e, in particolare, della biografia criminale del singolo agente - anche in considerazione di quanto esplicitato nel primo comma dell'art. 131-*bis* c.p.

Infatti, il riferimento agli indicatori delle modalità della condotta, della esiguità del danno o del pericolo nonché della condotta susseguente al reato non può che deporre a favore di quanto poc'anzi sostenuto.

<sup>20</sup> *Ex multis*, s.v. M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Giappichelli, 2015, p. 176.

<sup>21</sup> Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza del 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891.

L'affermazione, dunque, di una astratta conciliabilità tra i due istituti, e quindi dell'esclusione di qualsivoglia automatismo, si pone in linea con la *ratio* ispiratrice di entrambi: l'unificazione fittizia di più reati in ottica di *favor rei* da un lato, e, dall'altro lato, l'obiettivo di deflazione nel rispetto del principio di sussidiarietà.

La natura del reato continuato, ontologicamente plurima, consente agli interpreti di escludere la sovrapposizione tra la nozione di pluralità delle condotte e quella di pluralità di reati.

Nel reato continuato, come visto, vi sono più reati avvinti tra loro in ragione della medesimezza del disegno criminoso e mitigati a livello sanzionatorio dal ricorso al cumulo giuridico; diversamente, quanto richiesto dall'art. 131-*bis* c.p. al fine di identificare una abitudine ostativa alla operatività della norma è la presenza, tra le altre, di condotte plurime.

Nel caso che ci occupa, però, ad essere molteplici sono i reati, e non semplicemente le condotte afferenti ad un medesimo delitto.

Coglie nel segno, allora, quella parte della dottrina e della giurisprudenza che ritiene ben possibile configurare un'ipotesi di particolare tenuità anche in presenza di reati avvinti dal vincolo della continuazione.

Quella tendenza al crimine che caratterizza l'abitudine, che si pone quale ostacolo all'applicazione della causa di non punibilità, non si rinviene in automatico nella individuazione della continuazione che, anzi, dimostrerebbe proprio una minore intensità del dolo dell'autore dei reati che cede all'impulso criminale una sola volta e che, per questo motivo, merita una risposta sanzionatoria meno afflittiva di quella derivante, di regola, dal cumulo materiale.

All'esito dell'indagine concreta, da condurre caso per caso, l'autorità giudiziaria ben potrà, invece, escludere la causa di non punibilità, anche in presenza di un'offesa di lieve entità, se i reati avvinti dal vincolo della continuazione risultino essere della medesima indole che, ai sensi dell'art. 101 c.p., si identifica in tutti quei reati che violino la medesima disposizione di legge o che, secondo un criterio sostanziale, anche in presenza di differenti disposizioni di legge, presentano - per la natura dei fatti realizzati, da un punto di vista oggettivo, o dei motivi determinanti la loro commissione, da un punto di vista soggettivo - caratteri fondamentalmente comuni.<sup>22</sup>

In conclusione, dunque, risulta pienamente condivisibile il risultato interpretativo cui è giunta la Suprema Corte nella recente sentenza oggetto di trattazione.

La ontologica diversità delle *rationes* poste alla base dei due istituti - causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e continuazione - presta il fianco a riflessioni volte ad escludere meccanismi di automatica esclusione aventi effetti *in malam partem*.

La risposta sanzionatoria penale, come noto, rappresenta - secondo il principio di sussidiarietà - l'*extrema ratio* cui ricorrere in presenza di offese meritevoli di una punizione particolarmente afflittiva.

In ossequio ai principi di offensività e materialità del reato, dunque, è imprescindibile escludere dal novero dei fatti penalmente sanzionabili tutti quelle fattispecie concrete in cui venga del tutto a mancare la lesività della condotta o - come nel caso di cui all'art. 131-*bis* c.p. - risulti particolarmente lieve l'entità dell'offesa arrecata ai beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 53401/2018 secondo cui: "la definizione di reati "della stessa indole", posta dall'art. 101 cod. pen. e rilevante per l'applicazione della recidiva ex art. 99 cod. pen., comma 2, n. 1, prescinde dalla identità della norma incriminatrice e fa riferimento ai criteri del bene giuridico violato o del movente delittuoso, che consentono di accertare, nei casi concreti, i caratteri fondamentali comuni fra i diversi reati (Sez. 6, n. 15439 del 17/03/2016, C, Rv. 266545; Sez. 2, n. 40105 del 21/10/2010, Apostolico, Rv. 248774), e se non intende mettere in discussione il ruolo primario, nella valutazione da compiersi, della discrezionalità del giudice, il cui esercizio se adeguatamente motivato non è censurabile in Cassazione (Sez. 3, n. 11954 del 16/12/2010 - dep. 24/03/2011,

L., Rv. 249744; Sez. 3, n. 759 del 06/04/1971, Silva, Rv. 118678), induce a tener conto del fatto che il criterio sostanziale - pur evocato dal legislatore nell'art. 101 cod. pen. per l'accertamento dell'omogeneità fra i reati quando vengano violate diverse disposizioni di legge, mediante il riferimento alla natura dei fatti o ai motivi dell'agire - dilata sensibilmente l'area dei reati della stessa indole, determinando, nelle diverse ipotesi che tale concetto si richiamano, un trattamento più sfavorevole per il soggetto che ne è attinto (Sez. 1, n. 27906 del 15/04/2014, Stocco, Rv. 260500)".

In tale ottica di *favor rei* si radica l'orientamento volto ad ammettere la compatibilità strutturale tra gli istituti illustrati: la serialità criminale che caratterizza il fenomeno della abitudine e che, quindi, genera una maggiore riprovevolezza nella valutazione sociale e politica, non può e non deve ritenersi *ex se* sinonimo di continuazione alla base della cui disciplina, viceversa, si rinvengono la unitarietà e la medesimezza del disegno criminoso che si atteggiavano come elementi sintomatici di una minore pericolosità sociale.