

ORIENTAMENTI

CHIARA SILVA

L'evoluzione della continuazione: il problematico passaggio dalla teoria del reato alla commisurazione della pena

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La riformulazione normativa dell'istituto. – 3. Il panorama giurisprudenziale. – 4. Il possibile abbandono dell'istituto.

1. Premesse

L'istituto del reato continuato ha subito una profonda trasformazione nel corso degli ultimi decenni. Tale figura ha progressivamente virato, sia sul piano dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale sia sotto il profilo normativo – mediante gli interventi legislativi in tal senso – verso una concezione pluralistica, con il conseguente abbandono di una considerazione unitaria.

È necessario riconoscere, infatti, che non resta più nulla di quel reato continuato originariamente fondato su un'unità – reale o fittizia – da sempre dibattuta e contestata da alcuna dottrina. Lo strumento, è evidente, mantiene oggi la sola funzione di mitigare la risposta sanzionatoria nei confronti del soggetto che compie una pluralità di illeciti. Al di là, dunque, del chiaro scopo di attenuare la pena, di cui tuttora esso è portatore, per il resto l'istituto è stato radicalmente mutato dalle stesse riforme normative, prima ancora che dalle interpretazioni giurisprudenziali.

Le palesi esigenze concrete che hanno condotto il legislatore all'introduzione dell'art. 81, co. 2, c.p., e ancor prima dell'art. 79 già nel codice Zanardelli¹, sono le stesse che giustificano ancora oggi il frequente ricorso a tale figura, che trova – più di un tempo – un'applicazione così diffusa nelle nostre aule di Tribunale, quale strumento a beneficio del trattamento sanzionatorio per il reo. È pacifico, d'altronde, come la fortuna di tale istituto abbia trovato ragion d'essere nella necessità pratica di stemperare in qualche modo le pericolose conseguenze del severo sistema sanzionatorio introdotto con il Codice Rocco, fondato sul regime del cumulo materiale. Rigore sanzionatorio che ha visto negli ultimi anni addirittura un aumento, mediante la riforma sia di istituti di parte generale – primo tra tutti la recidiva – sia dei limiti edittali minimi e massimi,

¹ Il codice Zanardelli già aveva disciplinato, in effetti, tale figura, che tuttavia al tempo era costruita su un'unità di fondo del reato continuato: esso prevedeva un'unica risoluzione criminosa, la violazione della medesima disposizione nonché – secondo l'interpretazione di alcuna dottrina più rigorista – l'identità del soggetto passivo. Così, per tutti, si veda LUCCHINI, *Ancora sul reato continuato*, in *Riv. pen.*, XV, 1887, 401 e ss.

in una decisa prospettiva di inasprimento. Anche per questo motivo, pertanto, a fronte di tale rigidità repressiva, sempre più il reato continuato ha trovato confini elastici, dapprima mediante un'applicazione "estensiva" da parte dei giudici e, poi, tramite la modifica legislativa del 1974.

Preso atto di tale percorso ormai inarrestabile, appare interessante esaminare le più recenti pronunce a Sezioni unite della Suprema Corte, nelle quali è stato definitivamente abbracciato l'orientamento maggioritario che da tempo riconosce nel reato continuato una figura composta da una pluralità di reati.

2. La riformulazione normativa dell'istituto

Prima ancora di soffermarsi sulla giurisprudenza, tuttavia, gioverà ricordare brevemente come già la riforma del 1974 abbia radicalmente mutato i tratti del reato continuato. È da allora che, con il venir meno del requisito dell'omogeneità delle violazioni, la dottrina ha iniziato a sostenere il superamento dell'unitarietà dell'istituto. Non a caso, d'altronde, la stessa novella del 1974 ha soppresso la locuzione presente all'art. 81, co. 3, c.p. che prevedeva che «le diverse violazioni si considerano come un solo reato». Con il preciso scopo, dunque, di allargare il campo di applicazione di tale particolare ipotesi di concorso materiale di reati, il legislatore ha consentito che il «medesimo disegno criminoso»² restasse l'unico elemento in base al quale riunire nell'ambito della medesima figura violazioni di fattispecie tra loro eterogenee. La tradizionale regolamentazione, fondata sulla minore riprovevolezza complessiva dell'agente in ragione dell'unica determinazione criminosa che abbraccia la pluralità di reati, ha lasciato il campo ad una nuova previsione che ha esteso a dismisura il reato continuato, in ragione di una scelta politico-criminale di ammorbidire un ordinamento penale regolato dal troppo rigido sistema del cumulo materiale. Tale allargamento applicativo, poi, ha trovato seguito anche sotto il profilo processuale, atteso che il codice di procedura penale del 1989 ha espressamente riconosciuto la possibilità – già in precedenza oggetto di dibattito e ammessa in

² Per una ricostruzione in tema di «medesimo disegno criminoso», si rinvia, per tutti, a AMBROSETTI, sub *Art. 81*, in *C.p. comm.*, a cura di M. Ronco, A. Gaito, Torino, 2012; GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine alla struttura e alla natura del reato continuato, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 191; BORSARI, *Il reato continuato*, in *Commentario sistematico al codice penale. Il reato*, diretto da M. Ronco, Bologna, 2011, 261 e ss.; COPPI, *Reato continuato*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 227; MAZZACUVA-AMBROSETTI, *Reato continuato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 7; CERASE, *Sul concetto di unicità del disegno criminoso, in tema di reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1990, 2138; RAMPIONI, *L'ambito di estensione del "medesimo disegno criminoso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 591.

giurisprudenza³ – di utilizzare tale regime favorevole anche in presenza di cosa giudicata, estendendo il ricorso all’istituto anche *in executivis*, tra pronunce già passate in giudicato, così come tra fatti oggetto di giudizio e altri già giudicati, indipendentemente dal fatto che siano sottoposti a giudizio i reati cd. satelliti ovvero il reato più grave⁴.

Alla luce di un panorama legislativo così mutato, la dottrina ha concluso per il superamento di ogni considerazione unitaria del reato continuato, a questo punto risultando anche privo di utilità il dibattito in merito all’unità reale ovvero fittizia dello stesso⁵. L’orientamento prevalente, affermatosi già a partire dal 1974, si è schierato nel senso che sarebbe solo il principio del *favor rei* a determinare la considerazione unitaria o pluralistica della figura, sulla base dunque degli effetti più favorevoli⁶.

³ Si ricordano, Cass., Sez. un., 21 giugno 1986, Nicolini e altri, in *Cass. pen.*, 1986, 1738; Id., Sez. I, 9 dicembre 1986, Giovannelli, in *Cass. pen.*, 1987, 915; e Id., Sez. II, 28 novembre 1988, Santini, in *Riv. pen.*, 1990, 92. In dottrina, si richiama COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata: accertamento della violazione più grave dopo la sentenza e nuova determinazione della pena-base*, in *Giur. mer.*, 1970, II, 89.

⁴ Per un riferimento ai primi commenti successivi alla disciplina processuale del codice di rito del 1989 in tema di reato continuato, si ricordano: POTETTI, *Vecchi problemi in tema di reato continuato e nuovo rito penale*, in *Cass. pen.*, 1996, 965; LORUSSO, *Procedimento applicativo della disciplina relativa al concorso formale ed al reato continuato in executivis e garanzie giurisdizionali*, in *Cass. pen.*, 1994, 2125; AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato: dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991, 43; COSCEDDU, *Continuazione nel reato e giudicato di fronte alle scelte del c.p.p. 1988*, in *Giust. pen.*, 1990, II, 32; GROSSO, *Continuazione di reati ed esecuzione penale tra dogma e riforma*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 622; GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell’esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 990. Sul tema della continuazione *in executivis*, in via generale si richiamano, tra i vari: BOCCIOLINI, *Continuazione criminosa e fase esecutiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 2, 225; DEBERNARDI, *In tema di continuazione in sede esecutiva*, in *Giust. it.*, 2004, 1913; VARRASCO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003.

⁵ Si rinvia, per un quadro complessivo sul tema, a COPPI, *Reato continuato*, cit., 227 e ad AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 5 e ss. Nel senso dell’unità del reato continuato, MORSELLI, *Il reato continuato nell’attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 115. Con riferimento, poi, al superato dibattito relativo all’unità reale e non fittizia, favorevoli ad una concezione di unità reale, IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1921, 467; PISAPIA, *Reato continuato*, Napoli, 1938, 207; PUNZO, *Reato continuato*, Padova, 1951; DE MARSICO, *Diritto penale. Parte Generale*, Napoli, 1969, 284. Tra i sostenitori invece di un’unità fittizia, si ricordano LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 311; DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 519.

⁶ GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine alla struttura e alla natura del reato continuato, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., 191; BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull’istituto*, in *Cass. pen.*, 2009, 2749; AMBROSETTI, *La determinazione della pena nel reato continuato: brevi note in merito ad una recente pronuncia delle sezioni unite in tema di misure cautelari e continuazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 682 e ss.; COPPI, *Reato continuato*, cit., 227; AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 16; MAZZACUVA–AMBROSETTI,

È nell'ambito di tale quadro normativo e di simile interpretazione dottrinale che si è andato affermando il rinvio indiscriminato all'istituto. L'ultimo baluardo che si ergeva ad ostacolo, evidentemente, all'applicazione in senso favorevole al reo consisteva nella disciplina del decorso prescrizionale⁷. Proprio in questo senso è giunta l'ulteriore novella della l. 5 dicembre 2005, n. 251, con la quale il percorso di trasformazione della figura del reato continuato può ritenersi, dunque, completato. Come è noto, nell'originaria versione dell'art. 158 c.p. sicuramente unitario era il rilievo dato al reato continuato, in quanto si stabiliva che il termine della prescrizione decorresse dal giorno in cui si era consumato l'ultimo degli illeciti unificati dal medesimo disegno criminoso. Nell'interpretazione giurisprudenziale il rilievo unitario era, peraltro, limitato ai soli fini della decorrenza del termine iniziale di prescrizione, e non già per determinare la durata del tempo necessario perché si prescrivessero i singoli reati. A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2005, il quadro è radicalmente cambiato. L'art. 6, co. 2, legge n. 251 del 2005, nel riformulare il disposto dell'art. 158 c.p., ha soppresso ogni riferimento alla continuazione di reati. Conseguentemente, oggi è venuta meno la sua considerazione unitaria anche agli effetti della decorrenza del termine prescrizionale. Nel caso di reato continuato, pertanto, il *dies a quo* deve essere valutato con riferimento al momento consumativo di ogni singolo illecito⁸.

Reato continuato, cit., 7 ss.; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 362; BONFIGLIO, *Reato continuato e pericolosità del reo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 35; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1976, 115; PASELLA, *Osservazioni in tema di strutture e fondamento del nuovo reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 498; FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del libro primo del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 506. Nella manualistica, si vedano, tra i vari, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2014, 678; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 506-507; PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, 2013, 543, che si riferisce alla continuazione come ad un'ipotesi speciale di concorso materiale sanzionata con il cumulo giuridico delle pene, anziché con quello materiale e, per questo, non ritiene errato l'altro uso linguistico che parla di "reati in continuazione" o di "continuazione criminosa"; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 398 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2003, 613, che invece inquadra la continuazione come un'ipotesi di connessione sostanziale di reati, tra loro comunque distinti.

⁷ Non si trattava, tuttavia, di una precisa scelta legislativa, quanto di un mancato coordinamento tra il reato continuato, così come riformato nel 1974, ed altre norme del Codice Rocco che facevano riferimento ad esso nella precedente accezione, tra cui evidentemente l'art. 158 c.p. Così AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 16.

⁸ Vi è chi, a fronte della novella dell'art. 158 c.p., si è chiesto se tale modifica di fatto non si ponga in contraddizione con la ragion d'essere della continuazione stessa e il suo spirito mitigatorio. Così PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, 1, 37.

3. Il panorama giurisprudenziale

Il rinnovato interesse giurisprudenziale per la tradizionale, quanto controversa, tematica si inserisce, in realtà, nel solco di una giurisprudenza che nel corso degli anni ha più volte ribadito che è alla luce del principio del *favor rei* che va compiuta la qualificazione della continuazione come unità o pluralità di illeciti. E, in effetti, l'unico dato discordante era proprio rappresentato, fino al 2005, dal ricordato disposto dell'art. 158 c.p., in base al quale veniva prevista una deroga a tale principio di *favor rei*.

Va doverosamente riconosciuto, dunque, che sono stati senz'altro colti dalla giurisprudenza lo spirito e la portata della novella del 1974 e delle riforme successive.

In buona sostanza, la costante attenzione alla *vexata quaestio* che ha condotto negli ultimi anni ad una giurisprudenza "alluvionale" è determinata non tanto da una diversa lettura della problematica rispetto alla ricostruzione compiuta dalla dottrina, quanto dal fatto che sorgono sempre nuovi profili problematici in ordine all'applicazione dell'art. 81 c.p.

Tra i vari aspetti affrontati, molteplici sono le sentenze che si sono occupate del rilievo unitario ovvero pluralistico del reato continuato, con riguardo a specifici temi oggetto di giudizio. Lungi dal trattarsi di un dibattito meramente teorico, le conseguenze pratiche che discendono da tale *quaestio* sono innegabilmente rilevanti (si pensi solo all'amnistia, all'indulto, all'appena citata prescrizione, alle misure di sicurezza, alle pene accessorie, alle cause estintive del reato e della pena o alle circostanze, ove, per tutti questi casi, assume importanza la considerazione unitaria ovvero pluralistica della continuazione).

In particolare, negli ultimi anni diverse decisioni delle Sezioni unite si sono soffermate sul tema, rispettivamente in relazione alla valutazione della circostanza attenuante dell'integrale riparazione del danno, all'applicazione della causa di estinzione della pena - ossia l'indulto - e alla determinazione dei termini della custodia cautelare con riguardo anche ai cd. reati satelliti⁹. Da ultimo,

⁹ In particolare si fa riferimento a Cass., Sez. un., 27 novembre 2008, Chiodi, in *Mass. Uff.*, n. 241755 e in *Cass. pen.*, 2009, 2743, con nota di BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*; Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, Astone, in *Mass. Uff.*, n. 243380, in *Cass. pen.*, 2010, 4126, con nota di SCARCELLA, *Revoca dell'indulto per reati avvinti dalla continuazione e competenze del giudice dell'esecuzione* e in *Dir. e proc.*, con nota di BOCCOLINI, *Favor rei ad ogni costo?*; Id., Sez. un., 26 marzo 2009, Vitale, in *Mass. Uff.*, n. 243588, in *Riv. pen.*, 2009, 1105 e in *Cass. pen.*, 2010, 4114, con nota di BELTRANI, *Termini della custodia cautelare e reato continuato*.

anche la recente pronuncia a Sezioni unite del 2013¹⁰, pur se relativa all'annosa questione afferente all'individuazione della cd. violazione più grave, ha ribadito i medesimi principi in ordine alla natura unitaria o pluralistica del reato continuato.

In primis, va esaminata la decisione della Corte di cassazione del novembre 2008¹¹. La questione controversa sottoposta all'esame delle Sezioni unite era la seguente: «se, nel caso del reato continuato, ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 7, e delle attenuanti di cui all'art. 62 c.p., nn. 4 e 6, debba tenersi conto del danno complessivo ovvero di quello cagionato da ogni singolo reato».

Nell'ampia premessa della pronuncia viene riepilogato lo stato della giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di valutazione unitaria del reato continuato ovvero di considerazione autonoma dei singoli illeciti unificati *ex art.* 81, co. 2, c.p. Nella prima parte della decisione, il Supremo Collegio - attraverso una breve, ma completa, ricognizione delle principali sentenze dagli anni ottanta della Corte di cassazione e della Corte costituzionale - giunge a riconoscere il principio, già affermato nella dottrina penalistica, per cui in tema di continuazione «non vi è una struttura unitaria come punto di partenza di rilievo generale. Al contrario - prosegue la sentenza -, la considerazione unitaria del reato continuato richiede due condizioni: deve essere espressamente prevista da "apposita disposizione" o, comunque, deve garantire un risultato favorevole al reo. Ne deriva che, al di fuori di queste due ipotesi, non vi è alcuna unitarietà di cui tener conto e, di conseguenza, vige e opera la considerazione della pluralità dei reati nella loro autonomia e distinzione che, pertanto, costituisce la regola».

Ed è proprio alla luce di simili premesse che viene affrontata la specifica questione, ossia l'incidenza delle circostanze aggravanti e attenuanti nella determinazione della pena *ex art.* 81, co. 2, c.p. Secondo la Corte i reati uniti dal vincolo della continuazione, con riferimento alle circostanze attenuanti ed aggravanti, conservano la loro autonomia e si considerano come reati distinti.

A fronte dell'enunciazione di tale principio, appare evidente che la presunta

¹⁰ Cass., Sez. un., 28 febbraio 2013, P.G. in proc. Ciabotti, in *Mass. Uff.*, n. 255347, in *Cass. pen.*, 2014, 477, con nota di CONZ, *Sulla determinazione della pena nel reato continuato. Rilievi critici alla teoria della individuazione della violazione più grave "in astratto"*, e in *Dir. e giust.*, 2013, con nota di CAPITANI, *Nessuno spazio alla valutazione "in concreto". Ma si tenga conto delle circostanze. Le Sezioni Unite propongono così fine ad una antica querelle*.

¹¹ Cass., Sez. un., 27 novembre 2008, Chiodi, cit.

considerazione unitaria del reato unitario *quoad poenam* sia oggi più apparente che reale. In effetti, unitaria è solamente la determinazione complessiva finale del *quantum* di sanzione calcolato ai sensi dell'art. 81, co. 2, c.p. Certo è che nel giungere alla "pena finale" il giudice deve prendere in considerazione i singoli illeciti in modo autonomo. A titolo esemplificativo, nell'ipotesi di riparazione integrale del danno riferita alla sola violazione più grave il giudice potrà necessariamente tenere conto della stessa in sede di definizione della cd. pena-base, mentre dovrà procedere ad un aumento di pena per i cd. reati satelliti che faccia riferimento anche alla non applicabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 61, n. 6, c.p. relativamente anche a questi ultimi.

Simile *modus operandi* – va subito soggiunto – vale evidentemente in relazione a qualsivoglia circostanza del reato. Interessante può essere la situazione in cui venga riconosciuta la continuazione tra episodi già coperti da un giudicato irrevocabile e altri successivi alla prima condanna, per i quali sia stata contestata la circostanza aggravante della recidiva. In tale ipotesi, l'incidenza della recidiva – qualora questa venga riconosciuta ex art. 99 c.p. nel secondo giudizio – cambierà a seconda che la violazione più grave sia individuabile fra gli illeciti già giudicati o fra quelli *sub iudice*. Nel primo caso, anche qualora venisse riconosciuto lo *status* di recidivo con riferimento ai nuovi episodi delittuosi, il giudice potrà tenerne conto unicamente in sede di aumento di pena per i cd. reati satelliti, senza che ciò abbia alcuna incidenza sulla determinazione della pena-base. Con il risultato – che può apparire paradossale – che, ove accertata una recidiva reiterata per i nuovi delitti, il divieto di prevalenza delle attenuanti rispetto a questa forma di recidiva non potrà essere operante. E ciò in quanto, nel caso ora prospettato, alla violazione più grave non è riferibile la circostanza aggravante della recidiva reiterata.

Proseguendo nell'esame delle decisioni delle Sezioni unite, si deve analizzare la pronuncia del 23 aprile 2009, in tema di indulto¹². Come è noto, già da tempo giurisprudenza e dottrina sono orientate nel senso che, pur prevedendo l'art. 174 c.p. in tema di concorso di reati l'applicazione dell'indulto alla pena unitaria – sia nell'ipotesi in cui a cagione del titolo alcuni fra i reati unificati siano esclusi ed altri compresi nel provvedimento di clemenza, sia nel diverso caso in cui alcuni dei reati siano stati commessi prima ed altri dopo il termine di efficacia previsto nel decreto di concessione del condono –, il reato continuato

¹² Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, Astone, cit.

vada scisso al fine di applicare il beneficio a quei reati che vi rientrano¹³. Anche sotto questo profilo trova, quindi, conferma il già menzionato principio secondo cui è il *favor rei* a determinare la considerazione unitaria o pluralistica della continuazione.

La specifica questione oggetto della decisione a Sezioni unite concerne il contrasto interpretativo emerso in seno alla Suprema Corte in ordine ai criteri con cui determinare la pena relativa ai reati satellite quando alcuni di essi fossero esclusi dal beneficio dell'indulto. Le due tesi che si fronteggiavano erano le seguenti: sulla base della prima, il giudice dell'esecuzione - nel caso in cui non vi avesse provveduto quello di cognizione - avrebbe avuto il potere di individuare il *quantum* di pena riferibile ad ogni singolo reato satellite; alla stregua della seconda, con riguardo ai reati satelliti, si sarebbe dovuto fare riferimento alla sanzione edittale minima prevista per la singola fattispecie astratta.

Da quanto si è esposto, appare subito evidente che entrambi gli orientamenti muovono dall'ormai consolidato presupposto della valutazione pluralistica della continuazione in tema di indulto quando ciò si riveli favorevole per il reo. Nel caso di specie, la Suprema Corte, accogliendo la prima tesi, ha accettato le conseguenze estremamente favorevoli che derivano da simile premessa. È intuitivo, infatti, che la pena concretamente irrogata per i singoli reati satelliti sarà, di regola, inferiore al minimo edittale. Non fosse altro perché la Cassazione ha affermato che nell'ipotesi di aumento della sanzione *ex art. 81, co. 2, c.p.* il giudice può applicare con riguardo ad ogni singolo reato satellite addirittura una pena inferiore ai minimi stabiliti dagli artt. 23 e 25 c.p.¹⁴.

L'ulteriore aspetto interessante che si può cogliere nella sentenza è la conferma della sempre maggiormente avvertita opportunità di accogliere il cd. criterio dell'"addizione" ai fini della determinazione complessiva della pena *ex art. 81, co. 2, c.p.*, intendendo con ciò l'utilità che il giudice non si limiti a indicare il *quantum* di sanzione riferibile alla violazione più grave e quello relativo all'aumento globale per tutti i reati satellite, ma specifichi singolarmente tutti gli aumenti di pena riguardanti ognuno degli illeciti avvinti dal vincolo della continuazione¹⁵. È bensì vero che l'attuale giurisprudenza della Suprema Corte

¹³ Cass., Sez. un., 16 novembre 1989, Fiorentini, in *Cass. pen.* 1991, 1226.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 29 marzo 1995, Pani, in *Cass. pen.* 1996, 2215.

¹⁵ Come è noto, già dai primi anni Ottanta è venuta emergendo una giurisprudenza della Suprema Corte che riconosce la legittimità di una determinazione analitica delle singole entità di pena che concorrono a formare la pena complessiva *ex art. 81, co. 2, c.p.* (sul punto, per tutti, AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 6 e ss.).

esclude che la mancata indicazione delle singole entità di pena per i diversi reati satelliti determini nullità o irregolarità di alcun genere. Ciò nonostante, sempre più si profila la necessità di una completa motivazione del giudice in ordine a tutte le singole frazioni di pena¹⁶. In effetti, già esaminando la prima decisione delle Sezioni unite è emerso che dalla sostanziale natura pluralistica della continuazione discende la possibilità che alcune circostanze siano riferibili solamente ad alcuni degli illeciti unificati *quoad poenam*. In tal caso, per il giudice sorge un vero e proprio obbligo di diversificare e, quindi, indicare il *quantum* di pena riferibile ad ogni singolo illecito. Analogamente – anche se per ragioni diverse – si conferma simile opportunità di un’analitica esposizione dei passaggi che hanno portato il giudice a determinare globalmente la pena ai sensi dell’art. 81, co. 2, c.p. nella prospettiva di un’eventuale applicazione dell’indulto, così come con riferimento ad ogni altra causa estintiva del reato e della pena. A maggior ragione oggi, dopo che è stato riformato il testo dell’art. 158 c.p. in materia di decorrenza del termine prescrizionale del cd. reato continuato. Si intende fare riferimento al fatto che il venir meno della valutazione unitaria del reato continuato ai fini del decorso del termine prescrizionale condurrà nella prassi giudiziaria sempre più spesso al maturarsi della prescrizione per gli episodi più risalenti nel tempo avvinti dal vincolo della continuazione con altri posteriori cronologicamente. Sarebbe, perciò, illogico che fosse – in una fase successiva al giudizio di primo grado – il giudice dell’impugnazione o, addirittura, quello dell’esecuzione a doversi fare carico di individuare *ex post* le singole frazioni di pena che vengono a comporre la pena complessiva per la continuazione.

Simili conclusioni – va subito sottolineato – trovano piena conferma anche spostandosi sul diverso piano della rilevanza della continuazione con riguardo ad alcuni aspetti processuali. L’ultima delle sentenze delle Sezioni unite in esame è quella della Cassazione del 26 marzo 2009¹⁷. In tale pronuncia è stata, infatti, risolta la questione di diritto «se, in caso di condanna non definitiva per reato continuato, per valutare, a norma dell’art. 300, co. 4, c.p.p., l’entità della pena

¹⁶ In tal senso, tra le altre, Cass., Sez. III, 17 settembre 2004, C., in *Cass. pen.*, 2006, 1471. A tale riguardo, va, peraltro, precisato che la situazione si pone in termini diversi nel caso in cui il giudice ometta di indicare addirittura la pena riferibile alla violazione più grave e, quindi, conseguentemente anche il successivo aumento per i reati satellite. In tale caso, la sentenza deve considerarsi nulla nella parte relativa alla determinazione della pena, in quanto non consente il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale (Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, Zouine, in *Giust. pen.*, 1996, II, 214).

¹⁷ Cass., Sez. un., 26 marzo 2009, Vitale, cit.

ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare applicata soltanto per il reato meno grave, occorra avere riguardo alla pena determinata dal giudice in sede di condanna per detto reato ai sensi dell'art. 533, co. 2, c.p.p. (o, in mancanza di tale determinazione, alla pena incidentalmente determinata dal giudice adito in sede cautelare, eventualmente con riferimento alla pena minima edittale prevista per il reato) ovvero alla pena concretamente inflitta come aumento ex art. 81 cpv. c.p.).».

Non è un problema nuovo quello affrontato dalla Suprema Corte. Come è noto, già nel 1997 le Sezioni unite si erano pronunciate in tale specifico ambito¹⁸. In particolare, il Supremo Collegio aveva affermato il principio che, ai fini sia dell'art. 303, co. 1, lett. c), c.p.p., sia dell'art. 300, co. 4, c.p.p. nel caso di condanna per più reati avvinati dalla continuazione, per alcuni dei quali soltanto (nella specie per i reati satelliti) mantenga efficacia la custodia cautelare, per “condanna” e per “pena inflitta” devono, rispettivamente, intendersi la condanna e la pena inflitte per questi ultimi reati, e non la condanna e la pena inflitte per l'intero reato continuato, in quanto l'unificazione legislativa di più reati nel reato continuato va affermata laddove vi sia una disposizione apposita in tal senso ovvero quando la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo, non potendo dimenticarsi che il trattamento di maggior favore per il reo è alla base della *ratio* del reato continuato. Pertanto, allorché il giudice di merito nell'infliggere la pena per il reato continuato non abbia suddiviso la pena irrogata per i reati satelliti e la suddivisione o distinzione rilevi per il calcolo dei termini di durata massima della custodia cautelare o per l'accertamento dell'avvenuta espiatione della pena, il giudice della misura cautelare deve porsi il relativo problema e determinare, ai soli fini della misura, la pena per ciascun reato in continuazione, non potendo l'omessa suddivisione o distinzione essere di ostacolo al riacquisto della libertà, se di quest'ultimo ricorrono le condizioni. E la suddivisione o distinzione della pena può essere effettuata anche dalla Corte di cassazione allorché i reati satelliti siano altrettanti episodi della medesima figura criminosa commessi in tempi diversi, in danno di persone diverse e non risulti o non sia allegato un diverso grado di gravità dei vari fatti reato. A fronte, tuttavia, del perdurante contrasto giurisprudenziale sul tema, che vedeva un diverso orientamento¹⁹ preferire il riferimento alla pena che sarebbe

¹⁸ Cass., Sez. un., 26 febbraio 1997, Mammoliti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 673, con nota di AMBROSETTI, *La determinazione della pena nel reato continuato: brevi note in merito ad una recente pronuncia delle sezioni unite in tema di misure cautelari e continuazione*.

¹⁹ Cass., Sez. II, 16 aprile 2008, Id., Sez. II, 15 gennaio 2008, Frontone; Spartà; Id., Sez. VI, 12 luglio

stata inflitta in difetto del riconoscimento della continuazione, la Suprema Corte è stata nuovamente chiamata a risolvere la questione. In termini analoghi, dunque, alla precedente sentenza del 1997 si è ancora una volta espresso il Supremo Collegio. L'indirizzo opposto andava, infatti, rifiutato non solo perché contrario agli espressi riferimenti normativi degli artt. 300, co. 4, c.p.p. e 533, co. 2, c.p.p., che si riferiscono alla pena in concreto applicata, ma anche perché - secondo un'interpretazione sistematica - l'art. 300 c.p.p. impone un principio di proporzionalità.

È stato così ribadito che nel caso di pena "irrogata" per il reato continuato, al fine di individuare la eventuale perdita di efficacia ai sensi dell'art. 300, co. 4, c.p.p. della custodia cautelare applicata per un reato cd. satellite, è necessario far riferimento alla pena inflitta come aumento per tale titolo. Si è, inoltre, evidenziato che, qualora il giudice nel procedimento principale non abbia provveduto all'individuazione degli aumenti per i reati satelliti rilevanti per il calcolo dei termini di durata massima di custodia cautelare, applicata solo per essi o alcuni di essi, la lacuna vada colmata dal giudice investito dalla questione cautelare, che deve determinare così la frazione di pena riferibile a ciascuno dei reati in continuazione, sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., che tengono conto della loro natura e oggettiva gravità, secondo l'apprezzamento fatto dal giudice di merito.

Un ultimo cenno, infine, merita la pronuncia a Sezioni unite che il 28 febbraio 2013²⁰ ha risolto il contrasto in tema di individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena nel reato continuato. Pur occupandosi, in effetti, di tema diverso da quello in questa sede in esame, come si è già evidenziato, la Suprema Corte ha avuto comunque modo di ribadire i principi espressi nelle pronunce precedenti affermando che «è possibile ritenere ormai superata la concezione unitaria del reato continuato in favore dell'autonomia giuridica delle singole violazioni che confluiscono nel reato continuato, tranne che per gli effetti espressamente previsti dalla legge. I reati legati dal vincolo della continuazione devono, quindi, considerarsi come una vera e propria pluralità di reati autonomi e diversi in funzione del carattere più o meno favorevole degli effetti che ne discendono. In tal modo è possibile garantire, conformemente alla natura dell'istituto, quel trattamento privilegiato che è imposto dalla sua

2007, Nino, *inedite*; Id., Sez. V, 17 marzo 2006, Cadinu, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2111.

²⁰ Cass., Sez. un., 28 febbraio 2013, P.G. in proc. Ciabotti, cit.

minore riprovevolezza complessiva. La concezione unitaria del reato continuato opera, quindi, soltanto per gli effetti espressamente presi in considerazione dalla legge, come quelli relativi alla determinazione della pena, e sempre che garantisca un risultato favorevole al reo».

4. Il possibile abbandono dell'istituto

All'esito della disamina delle pronunce giurisprudenziali appena richiamate, si deve riconoscere ormai quale punto fermo, come sopra anticipato, la sostanziale coincidenza tra posizione dottrinale e giurisprudenziale sulla natura pluralistica del reato continuato.

La riforma del 1974, prima, e la successiva del 2005, poi, hanno sgombrato il campo da ogni possibile dubbio circa una ricostruzione dell'istituto di cui all'art. 81 c.p. nei termini di unità. Oggi ancor di più, inoltre, dalla lettura delle sentenze esaminate emerge in modo inequivoco come la disciplina di tale strumento altro non sia che un regime di cumulo giuridico riservato ad un caso di concorso materiale di illeciti, quale eccezione per mitigare l'altrimenti applicabile cumulo materiale.

Con una battuta, dal reato continuato alla continuazione di reati²¹.

Simile risultato, ormai acquisito, comporta inevitabilmente un inquadramento delle problematiche connesse alla continuazione nell'ambito della teoria della commisurazione della pena, piuttosto che in quella tradizionale delle forme di manifestazione del reato.

Non si può sottacere, peraltro, che simile impostazione costituisce solamente un passaggio intermedio verso nuove soluzioni che comportino l'abbandono di tale istituto. L'intervento del legislatore del 1974, in effetti, si è posto in termini di soluzione di compromesso che – da un lato – ha allargato le maglie dell'istituto del reato continuato, al fine anche di restringere l'applicazione del cumulo materiale, senza però intervenire – dall'altro lato – in alcun modo su tale regime, mantenuto inalterato.

²¹ Tale efficace espressione si rinviene testualmente in BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, cit. Tuttavia, la questione sul *nomen* dell'istituto risale già all'epoca immediatamente successiva alla riforma del 1974, ove alcuni autori avevano proposto una nuova denominazione per la figura. Così, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 1987, 609; BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 1988, 231. Viene, tuttavia, osservato come il legislatore abbia utilizzato anche dopo la novella le due diverse espressioni indifferentemente, come si evince dal codice di procedura penale del 1989 che all'art. 4 utilizza «continuazione» mentre all'art. 17 «reato continuato». Così AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 1.

A fronte di tale situazione viene ora da interrogarsi sul passaggio successivo, che comporti una scelta di riforma più radicale, dalla quale possa discendere il contestuale venir meno dell'istituto stesso - che trova ormai la sua sola ragion d'essere nella funzione di mitigare la pena - e la contemporanea eliminazione del rigido sistema sanzionatorio del cumulo materiale.

Al riguardo, può essere opportuno richiamare la recente evoluzione realizzatasi sul tema nell'ordinamento tedesco, pur dovendo rilevare le profonde differenze normative tra il nostro ordinamento e quelli di lingua tedesca. Come si ricorderà, infatti, l'istituto della continuazione in tali Paesi non aveva mai trovato espresso riconoscimento normativo, ma era frutto di consolidata elaborazione giurisprudenziale e dottrinale²². Ciò nondimeno, va rilevato come in detti sistemi alla caducazione del cumulo materiale delle pene e alla contestuale introduzione di una pena cumulativa sia inevitabilmente seguita anche la crisi dell'istituto della *fortgesetzte Handlung*. È, d'altra parte, evidente la stretta connessione fra l'adozione del criterio del cumulo giuridico delle pene²³ e il venir meno delle tradizionali esigenze di mitigazione sanzionatoria che erano alla base della figura del reato continuato. Ed è così, poi, che già da vent'anni le note pronunce delle Supreme Corti sia in Svizzera²⁴ che in Germania²⁵ hanno segnato l'abbandono della *fortgesetzte Handlung*. In entrambi gli ordinamenti, infatti, si è sostanzialmente ritenuto superato e inutile tale istituto, sancendone la sua pratica eliminazione²⁶. E' evidente che la strada percorsa in Svizzera e

²² Erano state, infatti, dottrina e giurisprudenza ad elaborare i requisiti della continuazione (*fortgesetzte Handlung*). In particolare, erano necessari, sotto il profilo oggettivo, l'omogeneità nel modo di esecuzione dei reati (*Gleichartigkeit der Begehungsweise*) e la lesione degli stessi beni giuridici. Nei casi di lesione, poi, di beni altamente personali (*Hochstpersönliche Rechtsgüter*) come vita, incolumità, libertà personale ed onore, era richiesta anche l'identità del soggetto passivo. Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, poi, si prevedeva un legame psicologico ininterrotto tra le decisioni, proseguimento l'una dell'altra (*Gesamtvorsatz*). Per maggiori riferimenti, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, 716 ss. E in Italia, FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 465 ss.; AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, cit., 23 ss.

²³ Da tempo, ormai, è stato abbandonato il regime del cumulo materiale, per sostituirlo con il criterio dell'inasprimento (*Asperationsprinzip*), simile al nostro regime del cumulo giuridico. Si veda nella dottrina italiana, anche per un confronto tra i due ordinamenti, italiano e tedesco, FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 476-77.

²⁴ *Bundesgerichtshof*, 27.4.1990, in *NStZ*, 1993, 311; *Bundesgerichtshof*, 8.3.1991, in *NStZ*, 1993, 331. E, in dottrina, con riferimento all'ordinamento svizzero, JUNGH, *Zur Nochahmung empfohlen: Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung durch das Schweizer Bundesgericht*, in *NJW*, 1994, 916.

²⁵ *Bundesgerichtshof, Großer Senat*, 3.5.1994, in *NStZ*, 1994, 383; *Bundesgerichtshof*, 20.6.1994, in *NStZ*, 1994, 493; *Bundesgerichtshof*, 8.6.1994, in *NStZ*, 494.

²⁶ Al riguardo, osserva ROXIN (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 2003, 874) che - dopo le decisioni della Suprema Corte tedesca e svizzera - la giurisprudenza non ha più riconosciuto in nessun caso

Germania è stata facilitata da due fondamentali circostanze appena ricordate: la prima è rappresentata dall'accoglimento del criterio del cumulo giuridico delle pene per ogni forma di concorso materiale di reati. La seconda è costituita dal fatto che l'istituto della *fortgesetzte Handlung* era privo di una espressa disciplina legislativa che ha reso possibile la svolta giurisprudenziale nei termini dianzi esposti.

Profondamente diversa è la situazione in Italia, in cui il criterio del cumulo materiale delle pene persiste ancora oggi, sia pur attenuato da alcune riforme. Prendendo proprio ispirazione anche dall'esperienza d'oltralpe, allora, una riforma complessiva del nostro sistema sanzionatorio in materia di concorso reale di reati potrebbe coerentemente condurre all'abbandono del cumulo materiale - e al contempo, conseguentemente, del reato continuato - a favore invece del regime di cumulo giuridico²⁷.

Il rigore che uniformava il Codice Rocco nell'innalzamento complessivo del quadro sanzionatorio e nell'introduzione del cumulo materiale ha inevitabilmente condotto nei tempi moderni alla dilatazione eccessiva dell'istituto del reato continuato, al fine di riequilibrare tale severità. Una diversa regolamentazione che consenta di rinunciare alla continuazione di reati garantirebbe, così, di evitare le distorsioni generate da tale figura. L'eccessiva elasticità nell'applicazione dello strumento, che ormai va ben oltre i confini del giudicato, comporta - d'altronde - un'estrema discrezionalità giudiziale. E ciò vale, da un lato, sotto il profilo del riconoscimento del vincolo, considerato che dal 1974 l'unico requisito richiesto è quello soggettivo del medesimo disegno criminoso. A ciò si aggiunga, dall'altro lato, che sotto l'aspetto sanzionatorio vi è una forbice troppo ampia di aumento di pena permesso (da un giorno al triplo). Il che comporta inevitabilmente, dunque, una disparità di trattamento sanzionatorio

i presupposti del reato continuato. Sul punto, si veda per tutti STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, sub *pre* § 52, in SCHÖNKE-SCHRÖEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29, München, 2014, 865 e ss.

In Italia, per un contributo in commento a tale giurisprudenza tedesca, PARISE, *Brevi osservazioni sull'istituto della continuazione nella recente esperienza giurisprudenziale tedesca. Spunti di riflessione comparatistica*, in *Cass. pen.*, 1997, 3233.

²⁷ Simile auspicio è espresso anche da BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati*, cit., 2749 ss., il quale confida nel futuro ricorso al regime del cumulo giuridico. L'autore sottolinea, tuttavia, che non pare ancora volersi rinunciare alla figura del reato continuato, considerato che essa compare anche nei più recenti progetti di codice penale delle Commissioni ministeriali (in particolare, egli cita il prog. Nordio e il prog. Pisapia, atteso che entrambi ancora prevedevano la continuazione, pur introducendo il cumulo giuridico per il concorso materiale di reati).

derivante nella concreta pratica giudiziaria da tale discrezionalità nella determinazione della pena.

È forse arrivato il giorno, allora, che questo storico istituto nato all'epoca dei pratici medievali sia confinato alla storia del diritto penale.