

Camera Penale di Pescara

aderente all'Unione Camere Penali Italiane

Gruppo di Studio e Ricerca Scuola di Formazione e Qualificazione dell'Avvocato Penalista

XVI CORSO DI FORMAZIONE DEL PENALISTA

Aprile 2022 - Aprile 2024

Lezione del 15/07/2022

Materia : Diritto Penale

Relatore : Avv. Ugo Di Silvestre

Tutor : Avv. Riccardo Di Girolamo

SCHEDA DIDATTICA
UNITÀ E PLURALITÀ DI REATI
IL CONCORSO DI REATI
IL REATO CONTINUATO

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- Libro I – Titolo III – Capo III c.p.
- Art. 15 c.p.
- Art. 40 c.p.
- Art. 61 n. 2 c.p.
- Artt. 71 e ss. c.p.
- Artt. 133 c.p.
- Artt. 135 c.p.
- Artt. 671 c.p.p.
- Artt. 186, 187, 188 disp. att. c.p.p.

DOTTRINA

- FIANDACA-MUSCO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2013 ;
- MANTOVANI, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2015 ;
- ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2003;
- ZAGREBELSKY, Reato continuato, 1976, pag. 41 ss. ;
- PAGLIARO, Principi di Diritto Penale, Parte Generale, 2003 ;

CONCORSO DI REATI, REATO CONTINUATO E CONCORSO APPARENTE DI NORME

§ Premessa

Gli istituti del *concorso di reati*, del *reato continuato* e del *concorso apparente di norme* appaiono caratterizzati dal dato comune della contemporanea riferibilità (effettiva o apparente), ad un medesimo soggetto, di una *pluralità di reati*.

Ciò accade perché il soggetto pone effettivamente in essere una pluralità di condotte, ciascuna delle quali a contenuto criminoso (*concorso materiale e reato continuato*), ovvero perché la pluralità di reati è conseguenza di un'unica condotta (*concorso formale*), o, infine, perché la condotta posta in essere si caratterizza per la presenza di elementi comuni ad una pluralità di reati, di cui uno soltanto, in realtà, viene realizzato (*concorso apparente di norme*).

Concorso di reati e *concorso apparente di norme* rappresentano, dunque, dal punto di vista concettuale, fenomeni simmetrici e contrari e ciò giustifica, tradizionalmente, la loro trattazione nella medesima *sedes materiae*.

UNITA' E PLURALITA' DI AZIONE

§ Premessa

Punto di partenza della teoria del *concorso di reati* è la preliminare distinzione tra *unità e pluralità dell'azione*.

Su tale distinzione fonda, infatti, il discrimine tra *concorso formale* di reati (*unicità dell'azione*) e *concorso materiale* di reati (*pluralità di azioni*).

§ Criteri di determinazione dell'unità o pluralità dell'azione

Al fine della risoluzione della problematica relativa alla corretta individuazione dei casi di *concorso materiale* e di *concorso formale*, **la dottrina ha elaborato, nel corso del tempo, specifici criteri** atti a distinguere le ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad un'unica azione, da quelle in cui ricorre, invece, una *pluralità di azioni*.

Il problema, ovviamente, non si pone nei casi in cui sia la stessa fattispecie astratta a richiedere, ai fini della consumazione, la realizzazione di *più atti*, posto che, in tali circostanze, l'azione è sempre *unica* (si pensi al reato di rapina, ex art. 628 c.p., che postula l'impossessamento della *res*, accompagnato da violenza o minaccia).

Teoria naturalistica - Secondo una prima impostazione, tradizionale (Antolisei), per determinare il carattere *unitario* dell'azione, è richiesto il duplice requisito della **contestualità degli atti** e della **unicità del fine**: si ha azione unica quando gli atti in cui si realizza la condotta si susseguono tra loro senza un apprezzabile intervallo temporale (elemento oggettivo) e se perseguono tutti lo stesso obiettivo (elemento soggettivo). Più azioni in senso naturalistico si ricompongono in un'azione giuridicamente unitaria se unico è lo scopo che le sorregge e se si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione (*ricorre un'azione unitaria nel caso dell'impossessamento degli oggetti di un magazzino con più atti di sottrazione, così come anche nel caso di chi, nel medesimo contesto, compia ripetuti atti di violenza sessuale su di una donna, ecc.*).

Teoria normativa - La dottrina più moderna (Mantovani, Fiandaca-Musco), tuttavia, ritiene come tale opzione non sia sempre in grado di offrire un criterio di delimitazione sicuro ed al riparo da applicazioni arbitrarie, evidenziando, tra l'altro, come il criterio della *unicità del fine*

rileverebbe per i soli reati dolosi e non anche per quelli colposi. Per tale ragione, secondo un più condiviso assunto, la considerazione della unicità, sia di scopo, che di contesto, non può essere disgiunta dalla **contemporanea ricognizione del significato normativo** delle fattispecie che vengono, di volta in volta, in questione (si pensi al soggetto che sottragga un'arma per costringere una donna ad avere rapporti sessuali; si avranno non un'unica azione ma distinte azioni di furto e violenza carnale).

§ Unità di azione nei reati colposi e nei reati omissivi

Regole peculiari valgono sul terreno dei reati colposi e dei reati omissivi.

Nei reati colposi, in particolare, occorre tener conto non solo della unicità o pluralità degli *obblighi di diligenza violati*, quanto, piuttosto, degli **eventi** cagionati, poichè, a seconda che questi ultimi siano *uno* o più di uno, ha luogo, rispettivamente, *unità* o *pluralità* di azioni.

Si avrà, quindi, *unica azione* quando, nonostante la violazione di più obblighi di diligenza, l'evento tipico si sia verificato *una sola volta*; laddove, invece, si siano verificati *più eventi tipici* o lo stesso evento si sia verificato *più volte*, occorre stabilire se l'autore, tra un evento e l'altro, fosse in grado (*pluralità di azione*) ovvero non fosse in grado (*unità di azione*) di adempiere all'obbligo di diligenza.

Criteri analoghi appaiono prospettabili in punto di **reati omissivi**.

Così, nel caso dell'**illecito omissivo improprio**, è da ritenere sussistere *una sola omissione* se il garante poteva impedire i diversi eventi, soltanto attivandosi contemporaneamente; si configurano, invece, *diverse omissioni* se, dopo il verificarsi del primo evento, gli altri potevano ancora essere impediti.

Nell'ambito dei **reati omissivi propri**, si verifica una pluralità di omissioni se l'omittente viola contemporaneamente più obblighi di condotta, ma i diversi obblighi potevano essere adempiuti uno dopo l'altro.

UNITA' E PLURALITA' DI REATI

§ Premessa

La distinzione tra **unità e pluralità dell'azione**, se talora coincide ed è sovrapponibile con quella tra **unità e pluralità di reati**, in altri casi lascia, invece, del tutto impregiudicata la questione del carattere unico o plurimo del reato.

Dall'unità o pluralità di azioni, infatti, non deriva sempre, e rispettivamente, una unità ovvero una pluralità di reati.

La *unica* azione o omissione, può originare, infatti, tanto un *unico reato*, quanto una *pluralità* di reati (*concorso formale*).

Di converso, la *pluralità* di azioni o omissioni, può originare, talora una *pluralità* di reati (*concorso materiale*), e talora un *unico* reato.

Ed è evidente, dunque, come la questione afferente il discrimine tra **unità e pluralità della azione** rilevi ai fini della distinzione tra *concorso formale (unica azione)* e *concorso materiale (pluralità di azioni)* di reati; mentre, la questione relativa alla **unità o pluralità dei reati**, involga, di contro, i rapporti tra *reato unitario (unico reato)* e concorso formale omogeneo (*pluralità di reati*).

Ciò doverosamente premesso sotto il profilo metodologico, occorre considerare come la questione relativa alla **unità o pluralità dei reati** appaia tra le *più impegnative* della scienza penale. Sul punto sono stati elaborati tre fondamentali orientamenti.

Concezione naturalistica - Secondo una prima concezione, l'unità o la pluralità di reati, va desunta da strutture preesistenti *in rerum natura* ed individuabili in base ad una teoria generale della realtà. Si avrà, quindi, *un solo reato o più reati, a seconda che si abbia, rispettivamente, un'unica azione o più azioni, un unico evento o più eventi, un'unica volontà più volontà*. L'insuccesso di tali sforzi è dovuto alla elementare considerazione per cui, *in rerum natura*, non esiste né unità, né pluralità, ma soltanto una serie meccanica di movimenti muscolari, di atti psicologici, di accadimenti. La tesi, peraltro, appare anche smentita anche dal diritto positivo, laddove ammette la *pluralità* di reati nonostante l'identità degli atti esecutivi (art. 81, 1° comma c.p.), o dello *scopo* (art. 61 n. 2 c.p.); e, viceversa, l'*unicità* del reato, nonostante la ripetizione del comportamento (*reati abituali*).

Concezione normativa - Secondo altra concezione, che è la più condivisa, *l'unità o pluralità di reati va desunta esclusivamente dalla norma penale*, che è l'unico metro per stabilire se il fatto storico sia valutato dal diritto penale come un solo illecito o come più illeciti. Pur se sostanzialmente corretta, nei termini in cui è formulata, questa teoria ammette, di fatto, un'assoluta libertà creativa del diritto, che aprirebbe la strada, al limite, anche a contenuti più irrazionali e liberticidi.

Concezione normativa a base ontologica - Da ultimo, ed al fine di scongiurare il rischio di un'eccessivo arbitrio da parte del diritto, si è affermato che, sebbene la norma costituisca il primo presupposto logico per la valutazione del fatto storico come *unico o plurimo*, tuttavia, *determinati schemi ontologici non possono non costituire la struttura portante del sistema penale*. Allo stato, questa interpretazione sembra essere quella più conforme al dettato costituzionale del nostro sistema penale, improntato ai principi di *materialità, offensività e soggettività*, che indicano il *minimum* di elementi ontologici per aversi unità di reato, rappresentato dalla triade: *fatto materiale, offensivo di beni preesistenti, attribuibile soggettivamente al soggetto agente*. Non indicano, invece, il *massimo* degli elementi ontologici unificabili, per cui, a fronte di fatti, con le suddette caratteristiche e tra loro collegati, è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta di unificarli in un'unica fattispecie (*reati complessi o abituali*) o assumerli come più reati connessi (art. 61 n. 2 c.p.), ovvero considerarli come reato unico a certi fini, e come come più reati, ad altri fini (*reato continuato*).

CONCORSO MATERIALE DI REATI

Ricorre la ipotesi del **concorso materiale di reati** allorché un soggetto, con **più azioni od omissioni**, compia una **pluralità di reati** (si pensi al soggetto che, prima, si renda autore di un furto di un autoveicolo e, successivamente postosi alla guida, colposamente, investa un passante, provocandone la morte).

Il concorso può essere **omogeneo**, quando è violata, più volte, la *stessa* norma penale (si pensi al soggetto che, in momenti diversi, compia più furti o più omicidi), ovvero **eterogeneo**, allorché siano violate norme diverse (si pensi al soggetto che commetta un furto, seguito, poi, da un omicidio). In tal caso, la risposta sanzionatoria predisposta dal legislatore si esprime nella formula del cd. **cumulo materiale** delle pene : ***tot crimina tot poenae***.

L'espressione codicistica di questo brocardo è racchiusa nei commi primo e terzo dell'art. 73 e nel comma primo degli artt. 74 e 75 c.p..

La prima norma (**Art. 73 c.p.**) ha riguardo alla ipotesi della commissione di più reati per i quali siano previste **pene detentive (comma primo)** o **pecuniarie (comma terzo)** della **stessa specie**: *“se più reati importano pene temporanee detentive della stessa specie, si applica una pena unica, per un tempo uguale alla durata complessiva delle pene che si dovrebbero infliggere per i singoli reati” (comma primo); “le pene pecuniarie della stessa specie si applicano tutte per intero” (comma secondo).*

Nei casi descritti dal richiamato disposto normativo, la pena che viene comminata è, sì unica, ma è la risultante della **somma aritmetica** delle pene, in concreto, applicate per i singoli reati. Regola simile con riferimento, rispettivamente, alle **pene detentive di specie diversa** ed alle **pene pecuniarie di specie diversa** è posta, rispettivamente, negli **artt. 74** (*“Se più reati importano pene temporanee detentive di specie diversa, queste si applicano tutte distintamente e per intero. La pena dell'arresto è eseguita per ultima.”*) e **75 c.p.** (*“Se più reati importano pene pecuniarie di specie diversa, queste si applicano tutte distintamente e per intero. Nel caso che la pena pecuniaria non sia stata pagata per intero, la somma pagata, agli effetti della conversione, viene detratta dall'ammontare della multa”*).

Qui, ovviamente, la diversità di specie è da ostacolo alla unificazione della pena; tuttavia, l'effetto finale è analogo: **le pene per i singoli reati verranno applicate distintamente e per intero** (e, quindi, il periodo totale di espiazione delle pene detentive o l'importo finale delle pene pecuniarie sarà sempre risultante dalla somma delle singole sanzioni).

Il **cumulo materiale** si applica non soltanto a reati che siano contemporaneamente **sub iudice** (**Art. 71 c.p.**. *“Condanna per più reati con unica sentenza o decreto. Quando, con una sola sentenza o con un solo decreto, si deve pronunciare condanna per più reati contro la stessa persona, si applicano le disposizioni degli articoli seguenti.”*), ma anche nelle ipotesi in cui un soggetto, già precedentemente condannato, debba essere nuovamente giudicato per un altro reato commesso, anteriormente o posteriormente, a quello già definito in sentenza (o in decreto penale di condanna) o debbano trovare esecuzione, nei suoi confronti, più giudicati (**Art. 80 c.p.**. *“Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche nel caso in cui, dopo una sentenza o un decreto di condanna, si deve giudicare la stessa persona per un altro reato commesso anteriormente o posteriormente alla condanna medesima, ovvero quando contro la stessa persona si debbono eseguire più sentenze o più decreti di condanna.”*).

A differenza del codice Zanardelli del 1889 (che prevedeva il regime del c.d. cumulo giuridico), il codice Rocco ha voluto rendere più rigoroso il trattamento sanzionatorio del **concorso materiale**, introducendo il diverso principio del **cumulo materiale**, a mente del quale si cumulano le pene previste per ciascuno dei delitti commessi.

Nell'adottare tale principio, tuttavia, il legislatore del '30 non si è, davvero spinto sino in fondo, ritenendo, comunque, opportuno introdurre alcuni **temperamenti** diretti a stabilire dei **limiti invalicabili di pena**, nella consapevolezza dei pesanti effetti che l'applicazione del criterio del cumulo materiale avrebbe comportato, specie nei casi di applicazione delle pene per i reati più gravi.

Tali temperamenti sono contenuti, quanto alle **pene principali**, nella previsione di cui all'**art. 78 c.p.** (*“Limiti degli aumenti delle pene principali : Nel caso di concorso di reati preveduto dall'articolo*

73, la pena da applicare a norma dello stesso articolo non può essere superiore al **quintuplo** della più grave fra le pene concorrenti, né comunque eccedere: 1) trenta anni per la reclusione; 2) sei anni per l'arresto; 3) euro 15.493 per la multa e euro 3.098 per l'ammenda; ovvero euro 64.557 per la multa e euro 12.911 per l'ammenda, se il giudice si vale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133 bis. Nel caso di concorso di reati preveduto dall'articolo 74, la durata delle pene da applicare a norma dell'articolo stesso non può superare gli anni trenta. La parte di pena eccedente tale limite è detratta in ogni caso dall'arresto.") e, quanto alle **pene accessorie**, nella previsione di cui all'**art. 79 c.p.** ("Limiti degli aumenti delle pene accessorie. La durata massima delle pene accessorie temporanee non può superare, nel complesso, i limiti seguenti: 1) dieci anni, se si tratta della interdizione dai pubblici uffici o dell'interdizione da una professione o da un'arte; 2) cinque anni, se si tratta della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte.").

Infine e, sebbene in modo peculiare, una ulteriore ipotesi di temperamento dell'effetto del cumulo materiale può rinvenirsi nella disciplina dettata dall'**art. 72 c.p.** in tema di concorso di reati che importano l'**ergastolo** e di reati che importano pene detentive temporanee. ("Al colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, si applica la detta pena con l'isolamento diurno da sei mesi a tre anni. Nel caso di concorso di un delitto che importa la pena dell'ergastolo, con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni, si applica la pena dell'ergastolo con l'isolamento diurno per un periodo di tempo da due a diciotto mesi. L'ergastolano condannato all'isolamento diurno partecipa all'attività lavorativa.").

La *ratio* che giustifica l'applicazione del regime del cumulo materiale, in luogo del più mite criterio del cumulo giuridico (operante per il concorso formale e per il reato continuato), è la pluralità di condotte, cui corrisponde una **pluralità di autonome volizioni** che le sorreggono.

Vi è da dire, tuttavia, come, sul piano della **prassi giudiziaria**, l'istituto del concorso materiale sia, ormai, di fatto, di **minima e residuale applicazione**.

Difatti, in seguito alla riforma novellistica del 1974, che ha esteso la figura del *reato continuato* anche alle ipotesi di violazione di disposizioni di legge *diverse* (v. infra), l'area di operatività del concorso materiale di reati si è drasticamente ridotto rispetto al passato.

Ciò, in quanto, laddove i diversi reati commessi dallo stesso soggetto siano avvinti da un *medesimo disegno criminoso* (v. infra), in luogo della disciplina del *cumulo materiale* delle pene, si farà luogo alla applicazione del più mite regime del *cumulo giuridico*, previsto dal novellato art. 81 c.p..

E' corretto affermare, pertanto, che, ad oggi, l'istituto del concorso materiale, sia destinato ad operare **solo in sede esecutiva**, come meccanismo di determinazione della pena da espiare.

Ultima notazione, sotto il profilo strettamente dogmatico. L'orientamento attualmente prevalente tende a negare, al concorso materiale di reati, una specifica rilevanza come **autonomo istituto di diritto sostanziale** : il concorso di reati viene considerato, dal legislatore, soltanto nella ristretta ottica dell'**unificazione, in via esecutiva**, delle **sanzioni applicabili al soggetto**.

Una specifica rilevanza di diritto sostanziale può essere attribuita *soltanto* a quella forma di concorso materiale di reati che va sotto il nome di **connessione di reati ex art. 61, n. 2 c.p.**, posto che, in tal caso, il collegamento tra i vari reati comporta l'applicazione di una circostanza aggravante.

Di contro, certamente dotati di specifica rilevanza sul terreno del diritto sostanziale sono, gli istituti del *concorso formale* e del *reato continuato* (v. infra).

CONCORSO FORMALE DI REATI

§ Requisiti

Agli antipodi del concorso materiale di reati (caratterizzato, come detto, da una pluralità di condotte di reato autonome realizzate da un medesimo soggetto), si pone il fenomeno del **concorso formale** di reati, connotato, invece, dal fatto che un soggetto, con **una sola azione od omissione**, violi **diverse disposizioni di legge** ovvero commetta **più violazioni della medesima disposizione**.

A seconda che l'oggetto dell'agire criminoso sia la violazione di una medesima disposizione di legge, ovvero di disposizioni di legge diverse, si distingue tra concorso formale *omogeneo* e concorso formale *eterogeneo*.

Dal punto di vista sanzionatorio, in tal caso, si fa luogo al **cumulo giuridico** delle pene: viene applicata *la pena prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo* (**art. 81**, comma primo c.p.).

Alla base dell'istituto, dunque (ed in ciò risiede la più appariscente differenza con la ipotesi di concorso materiale di reati) vi è la **unicità di azione od omissione** che, manifestando un *disvalore sociale minore* rispetto alla pluralità di condotte del concorso materiale, impone un trattamento sanzionatorio più mite (appunto, il *cumulo giuridico*).

Appare del tutto evidente, dunque, come il problema che si pone, ai fini dell'individuazione delle ipotesi di concorso formale, è quello di stabilire **quando vi sia stata la realizzazione di più reati riconducibile ad un'unica azione od omissione e quando, invece, l'unica condotta integri un solo reato**.

Come si è già osservato, infatti, la questione relativa all'*unicità (o pluralità) dell'azione* va tenuta distinta da quella relativa alla *unità o pluralità di reati*, trattandosi di concetti non sempre sovrapponibili.

Per stabilire quando una *medesima condotta (unicità dell'azione)*, realizzi davvero **più reati** in concorso formale ovvero *un solo reato*, è opportuno esaminare, separatamente, le ipotesi di concorso eterogeneo e quelle di concorso omogeneo.

§ Unicità di azione e pluralità di reati nel concorso formale eterogeneo

Di regola, l'equivalenza *unità di azione - unità di reato* si fonda sulla circostanza per cui l'azione tipica esaurisce il contenuto di una sola fattispecie incriminatrice.

Vi sono, tuttavia, dei casi in cui una medesima condotta realizzi, contemporaneamente, elementi riconducibili a diverse fattispecie incriminatrici: ed invero, uno stesso nucleo del fatto corrisponde a due (o più) fattispecie incriminatrici, mentre le parti residue corrispondono, per alcuni elementi, ad una fattispecie e, per altri elementi, ad un'altra fattispecie (*si pensi alla ipotesi del borseggiatore che sottrae un portafoglio dalla tasca di un passeggero di un tram. Il derubato se ne accorge e tenta di reagire: a questo punto interviene un agente di pubblica sicurezza che viaggia sullo stesso tram. Il borseggiatore usando violenza nei confronti del derubato e dello stesso agente riesce a divincolarsi e, profittando di una fermata, fugge con la refurtiva. In tal caso, la reazione violenta del borsaiolo rientra, contemporaneamente, nella fattispecie della rapina impropria (art. 628, comma 2°) e della resistenza a pubblico ufficiale (art. 337); mentre la sottrazione del portafoglio corrisponde alla sola*

fattispecie di cui all'art. 628, comma 2°, e la resistenza a pubblico ufficiale rientra solo nella fattispecie di cui all'art. 337).

Si badi come, affinché si configuri una ipotesi di concorso formale eterogeneo, la confluenza di più fattispecie penali verso la medesima condotta deve essere **effettiva**.

Se così non fosse, infatti, perché ad un più attento esame ci si accorge che soltanto una delle norme apparentemente confluenti esaurisce compiutamente la valutazione penalistica del fatto, si sarebbe in presenza della diversa ed opposta figura del **conflitto apparente di norme** e, dunque, in presenza di una **unicità di reato** (v. infra).

§ Unicità di azione e pluralità di reati : nel concorso formale omogeneo

Affinchè si abbia *concorso formale omogeneo*, da una sola condotta devono derivare la lesione o la messa in pericolo di più beni giuridici della stessa specie.

Per stabilire se si configuri un concorso formale omogeneo occorre, dunque, verificare **quante volte** una medesima azione violi una medesima disposizione incriminatrice.

In proposito, appare decisiva la distinzione tra fattispecie incriminatrici che tutelano **beni altamente personali** (*vita, integrità fisica, libertà personale, onore, etc.*) e fattispecie che proteggono **beni di natura diversa**.

Rispetto alle prime, è fuori di dubbio che si configuri una pluralità di reati laddove, con una medesima azione, si ledano soggetti passivi diversi (*si pensi all'automobilista che, per imprudenza, perda il controllo dell'auto ed investa più persone, provocandone la morte; ovvero ad un attentato terroristico commesso con un unico lancio di bombe che provochi, contemporaneamente, la morte o il ferimento di un uomo politico e di alcune persone del seguito, etc.*).

Rispetto alle seconde, invece, e cioè a fattispecie che tutelino beni non altamente personali, in presenza di una sola azione, pur lesiva di soggetti passivi diversi, non sempre è configurabile una pluralità di reati (*si pensi ad un unico furto commesso mediante un'unica azione di impossessamento di un bene appartenente a più soggetti passivi. Unicità di furto si avrebbe anche se l'impossessamento avesse ad oggetto più beni, appartenenti a soggetti passivi diversi, in quanto la pluralità di oggetti sottratti, comporterebbe soltanto un aggravamento quantitativo di un'offesa qualitativamente unitaria*).

Sotto il **profilo psicologico**, "perché si abbia concorso formale di reati è necessario che l'azione unica sia accompagnata e sorretta dall'elemento soggettivo tipico proprio di ciascuna fattispecie criminosa. Ciò significa che, **perché si abbia pluralità di reati, nonostante l'unicità dell'azione, è necessaria la presenza di una pluralità di processi volitivi**, sicché al moltiplicarsi delle lesioni faccia riscontro il moltiplicarsi degli elementi psicologici, propri di ciascuna fattispecie incriminatrice e, nell'ipotesi di plurima violazione della stessa disposizione di legge, che ciascuna di queste sia sorretta dall'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione del reato. Ne deriva che, se l'azione è unica ed unico è l'atteggiamento psicologico che sorregge il comportamento del colpevole, unico è il reato che egli commette" (Cassazione penale, sez. I, 07.12.1987).

Questa appena riportata è l'impostazione giurisprudenziale e dottrinale assolutamente dominante ma che, tuttavia, non si presta sempre ad una facile riconoscibilità sul piano applicativo. Ciò che appare, invece, caratterizzante sotto il profilo psicologico, nel caso di concorso formale è la presenza di un **processo volitivo unitario ad oggetto complesso o multiplo**. In altre parole, alla realizzazione, mediante una sola azione od omissione, di una pluralità di reati, si affianca un processo volitivo che, *ab origine*, li ricomprende tutti - *pur non*

vincolandoli nell'ambito di un medesimo disegno criminoso - come avviene nei casi di reato continuato.

A differenza di quanto accade nel *reato continuato* (v. infra), il concorso formale è configurabile sia riguardo agli **illeciti dolosi**, sia riguardo agli **illeciti colposi**.

Sotto il profilo sistematico, par d'uopo precisare come **l'unificazione dei reati, a titolo di concorso, sia limitata ai soli fini della pena**. I singoli reati, riacquistano, ad ogni altro effetto, la loro piena autonomia (prescrizione, amnistia, etc.....).

§ Regime sanzionatorio

A norma dell'art. 81, 1 comma c.p. : *“È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata sino al triplo, chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge”*.

Tale disposizione, introdotta con la riforma novellistica del 1974, ha profondamente modificato l'originario regime giuridico previsto dal legislatore del '30 per il *concorso formale* di reati: al regime del *cumulo materiale* (*tot crimina tot poenae*), codificato nella vecchia formulazione dell'art. 81 c.p., è, infatti, subentrato il regime del **cumulo giuridico**, consistente, appunto, nella applicazione della pena prevista per il reato più grave, con un aumento corrispondente non già alla somma delle altre pene, ma ad una quota proporzionale prefissata dalla legge (*sino al triplo*). Mediante tale innovazione, il legislatore del '74 ha eliminato uno degli aspetti più accentuatamente repressivi del codice Rocco ed ha, al contempo, sostanzialmente ricondotto la disciplina del concorso formale ai principi che già la informavano nel codice Zanardelli.

Le *ragioni sostanziali* che comunemente si adducono in favore del cumulo giuridico, in luogo del cumulo materiale, sono di duplice ordine.

Innanzitutto, viene in evidenza il *peso umano della sofferenza*, almeno nel caso della pena detentiva, che si accresce progressivamente con la durata delle pene; pertanto, si violerebbe quel rapporto di proporzione tra numero dei reati ed entità delle pene implicito nella stessa idea ispiratrice del cumulo materiale delle sanzioni.

In secondo luogo, si osserva – sia pure tale argomentazione sia stata oggetto di critiche e censure sotto il profilo strettamente criminologico – che, chi compie più reati mediante una sola azione, attua una *sola risoluzione criminosa* e, pertanto, dimostra una *minore pericolosità sociale*.

Merita, comunque, evidenziarsi come la novella legislativa, sia pur favorevole sotto il profilo sanzionatorio, appaia caratterizzata da **lacune e difetti di formulazione**.

Ed invero, nel reintrodurre il regime del cumulo giuridico, il legislatore ha ommesso di esplicitare se lo stesso sia applicabile anche nei casi in cui le pene previste per i reati in concorso siano di **specie diversa** (pena detentiva e pena pecuniaria) ovvero nel caso di concorso formale tra **delitti e contravvenzioni**.

Analoghi problemi di disciplina si rinvencono sul terreno del reato continuato, cui si rinvia, più diffusamente, per la relativa disamina (v. infra).

II REATO CONTINUATO

§ Premessa

L'istituto del reato continuato rappresenta una particolare figura di **concorso materiale**, tradizionalmente disciplinata in maniera **autonoma**, in ragione del fatto che la *pluralità dei reati* commessi dalla stessa persona appare emanazione di un "**medesimo disegno criminoso**". La funzione dell'istituto è quella di introdurre un *trattamento sanzionatorio più mite*, che trova la sua *ratio* nella circostanza per cui, nel reato continuato, la *riprovevolezza complessiva* dell'agente, viene ritenuta *minore* rispetto alla ipotesi tradizionale di concorso di reati (Garofoli).

Si tratta, all'evidenza, di un assunto politico-criminale non pacifico, non mancando autori inclini a ravvisare, proprio nella medesimezza del disegno criminoso, una ragione di aggravamento, piuttosto che di attenuazione, della colpevolezza.

Ne sia discutibile o giustificato il fondamento, rimane il fatto che il nostro codice non solo ha recepito la figura del reato continuato, ma ne ha anche **dilatato l'ambito di operatività**, al di là dei limiti ad esso tradizionalmente propri, e che rendono il *reato continuato* uno degli istituti di **più frequente applicazione nella prassi giudiziaria**.

§ L. n. 220/1974 : Continuazione e violazione di norme incriminatrici eterogenee

Invero, mentre il legislatore del 1930 continuava ad annoverare, tra i requisiti del reato continuato, la molteplice violazione di una "*stessa disposizione di legge*", l'attuale art. 81 cpv. - così come riformulato in seguito alla citata riforma del 1974 - ammette la continuazione dei reati **anche in presenza di violazione di norme incriminatrici eterogenee**.

L'art. 81 cpv., infatti, identifica il reato continuato nel fatto di "*chi, con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge*".

Nell'originaria versione codicistica, il reato continuato si caratterizzava, conformemente alla tradizione, per il duplice requisito della "*medesimezza del disegno criminoso*" e della "*omogeneità*" dei reati avvinti dal nesso di continuazione (*ad esempio, più omicidi o più furti o più rapine, etc...*).

Oggi, a seguito della novella del 1974, l'unico elemento caratterizzante l'istituto rimane, dunque, *l'unità del disegno criminoso* (v. infra).

Conseguentemente, il criterio discrezionale tra reato continuato e concorso materiale di reati, si fonda, unicamente, sulla nozione di "*disegno criminoso*": quanto più si è propensi a estendere la detta nozione, tanto più si restringeranno i confini del concorso materiale di reati, e viceversa. Sotto altro profilo, la riforma del 1974 non ha introdotto alcuna modifica sul piano del **trattamento sanzionatorio**, posto che il criterio del *cumulo giuridico*, quale regime penale del reato continuato, era già stato recepito dallo stesso legislatore del 1930 (v. infra).

§ Inquadramento sistematico e natura giuridica

Il reato continuato, insieme a quello abituale e permanente, si colloca nella più ampia categoria dei **cd. reati di durata**, per il cui perfezionamento e consumazione è necessario che la condotta sia *reiterata nel tempo*, con o senza soluzione di continuità, in modo omogeneo o eterogeneo, a seconda che vi sia la violazione reiterata della stessa norma penale o di una pluralità di norme.

Tuttavia, nell'ambito di questa categoria, il reato continuato assume una **propria autonomia** dovuta alla sua peculiare disciplina.

Discussa, almeno in passato, era la **natura giuridica** del reato continuato.

Ad oggi, appare preferibile la tesi secondo la quale la stessa *ratio* dell'istituto impone di considerare il reato continuato come **reato unico** o come **una pluralità di reati in funzione del carattere, più o meno favorevole, degli effetti che, dall'accoglimento dell'uno o dell'altro punto di vista, discendono nei confronti del reo.**

Pertanto, in applicazione del predetto criterio, il reato continuato viene ritenuto come **reato unico** ai fini dell'applicazione della *pena principale*, della *dichiarazione di abitudine e professionalità* nel reato, della *sospensione condizionale* della pena e del *perdono giudiziale*.

Viene, invece, considerato come **reato plurimo** rispetto alle *pene accessorie*, alla *imputabilità*, alle *cause che escludono o che estinguono il reato* o che rendono *improponibile* o *improseguibile l'azione penale* (es., ai fini dell'*amnistia*), alle *misure di sicurezza*, alla *responsabilità dei concorrenti*, alle *circostanze*, alla *determinazione del tempo necessario a prescrivere*; alla *sostituzione della pena detentiva con la pena sostitutiva*.

In giurisprudenza, appare, oggi consolidato l'orientamento che configura il reato continuato, "quale particolare ipotesi di concorso di reati che va considerato unitariamente solo per gli effetti espressamente previsti dalla legge, come quelli relativi determinazione della pena, mentre, per tutti gli altri effetti non espressamente previsti, la considerazione unitaria può essere ammessa esclusivamente a condizione che garantisca un risultato favorevole al reo." (Cass., pen., 20 luglio 2010, n. 28192).

§ Elementi costitutivi del reato continuato

Gli elementi costitutivi del reato continuato, desumibili dalla lettera della legge, sono:

- 1) *la pluralità di azioni od omissioni, concretanti ciascuna di esse, un reato autonomo;*
- 2) *un medesimo disegno criminoso ;*
- 3) *la pluralità di violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.*

1) La pluralità di condotte (azioni o omissioni)

La pluralità di azioni od omissioni, cui fa riferimento l'art. 81 cpv., deve intendersi come **pluralità di condotte autonome**, concretanti, ciascuna di esse, altrettanti episodi criminosi.

La pluralità di condotte va valutata, dunque, in senso **giuridico** e *non naturalistico*, in quanto può accadere che azioni od omissioni, che sul piano materiale appaiono plurime (ripetuti impossessamenti, entro un congruo lasso di tempo), diano luogo ad una condotta unitaria sotto il profilo giuridico (unico reato di furto e non più furti autonomi avvinti dal nesso della continuazione). Il reato continuato esula, infatti, se la pluralità di azioni è tale in senso soltanto naturalistico, poiché le diverse azioni devono essere, invece, unificabili nel quadro di un'azione giuridicamente unitaria.

L'art. 81 cpv. precisa che le diverse azioni od omissioni possono essere commesse "**anche in tempi diversi**", intendendosi come tra le diverse azioni in continuazione possa intercorrere anche un **notevole lasso di tempo**.

Su questo ultimo inciso si è appuntato un acceso dibattito legato, peraltro, alla stessa *ratio* dell'istituto. Ci si è chiesti, in particolare, se la possibile realizzazione, *non contestuale*, dei reati

possa aver traslato il fondamento dell'istituto dal legame **cronologico** a quello **logico**, anche in virtù della centralità attribuita al carattere della *medesimezza del disegno criminoso*.

In realtà, come sostenuto dalla migliore dottrina (Fiandaca-Musco, Mantovani), il legame temporale è indice dell'esistenza di un legame logico tra i reati dal momento che *"...esiste una stretta interdipendenza tra la persistenza dell'identico disegno criminoso ed il decorrere del tempo"*.

Va da sé che, tuttavia, che, quanto maggiore sarà la distanza temporale tra i diversi episodi delittuosi, tanto più risulterà gravosa la prova della medesimezza del disegno criminoso.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito come : *"La **continuazione nel reato non è esclusa dal fatto che un notevole lasso di tempo separi la commissione di un episodio delittuoso dagli altri. In tal caso, tuttavia, occorrono dati positivi che, sia pure in via indiretta e logica, suffraghino la tesi dell'appartenenza dei fatti delittuosi ad un'unica matrice ideativa, non potendosi confondere la ricaduta nel reato o l'abitudine a delinquere con il caratteristico elemento intellettuale (unità di ideazione abbracciante i diversi reati commessi) necessario alla riduzione ad unità quoad poenam, dei vari episodi delittuosi compiuti."*** (Cassazione penale, sez. II , 29/09/1982).

Più di recente, *"in tema di applicazione della continuazione in sede esecutiva, è legittima l'ordinanza che esclude la sussistenza del vincolo della continuazione in considerazione sia del notevole lasso di tempo intercorrente fra i vari fatti criminosi (se tale elemento non sia contrastato da positive e contrarie risultanze probatorie), sia dei frequenti periodi di detenzione subiti dal richiedente, verosimilmente interruttivi di qualunque progetto, non potendo concepirsi che un disegno delittuoso includa anche gli arresti, l'espiazione delle pene e le riprese del fantomatico progetto esecutivo."* (Cassazione penale , sez. I , 17/09/2018 , n. 44988).

2) Il medesimo disegno criminoso

Come sopra anticipato, la *portata* ed i *limiti* dell'istituto della continuazione oggi si definiscono, soprattutto, in sede di interpretazione del requisito della **"medesimezza del disegno criminoso"**, quale **unico elemento caratterizzante** il reato continuato.

Esso rappresenta il coefficiente psicologico che lega e cementa i diversi episodi criminosi e contraddistingue, ontologicamente, il reato continuato dal concorso di reati.

Sul punto, si contrappongono due differenti orientamenti ermeneutici, inclini rispettivamente ad ampliare o a restringere il significato della nozione.

Unicità del disegno criminoso come rappresentazione anticipata dei singoli episodi delittuosi - Secondo un **primo orientamento**, minoritario (Zagrebelsky, Leone), il requisito in esame sarebbe stato assunto dal legislatore in un'**accezione puramente intellettuale** : *"stesso disegno criminoso"* quale *rappresentazione mentale anticipata dei singoli episodi delittuosi* poi, di fatto, commessi dal soggetto agente e, dunque, un programma iniziale, che inglobi in sé i diversi reati, nei loro elementi essenziali.

Tuttavia, la sola rappresentazione e deliberazione generica dell'attività delittuosa non potrebbe, comunque, ritenersi sufficiente ed andrebbe sempre accompagnata da una programmazione iniziale delle modalità e dei mezzi di esecuzione del reato. Tale ultima attività non dovrebbe, comunque, spingersi fino al punto di un'analitica anticipata individuazione di tutti i segmenti realizzativi delle singole condotte considerate.

In questa accezione, **la nozione è accolta dalla prevalente giurisprudenza** (Cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 3675 del 27.03.1992; Cass. n. 2611 del 18.03.1993; nonché, a contrario, Cass. n. 3834 del 31.01.2001).

Da ultimo, Cass. 10-4-2003, n. 16980, nell'evidenziare l'opportuno distinguo fra le nozioni di "programma associativo di associazione per delinquere" e "disegno criminoso", ha precisato che quest'ultimo "richiede la rappresentazione, fin dall'inizio, dei singoli episodi criminosi, individuati almeno nelle loro linee essenziali e costituenti parti integranti di quel disegno, sicché la continuazione fra i singoli reati commessi in attuazione del medesimo disegno criminoso è possibile solo quando risulti che l'autore abbia già previsto e deliberato in origine, nei tratti essenziali, l'"iter" criminoso da percorrere e i singoli reati attraverso cui esso si snoda"; in tale ottica, la Corte di legittimità ebbe a precisare che la partecipazione ad un'associazione per delinquere non può costituire, di per sé sola, prova dell'unicità di disegno criminoso fra i reati-scopo, commessi per il perseguimento degli obiettivi criminosi dell'associazione.

Ciò eviterebbe, tra l'altro, l'erronea identificazione del reato continuato con la tendenza generale, di un soggetto, a porre in essere determinati reati.

In tal senso, ha precisato la Suprema Corte di Cassazione che "l'anticipata rappresentazione dei singoli reati non deve essere confusa con a generica intenzione di commettere reati in conseguenza di una precisa scelta di vita fondata sulla devianza." (Cass. pen., n. 26176 del 9.07.2002).

Ed, ancora, "l'identità del disegno criminoso, che caratterizza l'istituto disciplinato dall'art. 81, comma secondo, c.p., postula che l'agente si sia previamente rappresentato e abbia unitariamente deliberato una serie di condotte criminose e non si identifica con il programma di vita delinquenziale del reo che esprime, invece, l'opzione del reo a favore della commissione di un numero non predeterminato di reati, che, seppur dello stesso tipo non sono identificabili, a priori, nelle loro principali coordinate, rivelando una generale propensione alla devianza, che si concretizza, di volta in volta, in relazione alle varie occasioni ed opportunità esistenziali (Cass. 18-4-2016, n. 15955).

Unicità del disegno criminoso come unicità di scopo - Di contro, **altro orientamento**, maggioritario (Fiandaca-Musco, Mantivani), ritiene che l'unicità del disegno criminoso presuppone, oltre all'elemento intellettuale della rappresentazione anticipata, anche un ulteriore elemento "finalistico" costituito dall'**unicità dello scopo**, verso il quale le singole condotte dovrebbero essere funzionalmente protese.

In altri termini, affinché si verta in ipotesi di reato continuato, occorre che i diversi episodi delittuosi costituiscano attuazione di un preciso e concreto programma diretto alla realizzazione di un *obiettivo unitario*: i diversi reati devono porsi in un rapporto di *interdipendenza funzionale rispetto al conseguimento di un unico fine*; e tale interdipendenza deve — a sua volta — *obiettivarsi* in una trama di segni esteriormente riconoscibili.

Questa seconda interpretazione si fonda sul rilievo per cui la medesimezza del disegno criminoso rappresenta, nell'attuale disciplina, l'*unico* elemento significativo in grado di accomunare reati anche del tutto eterogenei tra di loro. Ed è la stessa *ratio* sottesa alla diminuzione di pena prevista dall'art. 81 cpv. ad esigere che i vari reati siano, sostanzialmente, espressione di un'unica risoluzione criminosa e, quindi, di un *unico scopo*.

Tale ultimo orientamento trova accoglimento nella **più recente giurisprudenza** laddove si afferma : *“l'unicità del disegno criminoso può essere riconosciuta anche tra reati non omogenei, in quanto la continuazione dei reati ha fondamento prevalentemente psicologico, essendo sufficiente che i diversi reati siano unificati dalla presenza di un elemento finalistico, ossia dall'**unicità dello scopo** che l'agente si è prefissato, il quale è rinvenibile anche dal contesto logico-temporale di commissione dei reati.”* (Cass. 6-4-2006, n. 12357).

Ed, ancora : *“l'identità del disegno criminoso è apprezzabile sulla base degli elementi costituiti dalla distanza cronologica tra i fatti, dalle modalità della condotta, dalla tipologia dei reati, dal bene tutelato, dalla omogeneità delle violazioni, dalla causale, dalle condizioni di tempo e di luogo, essendo a tal fine sufficiente la sola constatazione di alcuni soltanto di essi, purché significativi.”* (Cass. 12-3-2013, n. 11564).

Nel medesimo senso : *“in tema di continuazione, l'esistenza di un medesimo disegno criminoso va desunta da elementi indizianti, quali l'**unitarietà del contesto e della spinta a delinquere**, la brevità del lasso temporale che separa i diversi episodi, l'identica natura dei reati, l'analogia del modus operandi e la costante compartecipazione dei medesimi soggetti.”* (Cass. 18-1-2016, n. 1766).

Ai fini della configurabilità della unicità del disegno criminoso è necessario, dunque, che *“le singole violazioni costituiscano parte integrante di un **unico programma deliberato fin dall'inizio per conseguire un determinato fine**, con la conseguenza che tale unicità è da escludere quando la successione degli episodi criminosi, malgrado la contiguità spazio-temporale e il nesso funzionale riscontrabile tra i distinti reati, evidenzia l'occasionalità di uno di questi.”* (Cass. 13-1-2016, n. 896).

Si ritiene, infine, configurabile il medesimo disegno criminoso anche quando uno dei reati facenti parte dell'ideazione e programmazione unitaria abbia avuto **esito aberrante** rispetto all'originaria determinazione, in quanto, per un mero errore esecutivo, l'evento voluto dall'agente si sia verificato in danno di una persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, atteso che l'accidentale mutamento dell'oggetto materiale della condotta non incide sull'elemento soggettivo che sorregge l'istituto.” (Cass. 28-1-2019, n. 4119).

A prescindere dall'opzione ermenutica assunta, il dato comune è che, comunque, alla programmazione dell'attività delittuosa si aggiunge, necessariamente, anche la **volizione** delle singole condotte criminosi. Ne consegue che il disegno medesimo può avere ad oggetto soltanto fatti criminosi sorretti dalla **volontà** di commetterli: sussistendo incompatibilità strutturale tra unicità del programma e assenza di volontà rispetto a uno o più episodi delittuosi, ne deriva che **le norme sulla continuazione risultano inapplicabili ai reati colposi.**

“L'istituto della continuazione non è applicabile tra reati dolosi e reati colposi, in quanto l'unicità del disegno criminoso attiene al momento psicologico (dolo) che non può sussistere nei reati colposi nei quali l'evento non è voluto.” (Cass. 8-1-2019, n. 435).

La continuazione è, invece, **ammissibile nell'ambito delle contravvenzioni**, purché si manifestino, in concreto, nella forma **dolosa**.

Ciò, in quanto, *“la richiesta unicità del disegno criminoso è di natura intellettuale e consiste, come visto, nella ideazione contemporanea di più azioni anti-giuridiche programmate nelle loro linee essenziali”* (Cass. 5-3-2013, n. 10235).

Particolare è l'ipotesi in cui il vincolo della continuazione riguardi un **minore**: in tal caso, ha precisato la Cassazione, *“la sua diversa capacità di progettazione rispetto all'adulto può incidere sulla verifica dell'unitarietà del disegno criminoso, da eseguire sulla base di elementi di fatto di univoca connotazione, quali non possono considerarsi esclusivamente la tipologia dei reati e la loro contiguità temporale. Dunque, anche in tal caso, è necessaria la possibilità di ricondurre le singole violazioni a un unico progetto, nel quale ciascuna sia compresa, sin dall'inizio, nelle sue componenti essenziali, sicché, fin da quando si commette il primo reato, siano già delineate le successive violazioni in base a un programma di massima.”* (Cass. 4.5.2000, n. 710).

3) La pluralità di violazioni di legge

Terzo ed ultimo elemento costitutivo è rappresentato dalla *pluralità delle violazioni di legge*. Come anticipato, l'originaria formulazione dell'art. 81, comma secondo, c.p., restringeva l'ambito di operatività del reato continuato alle violazioni della **stessa disposizione di legge**, anche se di diversa gravità; il D.L. 11.04.1974, n. 99 (conv. dalla L. 7.6.1974, n. 220) lo ha esteso anche alle **violazioni di disposizioni di legge diverse**.

Mentre, dunque, nella maggior parte degli ordinamenti, il reato continuato si caratterizza, ancor oggi, per la natura omogenea dei reati in continuazione, il riformato art. 81 cpv. ammette la configurabilità dell'istituto in esame anche in presenza della commissione di reati diversi, anche se del tutto eterogenei tra di loro (ad esempio, omicidi, rapine, falsità, corruzione ecc.).

Per tale ragione, in dottrina, si è proposta, da alcuni (Mantovani), la distinzione tra reato continuato *omogeneo* e reato continuato *eterogeneo* o, da altri (Fiandaca-Musco), si ritiene più corretto parlare di *“continuazione di reati”*, piuttosto che di *“reato continuato”*.

§ Il regime sanzionatorio : regole generali

Il regime sanzionatorio previsto per il reato continuato - così come per il concorso formale di reati - è quello del cd. **cumulo giuridico** che, a mente dell'art. 81 c.p., comporta l'applicazione della pena *“[...] che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata sino al triplo”*.

Peraltro, ai sensi del comma 3 dell'art. 81 c.p., sia in caso di concorso formale che di reato continuato, la pena non potrà *mai essere superiore a quella che sarebbe applicabile in base al cumulo materiale delle pene stabilite per i reati in (concorso formale o) in continuazione*.

La *ratio* del più mite trattamento punitivo per il reato continuato va ricercata nel fatto che, come evidenziato dalla dottrina, i singoli atti di volontà *“[...] costituiscono la proiezione di un unico atteggiamento antadoveroso iniziale, restando in questo assorbiti, di un'unica persistente motivazione di un soggetto che, in sostanza, ha ceduto una sola volta ai motivi a delinquere.”* (Mantovani).

§ Il regime sanzionatorio in caso di recidiva ex art. 99, quarto comma c.p.

In adesione di un *revirement* repressivo nei confronti del recidivo reiterato ex art. 99, 4 comma c.p., merita farsi cenno alla introduzione, ad opera della L. 5 dicembre 2005 n. 251, di un quarto comma all'art. 81 c.p., previsione nella quale si precisa che, *nel caso in cui i reati (in concorso formale o) in continuazione con quello più grave siano commessi da soggetti cui sia stata applicata la recidiva reiterata, l'incremento sanzionatorio non potrà essere comunque inferiore ad un limite minimo, pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave*.

Con la conseguenza che la recidiva reiterata finisce con l'assumere una *duplice rilevanza* ed il suo effetto sul carico sanzionatorio complessivo viene a prodursi più volte: una prima volta, in sede di determinazione della pena-base, e, una seconda volta, in sede di determinazione del

trattamento connesso al concorso formale o alla continuazione.

In giurisprudenza, si è affermato che tale limite minimo di aumento della pena (non inferiore a un terzo della pena stabilita per la violazione più grave) “*vada riferito all’aumento complessivo per la continuazione e non alla misura di ciascun aumento successivo al primo*” (Cass. 11.2.2010, n. 5478).

Inoltre, sempre ad avviso della Cassazione, “*il limite minimo per l’aumento stabilito dalla legge nei confronti dei soggetti per i quali sia stata ritenuta la contestata recidiva reiterata non opera quando il giudice abbia considerato la stessa subvalente alle riconosciute attenuanti*” e ciò in quanto: “*sia possibile parlare di una “sostanziale applicazione della recidiva”, oltre che nel caso - pacifico - in cui essa “esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena”, “anche quando produca, nel bilanciamento tra circostanze”, “un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un’attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare”. Sostanziale applicazione che, pertanto, non può ravvisarsi allorquando - come appunto nel caso di specie - la recidiva, pur considerata nel giudizio di bilanciamento (e dunque non formalmente esclusa), sia stata nondimeno ritenuta sub-valente rispetto alle concorrenti circostanze attenuanti, le quali hanno difatti potuto - in quanto non “paralizzate” per l’atteggiarsi del giudizio di comparazione in termini siffatti - dispiegare il loro effetto tipico di riduzione della pena.* (Cass. 5-6-2017. n. 27784).

Di converso : “*Il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all’art. 81, quarto comma, c.p. nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall’art. 99, quarto comma, stesso codice, opera [...] quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti*” (Cassazione penale , sez. un. , 23/06/2016 , n. 31669).

§ Determinazione del concetto di “violazione più grave”

Come anticipato, l’art. 81 cpv. stabilisce che, al reato continuato, si applica *la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave, aumentata fino al triplo*.

Un primo problema applicativo posto dalla regola del cumulo giuridico è quello afferente la individuazione del significato da attribuire all’espressione “**violazione più grave**”.

Deve darsi atto come, in dottrina, permanga il contrasto tra due indirizzi.

Determinazione in astratto - Secondo una prima impostazione, occorrerebbe fare riferimento alla *astratta previsione legislativa* : violazione più grave sarebbe quella, **in astratto, più gravemente punibile**. Così, è violazione più grave quella per la quale è prevista una pena *qualitativamente* più grave (pena detentiva rispetto a pena pecuniaria), ovvero *quantitativamente* più grave (onde, nel caso di pena omogenea, si applica quella avente il massimo più elevato o — a parità di massimo — quella avente il maggior minimo).

In questa valutazione astratta sono ricompresi anche gli elementi in grado di incidere sulla gravità delle sanzioni edittali comminate per i singoli reati e, dunque, si tiene conto delle circostanze attenuanti e aggravanti contestate *ab origine* (e non di quelle ritenute dal giudice in sentenza), del loro bilanciamento, nonché della recidiva, come pure dello stadio di consumazione o di tentativo.

Questo orientamento si fonda, in verità, sulla configurazione originaria dell’istituto del reato continuato, il cui ambito applicativo, prima della riforma del 1974, era circoscritto ai reati

omogenei e la diversa gravità si esauriva nel semplice raffronto tra la forma semplice e quella aggravata di un reato o tra il suo stadio di tentativo e quello di consumazione.

A sostegno di questa soluzione, si adduce sia il tenore letterale della norma (che ha riguardo alla riferimento alla “*violazione più grave*” e non alla “*pena più grave*”), sia la necessità di evitare che il giudice, nella sua valutazione concreta, sconvolga il rapporto di gravità tra i reati stabilito, a priori, dal legislatore attraverso la determinazione delle pene edittali.

Secondo tale impostazione, la previsione contenuta nell’art. 187 disp. att. c.p.p., in tema di determinazione del reato più grave, ai fini della applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato da parte del giudice dell’esecuzione (“*si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave [...]*”), costituirebbe, appunto, una norma posta in deroga al suddetto criterio generale.

Tale tesi, in giurisprudenza, ha trovato il **reiterato avallo delle Sezioni Unite della Cassazione**, le quali, prima nel 1994, con la sentenza n. 748 e, successivamente, nel 1998, con la sentenza n. 15, hanno statuito che, “*ai fini della determinazione della pena per il reato continuato, debba aversi riguardo alla violazione più grave considerata **in astratto e non in concreto***”. Tale assunto è stato ribadito, dalla medesima Corte, anche di recente, laddove afferma che: “*in tema di reato continuato, per la determinazione della violazione più grave, il giudice deve fare riferimento alla pena edittale prevista per ciascuno dei reati, con la conseguenza che più grave deve essere considerata la violazione punita più severamente dalla legge.*” (Cass. 34382/2010).

Determinazione in concreto - L'opposto orientamento, seguito, peraltro, dalla maggioranza della dottrina (tra gli altri, Mantovani, Zagrebelsky, Nuvolone, Pisapia), sostiene, di contro, che, con l'estensione della disciplina sulla continuazione anche ai reati eterogenei, il criterio della determinazione della violazione più grave su base astratta debba essere sostituito con quello che assume a riferimento la **pena** che, **in concreto**, risulta applicabile ai singoli fatti criminosi. A mente di tale impostazione, dunque, è necessario fare riferimento non soltanto al titolo di reato e alle rispettive pene edittali, ma a *tutti gli altri elementi* (compresi tutti gli indici di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.) che passano incidere sulla valutazione dei singoli episodi in continuazione, per cui violazione più grave è quella che, ad un esame complessivo dei vari fatti coinvolti nella vicenda concreta, risulta, **in concreto, più gravemente punita e non già punibile**.

In tal senso, ed in deroga al consolidato orientamento cui si è fatto cenno, si è espressa anche la Cassazione, con Sentenza n. 37189 del 7.11.2002, e, successivamente, con Sentenza n. 1318 del 14.1.2003.

Sul tema, da ultimo, si sono nuovamente pronunciate le Sezioni Unite (Sentenza n. 25939 del 13.6.2013,) sostenendo che, “*in tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata **in astratto**, in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse.*” Ancor più di recente, si è affermato che, in tema di reato continuato, deve essere considerato come **reato più grave quello punito in astratto con la pena edittale più severa** (Cass. 21-7-2017, n. 36107).

§ Cumulo giuridico e pene eterogenee

Come già accennato in sede di analisi del *concorso formale* di reati - nel cui ambito la questione si pone in termini analoghi - un ulteriore profilo problematico posto dalla regola del cumulo giuridico involge la sua applicabilità nei casi in cui i reati commessi siano puniti con **pene eterogenee**, cioè di **genere** o **specie** diversi.

In assenza di una esplicita presa di posizione legislativa, rimane irrisolto il conflitto tra due esigenze egualmente meritevoli di considerazione: da un lato, quella di salvaguardare il principio della *legalità* delle pene; dall'altro, quella di rendere operante, nella prassi, l'intento legislativo di attribuire all'istituto della continuazione la massima espansione, al di là di ogni lacuna tecnica riscontrabile nell'attuale disciplina dell'istituto.

a) Pene di specie diversa - In proposito, deve evidenziarsi come, da tempo, risulti superato il problema nelle ipotesi di **pene di specie diversa** (reclusione e arresto, multa ed ammenda).

Dopo interventi di segno contrario delle stesse Sezioni Unite, ha, infine, preso posizione la Corte Costituzionale che, in forza della Sentenza interpretativa n. 312 del 17.03.1988, ha avallato l'orientamento estensivo, affermando che non esiste alcuna ragione di principio per non dare massima espansione all'istituto del reato continuato e ai relativi benefici.

Corte Costituzionale, 17/03/1988, n. 312: "È infondata, in riferimento all'art. 3 cost., la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 81, cpv, c.p., nella parte in cui consentirebbe di effettuare il giudizio di continuazione soltanto fra reati con pene omogenee e non anche fra reati puniti con pene di specie diversa, posto che non sussiste alcuna ragione per non dare integrale applicazione all'istituto della continuazione ed ai benefici che ne derivano in ordine alle conseguenze sanzionatorie, quand'anche le pene, che si sarebbero dovute irrogare per le singole violazioni, siano di specie diversa, dovendo escludersi che in ciò sia ravvisabile una violazione del principio di legalità, in quanto pena legale non è soltanto quella comminata dalle singole fattispecie penali, ma anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio, compresa evidentemente quella di cui all'art. 81, cpv, c.p."

In particolare, la violazione del principio della legalità delle pene è stata esclusa sul rilievo per cui *"pena legale è non già soltanto quella prevista dalla singola norma incriminatrice, ma anche quella risultante dalla applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio; perciò la pena unica progressiva, applicata come cumulo giuridico ex art. 81, è pena legale essa pure perché prevista dalla legge"*.

a) Pene di genere diverso - Più controversa rimane, a tutt'oggi, l'ammissibilità della continuazione e, dunque, l'applicabilità del cumulo giuridico, nel caso di reati puniti con **pene di genere diverso** (cioè pena detentiva l'uno e pena pecuniaria l'altro).

A ben vedere, il problema, la soluzione del quale spiega il persistere di orientamenti contrastanti, attiene alla **individuazione dei criteri** alla stregua dei quali operare l'aumento della pena prevista per il reato ritenuto più grave.

Schemtizzando, sono prospettabili tre soluzioni.

- Secondo la prima, andrebbe operata la conversione, in pena detentiva, ex art. 135 c.p., dell'aumento della pena base determinato dal reato satellite per il quale era prevista la pena pecuniaria. In tal modo, la pena pecuniaria si trasformerebbe nella parte aggiuntiva di pena detentiva, sulla base dell'indice di ragguaglio offerto dall'art. 135c.p.: ma una simile soluzione viene a confliggere col principio del *favor rei* sotteso al reato continuato, posto che la limitazione

della libertà personale costituisce, comunque, un sacrificio maggiore rispetto alla diminuzione del patrimonio conseguente alla pena pecuniaria.

- Secondo altro orientamento, andrebbe, di contro, operata la conversione, in pena pecuniaria, ex art. 135 c.p., dell'aumento di pena detentiva effettuato sulla pena base ;

- Secondo un ulteriore orientamento, che va consolidandosi nella giurisprudenza con specifico riferimento al caso dei reati meno gravi puniti con pena detentiva e pecuniaria congiunta, occorre applicare una pena complessiva, costituita da due pene di genere diverso (detentiva e pecuniaria) in modo che una parte di sanzione sia riferibile a entrambe le violazioni in concorso e la pena pecuniaria attenga solo a quella meno grave.

Sul punto è intervenuta la **Corte di Cassazione a Sezioni Unite**, con la Sentenza n. 15 del 3 febbraio 1998, la quale ha stabilito che occorre applicare il ***cumulo giuridico per addizione***: alla pena detentiva si deve, cioè, aggiungere un quantum di pena pecuniaria per tener conto del reato concorrente : *“l'aumento da operare, sulla pena base, nell'ipotesi di continuazione fra reati puniti con pene eterogenee, determina la perdita dell'autonomia sanzionatoria dei reati meno gravi, a causa della loro confluenza nella pena unica applicata a seguito di tale aumento”*.

Conseguentemente, se la pena stabilita per il reato più grave è la multa, mentre, quella fissata per il reato satellite è quella congiunta dell'arresto e dell'ammenda, la parte di pena di natura pecuniaria afferente al reato minore, pur essendo di specie diversa, si cumula a quella del reato base divenendo omogenea ad essa, in quanto porzione della pena base aumentata.

Per la pena detentiva, invece, si deve prima procedere ad un'operazione intermedia consistente nella sua conversione in pena pecuniaria ex art. 135 c.p.e, poi, aggiungerla alla pena base.

Dal principio affermato dalla Suprema Corte sembrerebbe discendere, che nell'ipotesi in cui la pena base sia detentiva (ad esempio, *reclusione*) e la pena per il reato satellite sia pecuniaria (ad esempio, *multa*), sarà quest'ultima a dover convertirsi in pena detentiva ex art 135 c.p. per divenire omogenea alla pena principale.

Eventuali obiezioni risulterebbero, comunque, superate alla luce del consolidato orientamento espresso dalla Consulta (Corte Costituzionale, Sentenza n. 312/1988), a mente del quale, come detto, non sarebbe ravvisabile una violazione del principio di legalità, posto che *pena legale non è solo quella comminata dalle singole fattispecie penali, ma anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio, ivi compresa quella di cui all'art. 81 c.p.*

Da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sostenuto che, *in tema di concorso di reati puniti con sanzioni eterogenee, sia nel genere che nella specie, per i quali sia riconosciuto il vincolo della continuazione, l'aumento di pena per il reato “satellite” va effettuato secondo il criterio della **pena unica progressiva per “moltiplicazione”**, rispettando, tuttavia, per il principio di legalità della pena e del favor rei, il genere della pena prevista per il reato “satellite”, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave dovrà essere ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 c.p.* (Cass. Pen., S.S.U.U., Sentenza n. 40983/2018) ed, inoltre, che la continuazione, quale istituto di carattere generale, *“è applicabile in ogni caso in cui più reati siano stati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, anche quando si tratti a reati appartenenti a diverse categorie e puniti con pene eterogenee”* (Cass. **Sez. Un.** 24.9.2018, n. 40983).

Ovviamente, anche in presenza di pene eterogenee è, comunque, sempre necessario assicurare che non sia superato il limite massimo fissato dall'art. 81, 3 c.p..

§ Continuazione in sede esecutiva

Ulteriore profilo controverso - rispetto al quale è stata registrata un'evoluzione giurisprudenziale - riguarda la possibilità di ammettere la *continuazione* fra **reati già giudicati con sentenza irrevocabile** e **reati ancora sub iudice**.

Sul punto, la continuazione è stata pacificamente ammessa con riguardo alla specifica ipotesi nella quale il giudicato copra la violazione **più grave**, per cui l'aumento avviene mediante l'inasprimento della sanzione inflitta per il reato già giudicato.

Di contro, indirizzi contrastanti sono, emersi nell'ipotesi inversa in cui il giudicato, invece, copra la violazione **satellite**, posto che, in questo secondo caso, si deve rideterminare la pena per la violazione più grave (che è quella relativa al giudizio in corso), con la conseguenza di porre nel nulla la precedente determinazione della pena base.

Persistendo il contrasto giurisprudenziale, la **Corte Costituzionale**, con Sentenza interpretativa n. 115/87, ha avallato la tesi favorevole alla configurabilità della continuazione anche in relazione alla seconda ipotesi, fondamentalmente sulla base di due rilievi: e, cioè, specie a seguito della riforma del '74, ciò che veramente conta, ai fini della unificazione, è soltanto la *unicità del disegno criminoso*; nello stesso tempo, il principio dell'*intangibilità del giudicato*, lungi dal dover pretendere una assoluta osservanza, è suscettivo di deroga tutte le volte in cui dalla sua intangibilità derivi un ingiusto sacrificio dei diritti del condannato.

La tesi della Consulta è successivamente stata accolta dal legislatore, il quale, in sede di **riforma del processo penale**, ha espressamente previsto che l'istituto della continuazione (così come quello del concorso formale), possa essere applicato **anche dal giudice dell'esecuzione**.

Dispone, infatti, il novellato **art. 671 c.p.p.** che : *“ nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina (del concorso formale o) del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione [...]”*.

Tale disciplina è integrata dagli **artt. 186, 187 e 188** delle disposizioni di attuazione.

In particolare, l'art. 187 disp. att. c.p.p., stabilisce che : *“ [...] si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato”*.

La motivazione di fondo, che ha indotto il legislatore della riforma processuale a estendere l'applicabilità dell'istituto sino alla fase esecutiva, va ravvisata nell'esigenza di controbilanciare la scelta a favore della separazione dei processi e, quindi, la minore possibilità di applicare la continuazione nella fase dibattimentale.

Ad avviso della Cassazione, *“l'applicazione della disciplina della continuazione in sede di esecuzione ha carattere **sussidiario e suppletivo** ed è subordinata alla circostanza che non sia stata esclusa dal giudice della cognizione, il quale, pertanto, dinanzi ad una precisa richiesta dell'imputato, non può legittimamente rinviare alla fase esecutiva il giudizio sull'identità o meno del disegno criminoso tra i vari illeciti.”* (Cass. pen., 15.3.2012, n. 10113).

Inoltre, *“il riconoscimento della continuazione, necessita, anche in sede di esecuzione, non diversamente che nel processo di cognizione, di una **approfondita verifica della sussistenza di concreti indicatori**, quali l'omogeneità delle violazioni e del bene protetto, la contiguità spazio-temporale, le singole causali, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita, e del fatto che, al momento della commissione del primo reato, i successivi fossero stati programmati almeno nelle loro linee essenziali, non essendo sufficiente, a tal fine valorizzare la presenza di taluno degli indici suindicati*

se i successivi reati risultino comunque frutto di determinazione estemporanea.” (Cass., Sez. Un. 8.6.2017, n. 28659).

Inoltre, “il giudice dell’esecuzione, nel procedere alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio per effetto dell’applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati-satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna.”(Cass., Sez. Un. 10.2.2017, n. 6296).

§ Rapporti tra continuazione e giudicato

Merita, infine, darsi conto di un ulteriore spunto di riflessione.

L’identità del disegno criminoso viene meno allorquando, tra l’uno e l’altro episodio, siano intervenute circostanze che abbiano indotto il reo a modificare il piano criminoso nella sua essenza, che abbiano ricreato una situazione di conflitto psichico, per cui il passaggio ad ulteriori azioni richieda un previo superamento di nuovi motivi inibitori, generati da tali circostanze, sì da aversi un nuovo atteggiamento antidoveroso del soggetto.

Circa la **attività processuale** (denuncia, arresto, condanna), trattasi di contropinta con effetto **non necessariamente interruttivo** del disegno criminoso, la persistenza o meno del quale può dipendere dal grado di determinazione e di pervicacia dell’agente o della *vis coesiva* del movente.

La giurisprudenza, in particolare, ha ritenuto che il disegno criminoso fosse “interrotto”: - in un primo tempo, già con l’avvenuta *condanna*, anche non definitiva, o anche soltanto con l’*arresto* o la *denuncia*; - in un secondo tempo, solo tra i reati commessi *prima* e i reati commessi *dopo* il *giudicato di condanna*; - da ultimo, *neppure* tra i suddetti reati.

Si ritiene, in dottrina (Mantovani), che il problema dei rapporti tra giudicato e continuazione possa essere correttamente chiarito distinguendo tra : **1)** l’ipotesi di reati commessi *anteriamente* e reati commessi *successivamente* al giudicato, la quale va risolta con riferimento, non già alla interruzione del disegno criminoso, che può anche non verificarsi, ma all’**esigenza generalpreventiva**, che resterebbe, ammettendo la continuazione, contraddittoriamente frustrata poiché si creerebbe la licenza di commettere reati a pena “*ridotta*” o, addirittura “*nulla*” (se l’aumento del triplo è già stato applicato) ; **2)** l’ipotesi di reati **tutti** commessi **anteriamente al giudicato**, formatosi (accidentalmente), solo su alcuni di essi, mentre gli altri sono ancora *sub iudice*; rispetto a tale ipotesi, come anticipato, è pressochè unanime la opinione per cui si ammette la continuazione (ferma restando la sussistenza della medesimezza del disegno criminoso, nei termini cui si è detto sopra).

§ Continuazione tra gruppi di reati, a loro volta in continuazione

Un cenno merita la ipotesi in cui si ritenga la continuazione tra gruppi di reati, a loro volta, in continuazione. In tal caso, la violazione più grave non va individuata facendo il raffronto tra gruppi di reati in continuazione, bensì accertando quale tra tutti i singoli reati sia, in astratto, più gravemente punibile.

Se, infatti, si ritiene che sia identico il disegno criminoso, questo dato non può che coinvolgere tutti i reati.

IL CONCORSO APPARENTE DI NORME

§ Premessa

In taluni casi, il confluire di più norme incriminatrici, nei confronti di un medesimo fatto, non è reale, ma soltanto *apparente*: sicché, in luogo di un concorso di reati, si avrà **unicità di reato**, essendo *una sola* la norma incriminatrice realmente applicabile all'ipotesi di specie.

Per indicare il fenomeno, si è soliti ricorrere alla espressione "**concorso o conflitto apparente di norme**".

Ed invero, a prima vista, la condotta sembra riconducibile ad una pluralità di fattispecie incriminatrici, per cui si ha l'impressione che le norme relative concorrano tutte a disciplinarlo, ma, di fatto, solo una di esse risulta effettivamente applicabile.

I presupposti del concorso o conflitto apparente di norme sono, dunque :

- l'esistenza di una *medesima situazione di fatto*;
- la *convergenza di una pluralità di norme* che sembrano prestarsi a regolarla.

Trattandosi però di una convergenza che si rivela, ad un più attento esame, solo fallace, occorre individuare i criteri che consentano, rispettivamente, di accertare la *realtà* o l'*apparenza* del concorso.

Tale attività è fondamentalmente finalizzata alla tutela del principio del ***ne bis in idem sostanziale***, teso ad evitare che una artificiosa moltiplicazione delle ipotesi di reato conduca a punire, più volte, la medesima condotta.

Per dirimere, dunque, i contrasti tra norme che, in linea di prima approssimazione, sembrano disciplinare la medesima situazione di fatto, sono stati elaborati tre criteri : *specialità*; *sussidiarietà*; *consunzione (o assorbimento)*.

Di questi criteri, soltanto quello di ***specialità*** trova esplicito riconoscimento nel nostro codice penale (**art. 15**); gli altri due costituiscono, invece, frutto della elaborazione dottrinale.

In assenza di un riconoscimento legislativo dei criteri di sussidiarietà e consunzione, parte della dottrina ne contesta, la utilizzabilità nel nostro ordinamento positivo, nel convincimento che il problema del concorso apparente debba essere risolto alla stregua dell'unico criterio legislativamente previsto, quello, cioè, di specialità.

Nondimeno, è ben possibile interpretare l'art. 15 del codice penale, che fa espresso riferimento al principio di specialità, come una norma che intenda disciplinare, non il generale fenomeno del concorso di norme, bensì una specifica ipotesi di concorso e, segnatamente, quella nella quale le norme concorrenti si trovano, appunto, in *rapporto di genere a specie*.

Non essendovi menzione di ipotesi diverse dalla specialità, l'art. 15 non può, di conseguenza, escludere che, nel nostro ordinamento, possano operare anche altri criteri legislativamente non previsti, quali quello di *sussidiarietà* e di *consunzione*.

Ad ogni buon conto, merita evidenziarsi come la tematica del *concorso apparente di norme* costituisca, a tutt'oggi uno dei capitoli più controversi del diritto penale, perdurando divergenze di vedute non solo all'interno della dottrina ma anche tra quest'ultima e la giurisprudenza.

§ Il criterio di specialità

Dispone l'art. 15 c.p.: “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

In forza di tale principio, evoluzione legislativa del brocardo *lex specialis derogat legi generali*, quando gli stessi elementi costitutivi caratterizzano le fattispecie incriminatrici disciplinate da due norme penali, delle quali una presenti ulteriori elementi (cd. “*specializzanti*”), che ne restringano l'ambito applicativo rispetto a quello dell'altra norma, di portata più generale, sarà soltanto la norma speciale a trovare applicazione; di contro, ove manchi la norma speciale, i fatti da essa disciplinati finirebbero per ricadere nella previsione della disposizione generale. Il nodo interpretativo del principio di specialità è tutto da rinvenirsi nella nozione di “**stessa materia**”.

Occorre, dunque, stabilire quando due o più norme penali disciplinano la stessa materia.

Secondo un primo indirizzo, fortemente sostenuto in dottrina (Florian, Bettiol, Mantovani), con l'espressione *stessa materia* si avrebbe riguardo al **bene giuridico protetto**, richiedendo che lo stesso sia **identico od omogeneo**. Ciò, ovviamente, comporterebbe una restrizione del campo di applicazione del principio di specialità alle sole ipotesi in cui si verte tra norme dirette a tutelare il medesimo bene giuridico.

Altro orientamento (Pannain, Fiandaca-Musco), reputa, invece, che per *stessa materia* debba intendersi, semplicemente, la **medesima situazione di fatto** che si presti, in apparenza, ad essere regolata da più norme penali. Nondimeno, l'insufficienza del descritto ambito a ricomprendere tutte le situazioni di conflitto tra norme incriminatrici ha spinto gli interpreti a tentare di allargarne la sfera applicativa anche ad altre situazioni nelle quali le norme a confronto non si presentavano, sul piano astratto, quali termini di un rapporto di specialità.

In tal senso, si è illustremente ritenuto (Antolisei, Petrone, Neppi Modona), che il rapporto di specialità possa sussistere anche quando un fatto, per le sue concrete caratteristiche sia riconducibile a due o più figure criminose, anche se tra le stesse non si ponga, in concreto, un rapporto di genere a specie (cd. **specialità in concreto**).

In proposito, ricorre l'esempio del rapporto tra millantato credito (art. 346 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.). Tra le norme non vi è rapporto di omogeneità strutturale, tuttavia tra le stesse potrebbe configurarsi un rapporto di genere a specie, laddove la condotta concreta determini una interferenza tra le due disposizioni: si pensi al caso in cui una truffa sia realizzata millantando credito.

Altro tentativo di ampliamento dell'ambito applicativo del principio di specialità ha riguardato la figura della cd. **specialità reciproca o bilaterale**.

Un rapporto di specialità bilaterale o reciproca è stato individuato, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con **Sentenza n. n. 22902 del 7 giugno 2001**, nel caso di indebita utilizzazione, a fine di profitto proprio o altrui, da parte di chi non ne sia titolare, di carte di credito o analoghi strumenti di prelievo o pagamento, fra la fattispecie di cui all'art. 640 c.p. e quella di cui all'art. 12 del D.L. 3.05.1991, n. 143, conv., con modifiche, in L. 5.07.1991, n. 197 (ora art. 55, D.Lgs. 231/2007).

In particolare, sostiene la Suprema Corte, *l'adozione di artifici o raggiri (tipici della truffa) è uno dei possibili modi in cui si estrinseca l'uso indebito di una carta di credito, sicché la prima di tali condotte ben può identificarsi nella seconda come species di un genus. E', dunque, da escludersi un concorso*

(formale) di reati, sussistendo, invece, un concorso apparente di norme, in particolare, un rapporto di specialità bilaterale: mentre la truffa, rispetto all'indebito utilizzo di carta di credito ha come fattore specializzante il perseguimento del profitto con altrui danno, quest'ultima fattispecie, rispetto alla truffa si caratterizza per il particolare oggetto materiale (la carta di credito).

Sul tema, ha puntualizzato la Cassazione che, *in caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità richiede, per l'individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme, che può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stese, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle* (Cass., Sez. Un. 19-1-2011, n. 1235).

Si è, altresì, affermato che, *nella materia del concorso apparente di norme, non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 c.p., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore* (Cass., Sez. Un. 28-4-2017, n.20664).

Nondimeno, accanto al principio di specialità, la dottrina ha, elaborato, come anticipato, altri criteri: quello di *sussidiarietà* e quello di *assorbimento*.

§ Il criterio di sussidiarietà

Tradizionalmente annoverato tra i criteri più consolidati di risoluzione del conflitto apparente di norme, il principio di sussidiarietà intercorrerebbe tra norme che prevedono *stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene*: in modo tale che l'offesa maggiore assorbe la minore e, di conseguenza, l'applicabilità dell'una norma è subordinata alla non applicazione dell'altra (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

In taluni casi, è lo stesso legislatore ad indicare un rapporto di sussidiarietà tramite l'utilizzo di una "*clausola di riserva*", per lo più, segnalata da espressioni del tipo "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*" oppure "*se il fatto non è previsto come reato da altra norma*".

In altri casi (Fiandaca-Musco), è ravvisabile anche un rapporto di *sussidiarietà tacita*, come quello esistente, ad esempio, tra la contravvenzione di *atti contrari alla pubblica decenza* (art. 726 c.p.) ed il delitto di *atti osceni* (art. 527 c.p.), distinti dal diverso grado di aggressione al medesimo bene.

La riserva principale, che si può nutrire nei confronti del criterio della sussidiarietà, è che esso non sempre risulta facilmente distinguibile dal criterio dell'assorbimento (v., § infra).

Il carattere di sussidiarietà è, ad esempio, riscontrabile tra le fattispecie di cui agli artt. 640bis e 316ter c.p., in virtù della clausola "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640bis"; come infatti confermato dalle Sezioni Unite nel 2007, con la sent. n. 16568, "il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è in rapporto di sussidiarietà con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche". La Cassazione ha puntualizzato che, in presenza della clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato", la maggiore o minore gravità dei reati concorrenti va valutata avendo riguardo alla pena in concreto irrogabile, tenuto anche conto delle circostanze ritenute e dell'eventuale bilanciamento tra esse; inoltre, perché operi in concreto il meccanismo, è necessario che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo bene-interesse tutelato dal reato meno grave (Cass. pen. n. 36365 del 5 settembre 2013).

§ Il criterio di assorbimento o consunzione

Il criterio di assorbimento o consunzione è il principale criterio non logico, ma di *valore*, utilizzato per risolvere i casi di conflitto apparente tra norme non risolubili alla stregua del rapporto di specialità, e presuppone, che l'una norma (assorbente) «contenga» l'altra (assorbita), così da impedire che entrambi i reati possano essere contemporaneamente ascritti allo stesso soggetto.

Cio avviene poiché, talora, la fattispecie di un reato comporta, per la sua realizzazione, anche la commissione di un altro che rimane, però, assorbito all'interno del primo.

In questo caso, non è richiesto che le due norme reprimano condotte identiche sotto il profilo naturalistico, potendo tale rapporto sussistere anche tra norme non dotate di questa omogeneità, ma caratterizzate, comunque, da una *unitarietà normativo-sociale*, cioè da un disvalore penale omogeneo (Fiandaca - Musco).

Rappresenta una situazione tipica di assorbimento quella della cd. *progressione criminosa*, consistente nella ripetuta realizzazione di aggressioni di crescente gravità contro un medesimo bene. In tali ipotesi, si passa da una condotta meno grave ad una successiva, più grave, che presuppone la prima; ciò avviene, allorché, si passi, per ipotesi, dal sequestro a persona alla riduzione in schiavitù. Altro caso di assorbimento è rappresentato dal *reato progressivo*, in cui passaggio per la commissione di un reato più grave è (necessariamente o eventualmente) quello della realizzazione di un reato meno grave.

Ancora, si pensi al cd. *antefatto e postfatto non punibili*, cioè a quelle condotte che normalmente precedono (possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli, poi usati per commettere un furto) o seguono (successivo uso, da parte del falsificatore, delle monete contraffatte) un reato e che, seppur astrattamente configurabili come reati autonomi, finiscono per essere assorbite nella condotta illecita cui accedono.

Come osserva attenta dottrina (Mantovani), non sempre l'antefatto o il postfatto risultano non punibili. Talora, infatti, configurati come aggravanti, valgono ad innalzare il trattamento sanzionatorio (si pensi, ad esempio, alla violazione di domicilio rispetto al furto).

Le situazioni in cui l'antefatto o il postfatto non possano essere racchiuse nella fattispecie assorbente vanno, dunque, dunque, considerate come pluralità di reati o reati aggravati.

L'assorbimento rileva nel caso in cui un soggetto reiteri dichiarazioni mendaci, volte a favorire l'autore di un reato, prima dinanzi alle forze dell'ordine, durante la fase delle indagini, poi davanti al giudice, nella fase propriamente processuale. In tale vicenda il criterio in esame opera relativamente ai reati di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) e falsa testimonianza (art. 372 cp.).