

L'ECLETTICA STRUTTURA DEL REATO ABITUALE NEL LABIRINTICO CONTESTO DELLE FATTISPECIE DI DURATA

di Filippo Bellagamba

(Associato di diritto penale, Università di Siena)

SOMMARIO: 1. Una breve nota introduttiva. – 2. La prima dicotomia tra reato *necessariamente abituale proprio* e reato *necessariamente abituale improprio*. – 2.1. La controversa natura del reato abituale *improprio* tra fattispecie autonoma e circostanza aggravante – 2.1.1. La relazione incestuosa quale paradigmatica espressione di titolo autonomo di reato (abituale *improprio*) – 2.2. I rapporti tra reato abituale *improprio* e reato complesso. – 2.3. I rapporti tra reato abituale (*improprio* e *proprio*) e reato continuato. – 3. La seconda dicotomia tra reato *necessariamente abituale* e reato *eventualmente abituale*. – 4. Il reato abituale nella fase *pre-consumativa*: una categoria inutile? – 4.1. Il reato abituale nella fase *post-consumativa*: un duplicato del reato permanente? – 5. Il reato abituale nel suo assetto disciplinare: la problematica individuazione del *tempus commissi delicti*. – 5.1. L'operatività delle cause estintive dell'amnistia e dell'indulto. – 5.2. Il *dies a quo* ai fini della prescrizione: inquadramento del problema – 5.2.1. La proposta di una soluzione differenziata tra reati *necessariamente abituali* e reati *eventualmente abituali* – 5.3. Il concorso di persone nei reati abituali. – 6. Sintesi conclusiva.

1. Senz'altro ascrivibile tra i c.d. *reati di durata*, la figura del reato abituale suscita, nel contempo, interesse ed ambiguità, in egual misura originati dalla carenza, nell'ordinamento, di appigli normativi che offrano indicazioni all'interprete non solo e non tanto attraverso una previsione definitoria - per la nota resistenza sinteticamente rievocata dal brocardo latino "*omnis definitio in iure periculosa est*"¹ - ma con riguardo soprattutto, ma non esclusivamente, al regime disciplinare.

Benché la rilevata lacuna persista a tutt'oggi e non vi siano segnali che inducano a ritenere che, di qui a poco, essa possa essere colmata, non si può neanche trascurare la circostanza che, con l'entrata in vigore del d.lgs. 16.3.2015, n. 28, l'aggettivo «abituale» fa, per la prima volta, il suo ingresso all'interno del codice penale (art. 131 *bis*) come nozione di *genere*², riferita al *comportamento* del soggetto agente e quale

¹ Con riferimento al diritto penale cfr. A. Cadoppi, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, a cura di A. Cadoppi, Padova 1996, 1 ss..

² Segnala M. Mantovani, *Metamorfosi del reato abituale fra ritorni al passato e trasfigurazione in un delitto di evento*, in *IP* 2019, 42 come l'aggettivo «abituale» già fosse presente all'art. 688 co. 3 Cp quale aggravante ad effetto comune della fattispecie contravvenzionale di *ubriachezza*, poi depenalizzata dall'art. 54 d.lgs. 30.12.1999 n. 507, oltre che nell'aggravante di cui all'art. 94 co. 1 Cp, seguita dalla relativa definizione. Ma questa puntualizzazione terminologica non aggiunge granché al tema dell'abitualità quale contrassegno connotativo di una *qualsiasi condotta*, che presenti come tratto strutturale la *reiterazione*. Infatti, tanto l'aggravante speciale

limite negativo della causa di non punibilità dovuta alla particolare tenuità del fatto³.

Più precisamente, il terzo comma della disposizione ora richiamata contiene una definizione del «comportamento abituale», avente contenuto *tipizzante* e non meramente esemplificativo⁴, che può essere scomposta in due parti⁵, la cui giustapposizione suscita non poche perplessità per la ingiustificata identità di trattamento che riserva a soggetti già gravati quanto meno da una sentenza definitiva di condanna, da un lato, ed a delinquenti primari, dall'altro⁶. La prima, infatti, avente chiara connotazione soggettiva⁷ e tesa ad identificare compiutamente le condotte "seriali", rinvia alle nozioni codicistiche di *delinquente abituale, professionale e per tendenza*, a cui aggiunge il riferimento alla commissione di «più reati della stessa

quanto quella comune non hanno niente a che vedere con la categoria dei reati di durata, poiché si limitano ad incidere, in ragione di una *condizione personale* del colpevole, sul trattamento sanzionatorio di un reato *istantaneo*, sia esso collegato alla circostanza da una affinità disvaloriale (così l'art. 688 co 3 Cp rispetto alla originaria fattispecie-base), sia esso del tutto avulso dallo *status* che la circostanza intende stigmatizzare (così l'art. 94 co.1 Cp, che può riferirsi a qualsiasi ipotesi di reato).

³ In tema si leggano i contributi di A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrococo, Torino 2015, 3 ss.; T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *GD* 2015, 1 ss.; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, 517 ss.; F. Mantovani, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *GP* 2015, II, 321 ss.; A. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *AP* 2015, 1 ss.; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015, 659 ss.; A.R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2015, 112 ss.; G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p.*, in *SI* 2015, 968; Id., *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *DPP* 2016, 787; C. Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma 2015; N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2015; A. Ferraro, *La particolare tenuità del fatto tra principi costituzionali ed esigenze di efficienza del sistema in Verso un processo penale accelerato*, a cura di A. Marandola, K. La Regina, R. Aprati, Napoli 2015, 63 ss.; G. Rossi, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dommatici e politico-criminali*, in *DPP* 2016, 537 ss.

⁴ Così Cass. S.U. 26.2.2016 n. 13681, in *GD* 2016, 78 ss. In senso opposto, ma si tratta di una pronuncia isolata e da ritenersi oggi superata, Cass. 2.7.2015 n. 5800, in *AP* 2016, 258 ss., con nota di D. Brunelli, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*. In dottrina, per la natura tassativa dell'elencazione, T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 27.

⁵ La Relazione illustrativa allegata al d.lgs. n. 28/2015 parla di «due indici-criteri», riferendosi, da un lato, alla *particolare tenuità del fatto* – che si articola, a sua volta nei «due indici-requisiti» rappresentati dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo – e, dall'altro, alla *non abitualità del comportamento*, che deve essere anch'esso, a parere di chi scrive, suddiviso in due ulteriori indici-requisiti, stante la disomogeneità del contenuto che il legislatore va poi ad esplicitare al terzo comma.

⁶ Cfr., in particolare, M. Mantovani, *op. cit.*, 49, ad avviso del quale detta assimilazione potrebbe essere viziata da profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost.

⁷ Nello stesso senso R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità*, cit., 667, che correttamente segnala come tale previsione sia disfunzionale alla *ratio* dell'istituto – identificata, in ultima analisi, nell'esigenza primariamente *sostanziale* (e soltanto di riflesso processuale per i benefici effetti in termini di alleggerimento del carico giudiziario che ad esso conseguono) di garantire che vi sia proporzione tra il disvalore del fatto e la risposta sanzionatoria – tracciando limiti applicativi connessi alla pericolosità sociale del soggetto e rispondendo, dunque, ad istanze meramente securitarie.

indole»⁸, con ciò fissando il limite all'applicazione dell'istituto nel *terzo illecito*, ivi compreso quello *sub iudice*, avente tali caratteristiche⁹. La seconda, volta senz'altro a convalidare nell'interprete l'idea dell'impossibilità di una "composizione" tra tenuità del fatto e serialità ma pur sempre riferita a soggetto sin lì privo di un *curriculum* criminale, evoca in senso ostativo alla declaratoria di non punibilità la commissione di «reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate», facendo ricorso ad una formula a dir poco equivoca, che si è rivelata, sin da subito, di non agevole decodificazione, con ciò sollecitando un approfondimento, anche sul piano più propriamente classificatorio, dell'istituto che ci occupa.

Nonostante l'intervento delle Sezioni Unite¹⁰- che, pur chiamate a valutare la compatibilità tra l'art. 131 *bis* Cp e la contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, non hanno mancato di esprimersi circa il significato da attribuire a tale anodina espressione – non mi pare condivisibile affermare che, con tale sibillina positivizzazione della nozione di abitualità, si siano registrati significativi passi avanti rispetto al silenzio sin qui serbato dal codice e che l'elaborazione dottrinale si è fatta carico, nel tempo, di riempire.

Respingendo un approccio ermeneutico contrario al principio di "economia normativa" cui dovrebbe ispirarsi il legislatore al momento di definire i confini applicativi di un istituto, il Supremo consesso ha dapprima escluso che *plurimo* coincida con *abituale* o *reiterato*, per poi giungere alla conclusione che tale aggettivo stia ad indicare quelle ipotesi nelle quali il soggetto si renda autore di più condotte criminose della stessa natura in rapida successione temporale ma che vengano considerate, da un punto di vista normativo, come un *unico* fatto di reato. Si fa l'esempio delle lesioni colpose derivante dalla violazione di più norme contravvenzionali in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro; ma vi si può ricomprendere anche la contestuale sottrazione di più beni mobili dallo stesso negozio¹¹ o anche da più negozi diversi, che dà luogo ad un unico delitto di furto, stante

⁸ Va altresì segnalato come la Corte costituzionale, con ordinanza 10.10.2017 n. 279 (in www.penalecontemporaneo.it, 18.5.2019), abbia dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* co. 1 e 3 Cp, sollevata in riferimento agli artt. 3, 25, 27 Cost. dal Tribunale di Padova, con specifico riguardo al duplice requisito soggettivo relativo ai precedenti penali da cui il soggetto risulti gravato, poiché il fatto particolarmente lieve è comunque un fatto offensivo che costituisce reato e la circostanza che il legislatore abbia condizionato la non punibilità anche ad un dato soggettivo non viola il principio di uguaglianza, essendo il trattamento diverso collegato ad una situazione giuridica diversa; né contrasta con la finalità rieducativa della pena, dovendosi, al contrario, ritenere che l'applicazione dell'art. 131 *bis* Cp anche quando il comportamento illecito dell'agente sia abituale sarebbe contraddittoria rispetto alle esigenze di *prevenzione speciale*, poiché garantirebbe all'imputato l'impunità per tutti gli analoghi reati di cui in futuro si dovesse rendere autore.

⁹ Ancora Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, cit. Si è, poi, precisato (Cass. 22.2.2017 n. 36616, in *GD* 2017, 96) che il giudice, per valutare se siano stati commessi due reati della stessa indole, può tenere in considerazione non soltanto le condanne irrevocabili e gli illeciti sottoposti alla sua cognizione, ma anche i reati in precedenza ritenuti non punibili *ex art. 131 bis* Cp, con la sola preclusione relativa alla ventilata sussistenza di denunce oramai risalenti, sulla cui sorte niente risulti accertato o chiarito.

¹⁰ Cfr *supra*, nota 4.

¹¹ In questo senso anche G. Rossi, *op. cit.*, 543.

la *moltiplicazione della stessa fattispecie legale* nel medesimo contesto temporale, posta in essere in pregiudizio di *beni non altamente personali*, ove dalla norma, correttamente interpretata, risulti *l'indifferenza dei titolari*.

Quanto, invece, alla coppia «abituale-reiterato», ci si limita a rinviare, per l'uno, alla categoria dei reati *necessariamente abituali*¹², come si intuisce dal richiamo espresso al delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi; e, per l'altro, alle fattispecie che presentano nel tipo il connotato della *reiterazione*, come avviene per gli atti persecutori, senza che, però, così facendo, si riesca, a nostro avviso, nell'obiettivo di individuare un criterio discretivo adeguato, come è fin troppo evidente dalla circostanza che, in entrambi i casi, si orbita pur sempre all'interno del medesimo "comparto", assegnando, nella sostanza, identico contenuto a ciò che viceversa si avrebbe la pretesa di differenziare.

Per ovviare a tale impropria sovrapposizione, che finisce per trattare la duplice qualificazione legislativa come se fosse un'*endiadi*, parte della dottrina ha suggerito di leggere il sintagma «condotte reiterate» come evocativo della diversa figura dei *reati permanenti*, con esclusivo riferimento a quelle particolari situazioni nelle quali il protrarsi dell'offesa al bene giuridico tutelato dipenda dalla reiterazione di *più condotte materiali* tenute nell'ambito di un lasso temporale più ampio¹³.

Ma, al di là della circoscritta ricaduta pratica comunque derivante da tale opzione ermeneutica, si tratta, a ben vedere, di una ricostruzione che non presenta significativi tratti distintivi rispetto alla controversa, possibile coesistenza tra abitudine e reato continuato, su cui la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi a più riprese non appena il d.lgs.n. 28/2015 ha visto la luce.

E ciò in ragione del fatto che, al netto della ontologica alterità tra reato abituale e reato permanente – che sarà oggetto di analisi nel prosieguo di questo lavoro¹⁴ – l'eventuale, e dunque non necessaria, reiterazione di più condotte, ciascuna delle quali di per sé sufficiente ad integrare il *minimum* richiesto affinché si possa parlare di permanenza, altro non sarebbe se non un concorso materiale di reati (permanenti) fondatamente inquadrabile nell'ambito di un *reato continuato omogeneo*, stante la medesimezza e l'unicità del disegno criminoso alla base delle plurime violazioni di

¹² Sulla bipartizione tra *reati necessariamente abituali* e *reati eventualmente abituali*, a cui si aggiunge, interferendo, quella tra abituali *propri* ed abituali *impropri*, si rinvia a quanto diremo *infra*, § 3.

¹³ Cfr. G. Rossi, *op. cit.*, 543, che fa l'esempio di un sequestro di persona in cui il sequestratore, dopo essersi accorto della momentanea fuga del sequestrato, ritrovi la sua vittima e la sottoponga di nuovo ad un regime di privazione della libertà personale. Di diverso avviso, anche se con riguardo alle forme "ordinarie" di manifestazione del reato permanente, Cass. 31.3.2016, n. 17679, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass. 8.10.2015 n. 47039, in *GD* 2016, 70 ss. (con nota di G. Amato, *L'applicabilità agli abusi urbanistici valutata caso per caso*) che correttamente osserva come altro sia la reiterazione rispetto alla *persistenza della condotta volontaria*, che comporta una protrazione nel tempo dell'offesa al bene giuridico oggetto di protezione, per quanto sia di difficile rilevabilità la particolare tenuità del fatto quanto più tardi intervenga la cessazione della permanenza; Cass. 8.10.2015 n. 50215, in *CEDCass.*, m. 265434, secondo cui non può esservi tenuità del fatto ove la permanenza *non sia cessata*, perché tale non può ritenersi, in forza dei criteri di cui all'art. 133 co. 1 Cp, un'offesa all'interesse penalmente tutelato che continui nel tempo, nonostante si riaffermi il principio della irriducibilità del reato permanente nell'alveo del «comportamento abituale» ostativo al riconoscimento del beneficio *ex art. 131 bis* Cp.

¹⁴ V. *infra*, § 4.1.

legge. Il che ci riporta alla discussa compatibilità tra il disposto dell'art. 131 *bis* co. 3 seconda parte Cp e la continuazione.

A tal proposito, dopo che sembrava essersi consolidato un orientamento della giurisprudenza di legittimità in forza del quale il reato continuato avrebbe dovuto essere considerato espressione di abitualità essendo la pluralità di condotte che ne caratterizza l'esistenza il segnale di una devianza *non occasionale*¹⁵, si è di recente assistito ad un parziale *revirement*, ritenendo non ostativa alla configurabilità della causa di esclusione della pena per particolare tenuità del fatto la presenza di più reati avvinti dal vincolo della continuazione, purché si tratti di continuazione *sincronica* e *non diacronica*, che si ha quando i delitti giungono a consumazione mediante azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo, di luogo e nei confronti della medesima persona, così da risultare comunque frutto di una unitaria e circoscritta deliberazione criminosa¹⁶.

In breve: la volontà criminosa che regge più condotte poste in essere nel medesimo contesto spazio-temporale non confligge con il concetto di *estemporaneità* rispetto alla positiva personalità del reo e non appare, pertanto, preclusiva dell'applicazione dell'art. 131 *bis* Cp.

E' da ritenersi, quindi, erronea l'automatica identificazione tra reato continuato e l'abitualità nel reato quale *limite negativo* al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, perché il legislatore delegato, diversamente da quanto fatto in precedenza (art. 27 d.P.R. 22.9.1988 n. 448; art. 34 d.lgs. 28.8.2000 n. 274), ha preferito abbandonare il riferimento al concetto di *occasionalità*, con la chiara finalità di escludere soltanto quei comportamenti espressivi di una serialità dell'attività criminosa e di un'abitudine del soggetto a porsi contro la legge, desumibili dagli indici rivelatori a tale scopo predisposti dal co. 3 dell'art. 131 *bis* Cp.

D'altro canto, se è vero che può essere qualificato come di particolare tenuità il fatto che derivi da un *concorso formale* di reati¹⁷, non sarebbe di facile comprensione ammettere una disciplina deteriore in caso di reato continuato, dal momento che, al netto dell'elemento differenziale di stampo "naturalistico" rappresentato dalla pluralità di condotte, a quest'ultimo viene riservato, sul piano normativo, un trattamento identico, in ragione della prevalenza di quel coefficiente psicologico di *unicità del fine*, che cementa tra loro i diversi episodi criminali e che ne giustifica la minore riprovevolezza complessiva rispetto al concorso (materiale) di reati.

Una volta espunta la continuazione, quanto meno se sincronica, dall'ambito di operatività del limite di cui alla seconda parte del terzo comma, resta da sciogliere il nodo interpretativo sul significato da attribuire alla triade «plurime, abituali e reiterate».

¹⁵ Di questo avviso Cass. 25.9.2018 n. 44896, in *CEDCass.*, m. 274270; Cass. 13.12.2017 n. 3353, *ivi*, m. 272123; Cass. 5.4.2017 n. 28341, *ivi*, m. 271001; Cass. 15.11.2016 n. 1, *ivi*, m. 268970; Cass. 14.11.2016 n. 4852, *ivi*, m. 269092; Cass. 1.7.2015 n. 43816, *ivi*, m. 265084; Cass. 23.9.2016 n. 40650, in *Dejure*; Cass. 28.5.2015 n. 29897, in *CEDCass.*, m. 264034. In dottrina, di questa opinione anche F. Mantovani, *La non punibilità*, cit., 322.

¹⁶ Cfr. Cass. 11.12.2018 n. 4649, in *CEDCass.*, m. 274959; Cass. 25.9.2018 n. 47772, *ivi*, m. 274430; Cass. 6.6.2018 n. 41011, *ivi*, m. 274260; Cass. 15.1.2018 n. 5358, *ivi*, m. 272109; Cass. 31.5.2017 n. 35590, *ivi*, m. 270998.

¹⁷ Lo precisa Cass. 8.10.2015 n. 47039, cit.

Vi è, in proposito, chi, facendo leva su un'interpretazione *teleologicamente* orientata, ha proposto di distinguere – in linea con quanto sostenuto poi dalle Sezioni Unite – tra «abituale e reiterate» da un lato, assumendo che «abituale» si riferisca ai reati *eventualmente abituali* – a condizione tuttavia che siano stati in concreto posti in essere mediante reiterazione della condotta tipica¹⁸ – e «reiterate» ai reati *necessariamente abituali*; e «plurime», dall'altro, ritenendo che tale generica espressione ricomprenda al suo interno le due diverse figure del reato *eventualmente permanente*, che si ha quando si assiste alla realizzazione di più atti tipici in uno stesso contesto temporale, i quali, pur dando vita ad un reato unico, non si sottrarrebbero all'accezione di abitudine accolta dal legislatore (es: più minacce, più lesioni o più sottrazioni nel medesimo lasso di tempo). E del reato *progressivo*, come nel caso del c.d. *dupliche schema* tipico della corruzione¹⁹. E chi ha, invece, optato per la sostanziale *sinonimia* tra «abituale» e «reiterate, in quanto locuzioni entrambe evocative dei reati *necessariamente abituali*, riconoscendo all'aggettivo «plurime» la diversa funzione di escludere che un fatto possa essere qualificato come tenuto in presenza di condotte *concorsuali*, siano esse eventuali o necessarie, poiché i reati commessi in concorso, pur presentando un'unica offesa, si compongono comunque di più azioni riconducibili ai singoli concorrenti²⁰.

Senza, infine, trascurare la più semplificatoria soluzione di assegnare alla triplice qualificazione, nonostante la ridondanza legislativa, una valenza *unitaria*, coincidente con la nozione di reati *necessariamente abituali*, come parrebbe emergere dalle cadenze del dibattito svoltosi dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati in sede di formulazione del parere sullo schema di decreto²¹.

Le considerazioni che precedono, oltre a segnalare una volta di più l'oramai granitica tendenza del legislatore nostrano a costruire disposizioni viziate da un lessico inadeguato, il cui comune segno distintivo è quello di rinviare implicitamente ad una salvifica attività ermeneutica che supplisca al costante *deficit* di tecnica legislativa da cui sono afflitte, ci consentono di fissare le coordinate su cui si svilupperà la nostra indagine, essenzialmente coincidenti: a) con una più compiuta verifica del contenuto della nozione di *abitudine*, che oscilla tra le due distinte coppie del reato (*necessariamente*) *abituale proprio* ed *improprio*, da un lato, e del reato *necessariamente abituale* ed *eventualmente abituale*, dall'altro; b) con la fissazione di confini più definiti rispetto a figure limitrofe, quali il reato continuato, il reato complesso e, soprattutto, il reato permanente; c) con una più puntuale individuazione delle componenti strutturali della figura in esame, che sia funzionale ad offrire risposte adeguate alle più significative problematiche che emergono sul versante disciplinare.

¹⁸ Sulla esclusione dei reati *eventualmente abituali* che, nella fattispecie concreta, non siano accompagnati dalla reiterazione dall'ambito di prescrizione applicativa dell'art. 131 *bis* Cp v. anche Cass. 5.11.2018 n. 1523, in *CEDCass.*, m. 274794 (in tema di reato di molestie di cui all'art. 660 Cp); Cass. 12.1.2017 n. 13379, *ivi*, m. 269406 (in tema di delitto di esercizio abusivo della professione di cui all'art. 348 Cp); nonché G. Amato, *Con l'offesa lieve e la non abitudine si "aggancia" il caso*, in *GD* 2015, 32.

¹⁹ Così R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità*, cit., 669.

²⁰ T. Padovani, *Un intento deflattivo*, cit., 22.

²¹ Cfr. A. Gullo, *op. cit.*, 32.

2. La manualistica tutta, all'atto di confrontarsi con l'istituto che ci occupa, è univoca nel ricorrere ad un approccio di tipo "partitorio", proponendo di distinguere, al suo interno, anzitutto tra il c.d. reato *necessariamente abituale proprio* ed il c.d. reato *necessariamente abituale improprio*, riferendosi l'avverbio all'essenza dell'abitualità, che si identifica nella reiterazione, anche *diacronica*, di più condotte *identiche* od *omogenee*; e segnando, viceversa, l'aggettivo la distanza tra la ripetizione di comportamenti *in sé non punibili* (come nello sfruttamento della prostituzione) o che *possono essere non punibili* (come nei delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi; di atti persecutori; di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti²²; di *commercio* e di *distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione* di materiale pedopornografico, di cui all'art. 600 *ter* co. 2 e 3 Cp²³; di abusiva attività bancaria o finanziaria²⁴) e la ripetizione di fatti già integranti *ipotesi di reato* (come nella relazione

²² Migrato, per effetto dell'art. 3 co. 1 d.lgs. 1.3.2018 n. 21, dalla sua collocazione originaria nell'ambito del d.lgs. n. 152/2006 al codice penale e, più precisamente, all'art. 452 *quaterdecies* Cp. Lo qualificano come reato *necessariamente abituale proprio* Cass. 28.2.2019 n. 16036, in *CEDCass.*, m. 275395; Cass. 14.7.2016 n. 52838, *ivi*, m. 268920; Cass. 22.10.2015 n. 44629, *ivi*, m. 265573.

²³ Per la natura di reato *necessariamente abituale* del *commercio* c.d. *tradizionale* e della *distribuzione/divulgazione/pubblicizzazione* di materiale pedopornografico, che si realizzino attraverso, rispettivamente, la *cessione*, sia a titolo *oneroso* (es: vendita o anche noleggio) che *gratuito*, del prodotto o il suo *rifornimento*, senza tuttavia ricorrere a strumenti di diffusione radiotelevisiva, telematica o telefonica (mutando altrimenti in reati *eventualmente abituali*), poiché, postulando essi una *pluralità* di *destinatari*, non potrebbero, all'evidenza, prescindere da una (necessaria) *reiterazione* di atti cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Milano 2019, 554 ss. e 559. Quanto al *commercio*, giungono alle medesime conclusioni, ricomprendendovi anche le più moderne forme di commercio c.d. "*smaterializzato*" A. Cadoppi, sub *Art. 600 ter I e II comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova 2006, 164; S. Del Signore, *La tutela dei minori e la pedopornografia telematica: i reati dell'art. 600 ter c.p.*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Torino 2018, 443; L. Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater. 1 c.p.)*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. Coppi, Torino 2007, 437. Per la giurisprudenza, se la condotta di cui al co. 3 viene posta in essere per via *telematica*, si tratta di reato *istantaneo* (Cass. 11.11.2010 n. 42509, in *CEDCass.*, m. 248762; Cass. 6.10.2009 n. 41743, *ivi*, m. 245263); negli altri casi non vi è accordo se sia *istantaneo* (Cass. 30.11.2006 n. 698, *ivi*, m. 236073) o *necessariamente abituale* (Cass. 2.8.2004 n. 33196, in *RP* 2005, 46).

²⁴ Per dottrina pressoché unanime. Si vedano, tra gli altri, v. N. Pisani, *Reati bancari*, in *DizDPubl.*, V, Milano 2006, 4844, diretto da S. Cassese; E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2016, 388; L. Foffani, *Reati bancari*, in *Manuale di diritto dell'impresa*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara e G. Spagnolo, Bologna 2000, 461; P. Siracusano, *I reati a condotta reiterata. Spunti per una rivisitazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1248. Diversamente la giurisprudenza che, dopo aver optato dapprima per la natura di reato *eventualmente abituale* (Cass. 13.12.2013 n. 51744, in *CEDCass.*, m. 2258119; Cass. 12.11.2009 n. 7986, *ivi*, m. 246148; Cass. 16.9.2009, n. 2404, *ivi*, m. 245832; Cass. 10.6.2009 n. 29500, in *CP* 2010, 1644; Cass. 6.2.2007 n. 10189, in *CEDCass.*, m. 235846), non senza qualche digressione in favore del reato *eventualmente permanente* (Cass. 3.2.2015, n. 28157, *ivi*, m. 264917), sembra da ultimo essersi attestata sull'idea che si tratti invece di un reato *istantaneo*, il cui momento consumativo coincide con la concessione e l'erogazione di ciascun finanziamento: così Cass. 24.9.2019 n. 44699, in *CEDCass.*, m. 277678; Cass. 28.6.2016 n. 46287, *ivi*, m. 268136.

incestuosa, che si sostanzia nella iterazione del singolo delitto di incesto)²⁵.

Se può convenirsi con l'impostazione assolutamente maggioritaria, che si sottrae ai tentativi, promossi da una risalente, per quanto autorevole, dottrina, di abbandonare la contrapposizione terminologica tra *proprio* ed *improprio*²⁶ in favore di formule o meno evocative (della *prima specie* e della *seconda specie*)²⁷ o più controverse quanto all'inquadramento dogmatico (forma *semplice* e forma *aggravata*)²⁸, non altrettanto può dirsi per il ruolo che la reiterazione assume quando si innesta su un fatto già penalmente significativo.

Tuttavia, prima di farsi carico di tale profilo, non poco problematico, sembra opportuno prendere le mosse da alcune precisazioni circa le note strutturali della forma paradigmatica di reato abituale, icasticamente identificata, sul piano terminologico, con l'aggettivo *proprio*, poiché utili a meglio cogliere i tratti differenziali rispetto alla sua più controversa variante applicativa.

E, in proposito, può fare chiarezza riferirsi alla previsione di cui all'art. 612 *bis* Cp, a cui, come noto, si deve l'ingresso nel nostro ordinamento del delitto di atti persecutori, che peraltro rappresenta la prima (se non l'unica²⁹) forma di reato abituale

²⁵ Non manca, peraltro, nemmeno una figura di *circostanza aggravante abituale ad effetto speciale*: all'art. 13 *bis* co. 3 d.lgs. 10.3.2000 n. 74, così come modificato dall'art. 12 co.1 d.lgs. 24.9.2015 n. 158, si prevede che le pene stabilite per i delitti tributari, tanto in materia di dichiarazione che di documenti e pagamento delle imposte, siano «aumentate della metà se il reato è commesso dal concorrente nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione o la commercializzazione dei modelli di evasione fiscale». Come chiarito da Cass. 14.11.2017 n. 1999, in www.penalecontemporaneo.it, 22.5.2018 (con nota di D. Attanasio, *La responsabilità concorsuale del professionista nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale: è necessaria la "serialità" della condotta per l'integrazione della nuova circostanza aggravante*, in *DPenCont* 2018, 333 ss.) la locuzione utilizzata dal legislatore attribuisce alla condotta un carattere di *abitualità* e di *ripetività*, come confermato dalla stessa Relazione illustrativa del d.lgs. n. 158/2015 che, per descrivere il comportamento del consulente fiscale, impiega il termine «*seriale*».

²⁶ La cui paternità si deve a F. Grisogni, *Diritto penale italiano*, II, Milano 1952, 206.

²⁷ Così G. Leone, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli 1933, 24 ss.

²⁸ Cfr. A. Moro, *Unità e pluralità di reati*, Milano 1959, 219 ss.; nonché F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, Torino 2017, 478, che parla di reato «*aggravato dall'abitualità*».

²⁹ Ai limiti del decifrabile risulta, infatti, la struttura del delitto di *tortura*, collocato all'art. 613 *bis* Cp e la cui introduzione si deve alla l. 14.7.2017 n. 110, che ha dato attuazione alla Convenzione contro la tortura, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10.12.1994 e ratificata dall'Italia con l. 3.11.1988 n. 498. Se vi è concordia nel qualificarlo come *reato di evento a condotta vincolata*, assai più complesso è capire se si tratti di reato *abituale*, come, in effetti, sembra essere nella parte in cui l'evento si identifica, alternativamente, in «acute sofferenze fisiche» o in un «verificabile trauma psichico», poiché si stabilisce che esso derivi, sulla falsa riga di quanto già previsto per il delitto di atti persecutori, da *plurime condotte* di «violenze o minacce gravi»; o di reato a condotta *non reiterata*, quando l'unico atto di violenza o minaccia grave produca come risultato «un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Lo definisce come «una inedita figura di reato "alternativamente abituale"» D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino 2019, 126. Non chiara la posizione della giurisprudenza che, in due occasioni (Cass. 8.7.2019 n. 47079, in *CEDCass.*, m. 277856; Cass. 15.10.2019 n. 4755, *ivi*, m. 277856), ha concluso per la natura *eventualmente abituale*, ritenendo che l'evento «trattamento inumano e degradante» possa essere originato indifferentemente da una pluralità di condotte o da una soltanto. Con impostazione che, a mio avviso, presta il fianco all'obiezione di forzare il dato normativo, che pare riferire l'inciso «mediante più condotte» alla prima parte del precetto e non anche alla seconda. Ed in una terza (Cass. 11.10.2019 n. 50208, *ivi*, m. 277841) ha escluso che pluralità di condotte

di evento presente nel nostro ordinamento.

Si tratta di fattispecie nella quale è agevole apprezzare la *sinonimia* tra abitualità e reiterazione, nel senso che i singoli fatti che la compongono e che convergono in una figura unitaria mutuano la loro rilevanza penale proprio dalla reiterazione, non essendo il singolo episodio della serie sufficiente ad integrarne la tipicità anche ove questo costituisca già autonomo titolo di reato.

Infatti, il reato abituale *proprio* presenta come sua *peculiarità ontologica* quella di accentrare il disvalore del tipo sulla *ripetizione* della condotta, che può indifferentemente qualificarsi come lecita (es: spedire un regalo all'ex fidanzata o seguire una persona che non si conosce per sapere dove abita)³⁰ o come illecita (es: effettuare più telefonate anonime nel cuore della notte può dar luogo all'art. 660 Cp o rivolgersi in modo minatorio rileva ai sensi dell'art. 612 Cp)³¹, senza che, tuttavia, in quest'ultimo caso vi sia *omogeneità* tra la rilevanza penale autonoma e la lesività del reato abituale sotto un duplice profilo: a) perché, da una parte, come evidente dal rapporto tra minaccia e *stalking*, mentre la prima, in sé considerata, è posta a tutela della libertà morale, intesa come libertà da altrui comportamenti generatori di turbamento psichico e, quindi, dello stato di *tranquillità personale*, il secondo presenta un'oggettività giuridica *complessa*, ricomprensiva, oltre che della libertà di autodeterminazione e della tranquillità psichica, anche dell'*integrità individuale*, compromessa dalla sopportazione di contegni minacciosi (o molesti) persistenti, che

equivalga a reiterazione differita nel tempo, ben potendo essere intesa come «perpetrazione di più contegni violenti nello stesso contesto cronologico» e che dunque il reato sia abituale, senza, tuttavia, nel contempo assegnargli un preciso inquadramento. Peraltro, e lo si dica incidentalmente, è di un certo interesse la motivazione con la quale si nega che il delitto di tortura possa essere ricondotto alla categoria dei reati abituali, poiché lascia intendere quale rilievo si riconosca – ma su questo v. *infra*, § 4 – alla *reiterazione diacronica* ai fini della loro sussistenza. Sul delitto in parola v. S. Amato, M. Passione, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.1.2019; D. Falcinelli, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in www.archiviopenale.it, 2017; C. Leotta, *Tortura*, in *DigDpen, Agg.*, X, 2018, 862 ss.; T. Padovani, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Crim* 2016, 27 ss.; S. Preziosi, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *CP* 2019, 1776 ss.

³⁰ In senso opposto Cass. 16.5.2018 n. 40153, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. 3 aprile 2017 n. 35588, in *CEDCass*, m. 271207; Cass. 11.7.2016 n. 41431, *ivi*, m. 267868; Cass. 22.12.2014 n. 20065, *ivi*, m. 263552, secondo cui lo *stalking* sarebbe reato abituale *improprio*. In senso implicitamente adesivo a quanto sostenuto nel testo, invece, Cass. 14.1.2016 n. 12528, *ivi*, m. 266875, ove si esclude che le molestie richiamate dall'art. 612 *bis* c.p. debbano necessariamente coincidere con la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 660 Cp. Così anche G. Cocco, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *RespCivPr*, 2017, 380 s.

³¹ Aveva suggerito di reprimere il tipo di mercimonio che viene comunemente indicato con l'espressione «iscrizione a libro paga» del pubblico funzionario ricorrendo alla figura del reato abituale *proprio*, perché, evocando essa una disponibilità continuativa dell'*intraneus* ad assecondare i *desiderata* dei privati, la rilevanza penale sarebbe stata circoscritta alla condotta soltanto se reiterata. F. Giunta, *Prima lettura della legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, in *GP* 2013, 280, con impostazione dogmaticamente ineccepibile ma decisamente collidente con un approccio politico-criminale improntato ad una repressione ad oltranza del fenomeno corruzione, a cui non poteva rimanere estraneo il caso della mercificazione della funzione o dei poteri meramente *occasionale*.

possono incidere sulla *salute fisica e mentale* della vittima³²; b) perché, dall'altra, la possibile realizzazione di autonome fattispecie di reato quali elementi costitutivi della seriazione indicativa di abitualità non esclude la configurabilità di un *concorso formale* di questi con il reato abituale (si pensi, nell'ambito dei maltrattamenti contro familiari e conviventi, a fatti di sequestro di persona o di violenza privata), ad ulteriore dimostrazione della loro alterità rispetto al connotato disvaloriale che induce il legislatore a "sintetizzarli" in un diverso titolo di reato unitario.

Ed è sulla divaricazione tra i beni giuridici protetti e sull'eventuale mancato assorbimento delle parti nel tutto che si misura la distanza tra reato abituale *proprio* ed *improprio*, trovando quest'ultimo fondamento nella *necessaria omogeneità tipologica* tra episodio puntuale e condotta reiterata.

Il profilo caratterizzante il reato *necessariamente abituale proprio* – che risiede, come detto, nella reiterazione – è, nella maggior parte dei casi, indiziato dal mutamento del bene giuridico³³ o dal contesto di durata nel quale la condotta va a collocarsi (così nel disposto di cui all'art. 572 Cp); più raramente emerge dalla descrizione del *Tatbestand*, quando il legislatore sente la necessità di ricorrere ad una locuzione che dissipi ogni dubbio sul grado di offensività richiesto ai fini della consumazione del reato (in questo senso l'esplicito riferimento alle «condotte reiterate» di cui all'art. 612 *bis* Cp)³⁴. Appare dunque perspicua, perché in grado di adeguatamente enfatizzare l'*ubi consistam* della figura in esame, la sua definizione come reato a *condotta*³⁵ *reiterata*³⁶, poiché capace di sottrarsi all'obiezione tradizionalmente mossa a chi preferisce la diversa qualificazione di reato a *condotta plurima*³⁷, in effetti generica perché riferibile a qualsiasi reato a *struttura complessa*, senza nel contempo precludere che tra i vari frammenti richiesti ai fini della consumazione debba esservi un nesso che rileva sul versante obiettivo dell'offensività e, in modo speculare, su quello soggettivo della consapevolezza di dar vita ad un nucleo

³² Per tutti, sulla *plurioffensività* dello *stalking*, A. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, 103 ss.; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *GD* 2009, 63; A. Cadoppi, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, *ivi*, 2009, 52.

³³ Nello stesso senso F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, in *ED*, XXV, 1975, 250 s.

³⁴ Non sembra utile inserire, in un contesto già non poco articolato, l'ulteriore ripartizione tra reati *espressamente* abituali e reati *strutturalmente* abituali, perché sarebbe distinzione volta soltanto ad enfatizzare la tecnica legislativa di costruzione della fattispecie che, in taluni casi (come già detto, nel delitto di *stalking*, ma già in passato per il delitto di *tolleranza abituale della prostituzione* di cui all'art. 3 co. 1 n. 3 l. n. 75/1958) viene scolpita richiedendo, ai fini dell'esistenza del tipo, che vi sia *reiterazione* delle condotte; mentre, in altri, si registra l'assenza di un esplicito riferimento ad essa, senza che ciò, tuttavia, precluda all'interprete di assegnarle valenza strutturale, potendo essere desunta da locuzioni (es: maltrattare) in sé iterative o, comunque, dalla caratura offensiva imprescindibilmente calibrata sulla ripetitività di più episodi tra loro omogenei. Sul punto v. anche P. Siracusano, *op. cit.*, 1243.

³⁵ Condivisibili i rilievi critici di G. Leone, *Del reato abituale*, *cit.*, 30 ss. circa l'inappropriatezza della formula «pluralità di fatti» che, essendo equivalente a pluralità di reati, collide con la unicità del reato abituale e con l'irrelevanza penale dei singoli passaggi nei quali si fraziona l'elemento materiale.

³⁶ Così F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano 2017, 497; P. Siracusano, *op. cit.*, 1244.

³⁷ T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 141; G. de Vero, *Corso di diritto penale, Parte generale*, I, Torino 2020, 407; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, *cit.*, 477.

compatto di comportamenti lesivi³⁸.

Ciò precisato, sembra opportuno, dopo averne sinteticamente tratteggiato le differenze con il reato *necessariamente abituale proprio*, indulgiare sulle caratteristiche tipizzanti il c.d. reato abituale *improprio*.

Anzitutto, v'è da chiedersi se anche ad esso possa estendersi la qualificazione di *necessarietà*, che attinge il reato nella forma propria.

Ci si deve, cioè, interrogare sulla rilevanza o meno della reiterazione ai fini della sua integrazione. Autorevole dottrina, infatti, ravvisando profili di sovrapposizione con la figura del reato *eventualmente abituale*, ha ricondotto l'uno all'altro, etichettando l'abituale *improprio* come «la forma eventualmente abituale di un altro reato, e più precisamente il concorso materiale omogeneo di più reati, valutato unitariamente dalla legge nel contesto di una diversa figura criminosa»³⁹.

Essendo il singolo episodio della serie sempre rilevante sul piano penale, la reiterazione sarebbe meramente *eventuale* ed apprezzabile soltanto quando si realizzi un *concorso materiale*, che pure viene trattato dal legislatore come un reato unico.

Tale equiparazione, che fa perno sulla sussistenza comunque di un reato a prescindere dalla ripetizione degli episodi, non risulta, in realtà, persuasiva, quanto meno nell'ordine logico con la quale è stata formulata, anche tacendo, per il momento, sul diverso aspetto relativo alla natura giuridica che si intende attribuire alla serie, una volta integratasi.

In primo luogo va osservato come, per quanto il raffronto sia tra due fattispecie entrambe penalmente significative, il discrimine tra ciò che il legislatore considera come abituale e ciò che viceversa non lo è sta proprio nella *reiterazione*, che si pone dunque come l'elemento *qualificante* e come tale essenziale affinché possa parlarsi di abitudine.

In altri termini, la circostanza per cui la "base" su cui si innesta la reiterazione sia rappresentata da fatti di reato o da fatti che possano non esserlo non sembra in grado di alterare l'*in se* dell'abitudine, per la semplice ragione che, se non vi fosse reiterazione, il soggetto dovrebbe rispondere comunque per un reato, ma avente *diverso titolo e senz'altro non abituale*⁴⁰.

Inoltre, a sostegno di quanto ora evidenziato, si può ulteriormente rilevare come lo stesso reato abituale *proprio* possa essere composto da fatti già di per sé integranti autonome fattispecie di reato, di talché la differenza tra le due varianti non pare calibrarsi sulla necessità o meno della reiterazione quanto piuttosto sull'*effetto* che da

³⁸ Di contrario avviso M. Petrone, *Reato abituale*, Padova 1999, 12, che intende *abituale* in un'accezione estensiva, inclusiva anche di quel nesso che, pur necessario, non sembra invero corrispondere all'etimo normativo nel quale si avrebbe la pretesa di inserirlo. Sul punto, diffusamente, G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 77 ss. e, in particolare, 90.

³⁹ T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 141 s.

⁴⁰ In questi stessi termini anche G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 381, che, con estrema chiarezza, ascrive anche i reati *abituali impropri* tra i reati *necessariamente abituali*; nonché le pronunzie citate *supra*, *sub* nota 30, le quali, nel qualificare lo *stalking* come un reato abituale *improprio*, considerano, in linea peraltro con il dettato normativo, la reiterazione elemento imprescindibile ai fini della sua tipicità, come fatto palese dall'evocativa espressione «stillicidio persecutorio».

questa deriva nell'uno o nell'altro caso. Se, infatti, nel reato abituale *proprio* la reiterazione rappresenta la *condicio sine qua non* affinché i singoli episodi assumano una qualificazione giuridica non soltanto diversa rispetto al loro originario e "naturale" inquadramento, ma anche del tutto *eterogenea* rispetto alla lesività tipica dell'abitualità (si pensi al rapporto che vi è tra percosse o lesioni lievi e maltrattamenti in famiglia), nel reato abituale *improprio* essa limita, per così dire, il proprio raggio di azione al mutamento del *nomen iuris*, in una prospettiva di sostanziale *omogeneità* sul piano dell'offesa al bene giuridico tutelato. Senza che, tuttavia, tale insuperabile constatazione possa spingersi sino a "degradare" la reiterazione da *necessaria* ad *eventuale* e, conseguentemente, a trasformare il reato abituale *improprio* nella forma *eventualmente abituale* di un'altra ipotesi di reato.

A diverse conclusioni, invece, si perviene *invertendo* i termini della proposizione, perché se non si concorda, come detto, sul fatto che il reato abituale *improprio* sia la forma *eventualmente abituale* di un altro reato, corrisponde, viceversa, al vero che il reato *eventualmente abituale* (es: il ricorso abusivo al credito; l'esercizio abusivo della professione⁴¹; il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione⁴², anche minorile⁴³; la tratta di persone in condizione di schiavitù o di servitù⁴⁴; la pornografia minorile, di cui all'art. 600 *ter* co. 1 Cp⁴⁵; la violazione di obblighi di assistenza familiare, nella parte in cui si fa riferimento alla «condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie»⁴⁶; l'emissione di fatture per operazioni

⁴¹ Cfr. Cass. 10.3.2014 n. 11493, in *AP* 2014, 1; Cass. S.U. 15.12.2011 n. 11545, in *DPP* 2012, 543; Cass. 10.10. 2007, G., in *CP* 2008, 3713.

⁴² Cass. 19.9.2019 n. 43255, in *CEDCass.*, m. 277130; Cass. 17.9.2019 n. 364, *ivi*, m. 278392; Cass. 16.11.2017 n. 27582, *ivi*, m. 273512, secondo cui il reato *eventualmente abituale* starebbe ad indicare «quegli illeciti penali per i quali, ai fini dell'integrazione del reato, è sufficiente il compimento della condotta tipica anche una sola volta, mentre la eventuale reiterazione della medesima condotta, ove sostenuta da un'unica, ancorché generica, volizione originaria, tale da costituire di per sé un fatto penalmente rilevante, non è tuttavia suscettibile di integrare altrettante condotte criminose quante volte la condotta è successivamente ripetuta. Essa, infatti, risulta assorbita, sia pure aggravandone il disvalore penale e giustificandone, pertanto, un più severo trattamento sanzionatorio, nella prima azione già considerata costituente illecito penale». Cass. 8.6.2016 n. 23679, in *Dejure*.

⁴³ Con riferimento all'art. 600 *bis* co. 1 Cp che, a seguito dell'interpolazione operata dalla l. 1.10.2012 n. 172, si articola in ben otto ipotesi, alternative o cumulative, rappresentate dal *reclutamento*, *induzione*, *favoreggiamento*, *organizzazione*, *gestione*, *controllo*, *sfruttamento* della prostituzione e dal *trarne altrimenti profitto*, v., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 517 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Commento all'art. 2 l. 3 agosto 1998, n. 269*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova 1999, 470. Concorda sulla natura di reato *eventualmente abituale*, ma soltanto se la ripetizione delle condotte attinga sempre la stessa persona offesa e non anche una pluralità di minori G. Cocco, *Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi Braibanti*, in *RCP* 2014, 1071 ss.

⁴⁴ Ancora F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 314.

⁴⁵ Sull'art. 600 *ter* co. 1, 2 e 3 Cp, anche in ordine alle relative distinzioni interne circa la natura *abituale* o meno della singola fattispecie incriminatrice, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 547 ss. Parla di reato abituale a proposito dell'ipotesi di cui al co. 3 pure D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 125.

⁴⁶ Così G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 153.

inesistenti⁴⁷; l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita⁴⁸) – su cui ci soffermeremo tra breve – affondi necessariamente le proprie radici su (e dunque postuli) un *fatto che già di per sé costituisce un reato*, perché non sembra possibile che esso riesca a perfezionarsi anche con una sola condotta che sia (o possa essere) non punibile.

E, sempre ai fini che qui interessano, un qualche rilievo assume anche la soluzione a cui si ritiene di accedere in ordine alla controversa questione relativa all'inquadramento dogmatico del reato abituale *improprio*, essendosi da tempo interrogati sulla sua natura di *fattispecie autonoma* o di *circostanza aggravante* e, dunque, sulla sua collocazione quale elemento costitutivo di altro reato o quale elemento, pur sempre essenziale, ma di una figura circostanziale.

2.1. Giova sin da subito anticipare che l'opinione che è prevalsa nella più recente dottrina è che si tratti di *autonoma figura di reato*, ma, a dire il vero, le argomentazioni addotte a sostegno di tale impostazione appaiono tutt'altro che stringenti ed insuperabili.

La prima, quanto meno parzialmente superata, faceva leva sul regime di *imputazione* delle circostanze aggravanti previgente all'entrata in vigore della l. n. 19/1990, di talché l'ascrizione dell'abitualità alla categoria avrebbe comportato un ulteriore ed indebito ampliamento delle già sussistenti ipotesi di responsabilità oggettiva, in chiara controtendenza rispetto al condiviso obiettivo di bandirle dal sistema o, comunque, di contenerne il più possibile la diffusione.

Essendo oggi richiesta la (sola) conoscibilità o, per meglio dire, la *rappresentabilità* della fattispecie circostanziale, si finirebbe per punire in modo più rigoroso la serialità di comportamenti rispetto all'episodio singolo anche ove non fosse sorretta da dolo, con ciò in ogni caso derogando al principio di colpevolezza⁴⁹.

La seconda si basa su un passaggio della Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, nella parte in cui vengono illustrate le ragioni poste a fondamento della punibilità dell'incesto e della *relazione incestuosa*, che, da sempre, viene assunta a paradigmatico modello di riferimento per dare contenuto alla nozione di reato *abituale improprio*: nel qualificarla come un «titolo di reato più grave» si rinvia a quanto già osservato per la *relazione adulterina*, che viene espressamente considerata come una *deroga* alle norme di parte generale in tema di reato continuato, trattandosi di «reato unico per tutti gli effetti»⁵⁰.

⁴⁷ Al co. 2, rimasto immutato anche dopo l'entrata in vigore della l. 19.12.2019 n. 157 (con cui è stato convertito il d.l. 26.10.2019 n. 124, c.d. *decreto fiscale*), si stabilisce, infatti, che «l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato». Sul punto v. E. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *op. cit.*, 482; E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bologna 2016, 257 e 262; A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Milano 2017, 388.

⁴⁸ In questo senso F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Milano 2018, 290, essendo sufficiente anche una sola, *occasionale*, operazione di investimento ma, quando reiterazione vi sia, non si ha concorso di reati ma un reato soltanto; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano 1997, 456. *Contra* G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna 2015, 269.

⁴⁹ Così M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 43.

⁵⁰ Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, V, p. II, 347 e 342. Peraltro, nella vigenza del codice

Ebbene, nella difficoltà, a tutti nota, di individuare criteri aventi valore euristico di sicura affidabilità per distinguere tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali, l'inequivoca presa di posizione del legislatore "storico" assurgerebbe a dato argomentativo di estremo rilievo, dovendovisi l'interprete adeguare e, perciò, riconoscere al reato abituale *improprio* natura di fattispecie autonoma⁵¹.

La terza si fonda sulla rilevata *diversità* sia della *condotta*, che, nel caso dell'incesto, sarebbe costituita da una sola azione e non da una serie di azioni, come avviene, al contrario, nella relazione incestuosa; sia dell'*evento*, dovendosi parlare, soltanto per quest'ultima, di un complesso di singoli eventi; e, infine, dell'*oggettività giuridica*, che verrebbe a mutare quale effetto automatico della divergenza tra gli elementi costitutivi delle due ipotesi in esame⁵².

A questo approccio ermeneutico fa da contraltare una ricostruzione alternativa, patrocinata in passato da autorevole dottrina⁵³, secondo la quale l'abitualità nel c.d. reato abituale *improprio* dovrebbe essere inquadrata tra le *circostanze aggravanti indipendenti*, a carattere oggettivo, siccome relativa alle modalità dell'azione ed alla gravità del danno e dunque estensibile ai concorrenti e la cui *ratio* sarebbe agevolmente individuabile nel maggior disvalore incarnato da una tresca incestuosa (o, fino alla sua vigenza, adulterina) rispetto a quello espresso da un fatto di per sé isolato. In realtà, all'epoca, spingevano in tale direzione istanze funzionali ad assicurare una stretta repressiva in chiara ottica generalpreventiva, che avrebbero potuto trovare più agile soddisfazione in ragione del peculiare criterio d'imputazione allora vigente per le circostanze aggravanti e, ancora prima, dell'estraneità delle *circostanze indipendenti* al giudizio di bilanciamento, e non certo, come si potrebbe essere indotti a pensare tenendo conto dell'assetto attuale, nell'opposta prospettiva di più estesa garanzia per gli interessi dell'imputato.

Come oramai da tempo chiarito, il punto di partenza da cui è necessario prendere avvio nella delicata operazione di discernimento tra ciò che è accidentale e ciò che, invece, è costitutivo di una autonoma fattispecie di reato risiede nella constatazione che «non esiste alcuna differenza ontologica tra elementi costitutivi, o essenziali, ed elementi circostanziali del reato: il legislatore, infatti, può rendere

Zanardelli vi era concordia nel ritenere che l'art. 337 (che così recitava: «chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, tiene incestuosa relazione con un discendente o ascendente, anche illegittimo, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, sia germano, sia consanguineo o uterino, è punito con la reclusione da diciotto mesi a cinque anni e con l'interdizione temporanea dai pubblici uffici») integrasse una fattispecie autonoma.

⁵¹ In questo senso G. Fornasari, *Reato abituale*, in *EG*, XXVI, 1991, 5.

⁵² In questi termini si esprime G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 170 s. In tema v. anche R. Dolce, *Incesto*, in *ED*, XX, 1970, 979 ss.; G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino 1953, 60; Id., *Incesto e relazione incestuosa*, in *NssDI*, VIII, 1962, 501 ss.

⁵³ Nella manualistica: V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino 1984, 798, con riferimento alla relazione *incestuosa*, perché della relazione *adulterina*, una volta dichiarato costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale (C. Cost., 16.12.1968, n. 126 e 27.11.1969, n. 147) i delitti di adulterio (art. 559 Cp) e di concubinato (art. 560 Cp), si parla soltanto nelle precedenti edizioni; G. Maggiore, *Diritto penale*, II, Bologna 1961, 639 e 673; S. Ranieri, *Manuale di diritto penale*, III, Padova 1952, 142 e 151; O. Vannini, *Manuale di diritto penale italiano*, Milano 1954, 255; F. Grispigni, *op. cit.*, 206. Dello stesso avviso A. Moro, *op. cit.*, 219 ss.

elementi costitutivi del reato ipotesi che, altrimenti, sarebbero considerate circostanze comuni ovvero considerare “fatti che costituirebbero, per se stessi, reato” come “circostanze aggravanti di un solo reato”»⁵⁴.

Da tale presa di consapevolezza discende che il *dubbio* sulla natura di una determinata fattispecie dovrà essere sciolto dall'interprete, chiamato, in assenza di un'indicazione espressa del legislatore, a ricostruirne la volontà attraverso l'attento scrutinio degli indici significativi e differenziali elaborati nel tempo da giurisprudenza e dottrina.

In effetti, quanto alle tecniche orientative la scelta qualificatoria, occorre rilevare come, da tempo, vi sia uniformità di vedute nel ritenere che i principali criteri su cui fare affidamento siano di tipo *strutturale-formale*, poiché derivanti dai riferimenti immediatamente ricavabili dal testo della legge, senza che sia necessario il ricorso a complesse speculazioni ermeneutiche sul *mutamento* o sull'*identità* del bene giuridico tutelato, nelle quali si sostanzia il c.d. criterio di tipo *sostanziale*.

All'interno degli indici formali si è soliti, poi, operare l'essenziale distinzione tra «*forti*» o «*probanti*» e «*deboli*» o meramente «*indizianti*» la natura circostanziale o costitutiva⁵⁵.

Mentre ai primi è riconosciuta la capacità di offrire un parametro certo ed inequivoco su come classificare l'elemento ambivalente, con conseguente vincolo per l'interprete, ai secondi è, invece, unicamente attribuito il ruolo di “orientatori di massima”, come tali idonei a costituire una guida sicura che suffraghi le determinazioni del giudice. Più precisamente, si ritiene *probante* la natura *circostanziale*: (i) l'utilizzo del termine *circostanza* nel *corpo* della norma; (ii) il *rinvio* alla *disciplina codicistica* dettata in generale per le *circostanze*⁵⁶.

⁵⁴ Così, testualmente, G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *RIDPP* 1975, 7. In tal senso, in dottrina, v. anche L. Concas, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *AP* 1974, I, 360; G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano 1983, *passim*; T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *DigDPen.*, II, 1988, 193 ss.; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano 1988, 12; L. Pellegrini, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze 2014, *passim*; Id., *Procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato (art. 12, comma 3, d.lg. n. 286 del 1998): circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in *CP* 2019, 1469 ss.; Id., *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *DPP* 2011, 1366 ss.; Id., *L'incerta sorte degli effetti giuridici collegati alla circostanza dichiarata «soccumbente»*, in *CP* 2014, 3028 ss. Nella manualistica, v., per tutti, F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino 2018, 508; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2009, 462. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. S.U. 21.6 2018 n. 40982, in *CP* 2019, 1454 ss. circa la qualificazione delle fattispecie disciplinate dall'art 12 co. 3 d.lgs. 25.7.1998 n. 286.

⁵⁵ Per tutti Cass. S.U. 26.6.2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, m. 221663 ed, in dottrina, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui “criteri di distinzione”*, in *RIDDP* 2008, 1564 ss.

⁵⁶ Talvolta, infatti, il legislatore utilizza formule del tipo «la pena è aumentata», «la pena è diminuita», senza ulteriori specificazioni. In tali casi, il giudice, per quantificare la pena, deve necessariamente fare ricorso ai criteri generali stabiliti negli artt. 64 e 65 Cp., derivandone la natura senz'altro circostanziale della fattispecie. Il legislatore può anche rinviare esplicitamente all'art. 69 Cp, operato al fine di sottoporre, o più spesso sottrarre, l'elemento controverso al giudizio di bilanciamento con altre circostanze eterogenee. Anche in questo caso non si potrebbe parlare che di una circostanza, non essendovi alcuna correlazione tra giudizio di bilanciamento ed elemento costitutivo. Per un'elencazione esemplificativa delle disposizioni nelle quali si rinvencono tali

Ma, a ben vedere, si tratta di ipotesi di non frequente verifica, risultando la maggioranza dei criteri formali per lo più composta da fattori *ambigui* e meramente *indizianti*, che si espongono inesorabilmente alle fluttuazioni tipiche dell'interpretazione. Si considerano *indizianti* la natura *circostanziale*: (i) l'utilizzo del termine *circostanza* nella *rubrica* della norma⁵⁷; (ii) la descrizione del fatto *per relationem*⁵⁸; (iii) la previsione di una variazione di pena *proporzionale*⁵⁹; (iv) la *collocazione topografica* della fattispecie dubbia nel medesimo articolo che descrive il reato semplice⁶⁰; (v) la *prossimità topografica* tra la disposizione che prevede il reato semplice e l'articolo che disciplina la fattispecie dubbia⁶¹. Sono, invece, *indizianti* la natura *costitutiva*: (i) la presenza, nella rubrica, di un diverso *nomen iuris*; (ii) la *collocazione topografica* della fattispecie specializzante in un articolo del codice distinto da quello che racchiude la generale⁶²; (iii) l'integrale *ridescrizione* del fatto senza alcun rinvio al reato semplice⁶³.

I criteri appartenenti a questo secondo gruppo fanno, dunque, leva su tecniche legislative rispettivamente adottate – spesso, ma non sempre, e comunque non necessariamente – per la formulazione di reati autonomi o di ipotesi circostanziali, che tuttavia non si rivelano affatto risolutive, sia perché altro non sono se non il frutto di

espressioni sia consentito rinviare a F. Bellagamba, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Milano 2017, 32, note 50, 51 e 52.

⁵⁷ Come noto la rubrica non è testo di legge e, quindi, non vincola l'interprete. Si vedano, ad esempio, le rubriche degli artt. 319-bis, 339, 576, 577, 583, 585, 625 Cp.

⁵⁸ La tecnica di descrizione dell'enunciato normativo *per relationem* – attraverso, cioè, il rinvio alla tipizzazione del fatto già contenuta nella disposizione che contiene la fattispecie generale – sarebbe esplicativa della volontà del legislatore di qualificare quell'elemento come una circostanza, perché, così facendo, ciò che rimane in *evidenza*, per effetto di un costante richiamo, sarebbe, per l'appunto, il reato-base a cui quella circostanza accede. Ma, se per Cass. S.U. 26.6. 2002, Fedi, cit., tale criterio avrebbe natura *probante* e non meramente indiziante, per altri non gli si potrebbe tributare pari rilievo, se non altro perché spesso tale tecnica di previsione è dovuta più ad esigenze di economia legislativa che a prese di posizione in ordine alla natura dell'elemento dubbio. In senso critico rispetto al *dictum* delle Sezioni unite R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche una fattispecie davvero circostanziate?*, in *DPP* 2008, 308.

⁵⁹ La proporzione nel calcolo della pena è sintomatica, infatti, di quel "cordone ombelicale" che lega il tipo-base al sottotipo circostanziato.

⁶⁰ Parlano di criterio «debolissimo» e di «limitatissimo argomento interpretativo», che si fonda più che altro sul «pregiudizio, in base al quale l'accessorietà logico-giuridica della circostanza dovrebbe estrinsecarsi in una contestualità di previsione con l'ipotesi base», rispettivamente F. Basile, *op. cit.*, 1581 e R. Guerrini, *Elementi costitutivi*, cit., 61 s., a voler significare l'estrema fragilità del parametro, la cui valenza, per tali Autori, si ridurrebbe a quella propria di una *suggestione*.

⁶¹ Quanto più vicini sono i suddetti articoli, tanto più è probabile che il secondo identifichi una circostanza. Quando, invece, la distanza aumenta, detta probabilità diminuisce.

⁶² Speculare al precedente *sub iv*), ne condivide la medesima "levità orientativa", anche perché, a più riprese, smentito sul piano *empirico* da tutte quelle ipotesi che contemplano titoli autonomi di reato, per quanto inseriti all'interno delle stesse previsioni che contengono altri reati (es: artt. 251 co. 2; 403 co. 2; 583 *bis* co. 2; 600-*bis* co. 2 Cp).

⁶³ Anche se non manca chi, in dottrina, annette alla ridescrizione dell'intero fatto tipico con l'aggiunta di un elemento specializzante un'efficacia *probante* la natura *costitutiva* dell'elemento di non agevole inquadramento dogmatico. In questi termini. R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 304 s.; L. Pellegrini, *Circostanze del reato*, cit., 80 ss.

una semplice osservazione casistica e, dunque, assolutamente parziale della legislazione vigente; sia perché il legislatore si è ben guardato dal codificarle, attribuendo all'elemento di incerta collocazione valenza ora costitutiva ora circostanziante senza chiarirne le ragioni, impegnato com'è nella costante rincorsa ad un progressivo adeguamento dell'ordinamento penale fatto di aggiustamenti settoriali e di interpolazioni per lo più dettate da un imperituro stato emergenziale.

Stando così le cose, ove non ci si possa avvalere di un criterio *probante* che sia in grado di “ridurre” l'operazione valutativa del giudice alla mera constatazione della sua presenza ed alla conseguente, automatica, dichiarazione in ordine alla natura dell'elemento di dubbia ascrizione⁶⁴, sarà comunque possibile giungere ad una caratterizzazione di quest'ultimo in termini sufficientemente certi quando ricorrano criteri indizianti *plurimi ed univocamente concordanti*. Benché destinati ad operare soltanto in via *subordinata*, è comunque possibile supplire alla carenza di indici «forti» attraverso una *sommatoria* di parametri «deboli», ammesso che tutti convergano verso il medesimo risultato.

Quando, viceversa, la fattispecie si presenta come *ostinatamente dubbia*⁶⁵, poiché in grado di assicurare all'interprete una sola indicazione ermeneutica, di per sé non decisiva, o plurime, ma tra loro *contraddittorie* perché divergenti nell'esito interpretativo a cui ciascuna di esse condurrebbe, si profilano quattro diverse possibili soluzioni.

La prima potrebbe essere quella di qualificare la fattispecie in senso o nell'altro a seconda del *numero* di elementi indizianti che inclinino verso questo o verso quell'inquadramento. Si è, tuttavia, fondatamente obiettato come una siffatta prospettazione sconti i limiti insiti in ogni approccio che pretenda di addivenire a determinate conclusioni basandosi su dati meramente *quantitativi*, di per sé inespresse di scelte di valore⁶⁶.

Per un secondo orientamento, invece, quando ci si trovi al cospetto di una fattispecie la cui equivocità categoriale sia “strutturale” e, perciò, “ineliminabile”, dovrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di *precisione e di determinatezza*⁶⁷. Si fa notare, in proposito, come, anche volendo ritenere che «le norme modificative ed estintive possono essere costruite in forma discrezionale»⁶⁸ e quindi presentare un *deficit* sul piano della determinatezza perché riferibili al *quantum* e non all'*an* della responsabilità, la mancanza di una linea di confine nitidamente tracciata tra il settore degli elementi costitutivi e quello degli elementi meramente circostanziali assurgerebbe a vizio, per così dire, *genetico*, in

⁶⁴ E ciò vale anche quando questo dovesse concorrere con uno o più criteri “deboli”, la cui lettura orienti verso una qualificazione opposta, che non potrà che reputarsi come recessiva e, dunque, ininfluenza.

⁶⁵ Espressione che si deve a R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 309. Per una complessa rivisitazione del problematico inquadramento della corruzione in atti giudiziari quale emblematica ipotesi di *assenza* di indici *probanti* e di *contraddittorietà* di indici *indizianti* si veda F. Bellagamba, *La corruzione*, cit., 47 ss.

⁶⁶ Critico verso tale possibilità R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 309.

⁶⁷ In tal senso, autorevolmente, A. Melchionda, *Le circostanze del reato, Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000, 726 ss..

⁶⁸ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, 310.

quanto relativo ad una questione interpretativa *prodromica* rispetto alla verifica dei presupposti di necessaria determinatezza e dunque non superabile per via ermeneutica "ordinaria"⁶⁹. Sebbene sia innegabile che a tale impostazione non facciano difetto né la coerenza né il rigore metodologico, ciò nondimeno essa risulta di fatto impraticabile, non potendosi immaginare che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla imperscrutabile natura giuridica di un dato elemento, si determini per la sua espunzione dal sistema⁷⁰. Una ricognizione anche sommaria del formante giurisprudenziale della Consulta offre uno spaccato della realtà applicativa antitetico rispetto a quello che la tesi che qui si critica intenderebbe prospettare, essendo la Corte sempre più orientata, specie negli ultimi anni in cui le tensioni con il legislatore si sono viepiù accentuate, ad onerare il giudice di un "alto" sforzo interpretativo, finalizzato a rendere la previsione normativa compatibile con i principi costituzionali, "sollecitandolo" – addirittura e ove necessario – a compiere vere e proprie torsioni del dato testuale⁷¹.

Un ulteriore corrente di pensiero affida la soluzione a criteri, per così dire, *una tantum*, capaci, cioè, di sciogliere il persistente dubbio sulla qualificazione in modo univoco, ricorrendo a formule logico-giuridiche in grado di assicurare sempre lo stesso esito e che inibiscano, nel contempo, ogni sorta di interpretazione.

L'*automatismo* decisorio in parola, conosce, a dire il vero, una triplice articolazione. Taluni ritengono che si debba sempre riconoscere all'elemento problematico natura *costitutiva* in forza del *principio di colpevolezza*⁷²; altri, invece, pervengono alla soluzione opposta, invocando il principio del *favor rei*⁷³, al pari, peraltro, di coloro che optano pur sempre per la natura *circostanziale*, ma valorizzando stavolta il *principio di determinatezza*⁷⁴.

Le suddette posizioni, seppure accomunate dall'apprezzabile intento di liberare l'interprete da un "carico" ermeneutico eccessivamente gravoso, non riescono comunque a sottrarsi a plurimi rilievi critici, dal momento che, anzitutto su un piano generale, pretendono di convertire quella che è un'operazione valutativa altamente discrezionale in un accertamento di stampo *meccanicistico*, che appare "disallineato" rispetto alla realtà effettuale. Entrando nel dettaglio di ciascuna di esse, va precisato

⁶⁹ Ancora A. Melchionda, *op. cit.*, 728.

⁷⁰ D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, I, Milano, 2006, 679.

⁷¹ Emblematica in tal senso la vicenda relativa ai vincoli ed alle presunzioni che la *blindatura* del giudizio di bilanciamento operata dalla legge *ex Cirielli* alla *recidiva reiterata* ha inoculato nel nostro sistema. Sulla peculiarità di tale meccanismo e sulla sua differente operatività rispetto a quello avente ad oggetto la *singola circostanza*, anche se lo scritto precede le numerose declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 69 co 4 Cp con le quali la Corte costituzionale ha poi soppresso il divieto di prevalenza di talune attenuanti ad *efficacia speciale* sull'aggravante della *recidiva reiterata*, v., per tutti, A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino 2010, 68 ss.

⁷² Di questo avviso, per tutti, M. Gallo, *Le forme del reato*, Torino 1967, 9 ss.; A. Cadoppi, *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti, al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *GM* 1985, 663 ss.

⁷³ In questo senso v. G. Marini, *Le circostanze del reato*, Milano 1965, 88.

⁷⁴ È questa l'opinione di T. Padovani, *Circostanze del reato*, cit., 196.

come l'irricevibilità della prima sia la diretta conseguenza dell'evoluzione normativa avutasi con la riforma del 1990, con la quale, come si accennava, è stato adeguato il regime di imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza. All'eliminazione di una così manifesta stortura ha fatto da contraltare il contestuale ripudio dell'idea secondo cui si dovrebbe prediligere la tesi della fattispecie autonoma perché l'unica in grado di garantirne il rispetto. D'altro canto, anche l'iscrizione del *favor rei* nel novero dei criteri utili a segnare il discrimine tra circostanza e titolo autonomo di reato solleva più di una perplessità, sia perché riesce difficile riconoscere a tale principio una connotazione *sostanziale* anziché *processuale*⁷⁵, trattandosi, all'evidenza, di una regola di giudizio e non di un canone ermeneutico. Sia perché non è affatto scontato che la configurazione come circostanza si riveli all'atto pratico più vantaggiosa per il reo e ciò per svariati ordini di motivi, tra cui, principalmente, i sempre più diffusi limiti legislativi apposti al giudizio di bilanciamento ed il trattamento *in peius* che ne deriverebbe tanto se il *favor rei* fosse da collegarsi ad una circostanza *attenuante*, ove in ipotesi questa venisse riconosciuta come equivalente o addirittura subvalente rispetto alle concorrenti aggravanti⁷⁶; quanto se esso dovesse trovare applicazione rispetto ad una circostanza *aggravante*, addebitabile all'autore della fattispecie-base, come si sa, anche soltanto a titolo di colpa, a differenza di quanto accade per i titoli autonomi di reato, di regola rimproverabili soltanto a titolo di dolo.

Circa, poi, l'assunto secondo cui, originando dal dubbio "invincibile" sulla qualificazione un affievolimento delle garanzie formali sottese alla legalità, segnatamente *sub specie* di *determinatezza*, non vi sarebbe altra possibilità di ovviare a tale inconveniente se non privilegiando, una volta per tutte, la natura circostanziale a quella costitutiva, mi pare che esso rinverga il proprio fondamento nel controvertibile postulato che vi sia identità tra *incertezza della natura giuridica* ed *indeterminatezza del contenuto* dell'elemento da classificare, quando, in realtà, ben potrebbe darsi la prima anche a fronte di una *puntuale definizione*, nei suoi tratti essenziali, del secondo⁷⁷. Ed allora schierarsi comunque per l'accessorietà rischia di trasformarsi in un'aprioristica opzione per il trattamento più favorevole – anche se, come detto, soltanto in astratto – e, dunque, in ultima analisi, per risolversi in una indiretta riproposizione del già respinto principio del *favor rei*⁷⁸.

Infine, per la quarta ed ultima impostazione, dovrebbero soccorrere, sempre in ottica *residuale-sussidiaria*, i *tradizionali* canoni ermeneutici rappresentati, da un lato, dall'interpretazione *sistematica*⁷⁹ e, dall'altro, da quella *storica*, riguardata, tuttavia,

⁷⁵ Sul punto R. Guerrini, *Elementi costitutivi*, cit., 69; L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano 2007, 324 ss. Più in generale sul *favor rei* cfr. le diverse opinioni di F. Palazzo, *Legge penale*, in *DigDPen.*, VII, 1993, 365 e di S. Del Corso, *Successione di leggi penali*, *ivi*, XIV, 1999, 85 ss.

⁷⁶ In questi termini Cass. S.U. 26.6.2002, *Fedi*, cit.

⁷⁷ Per una disamina più approfondita del diverso atteggiarsi della legalità, nella sua triplice articolazione costituita dalla riserva di legge, dalla determinatezza e dall'irretroattività, tra elementi costitutivi ed elementi accidentali si veda, volendo, F. Bellagamba, *La corruzione*, cit., 40 ss.

⁷⁸ Giunge alla stessa conclusione, ma con argomentazioni diverse R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 310.

⁷⁹ Cfr. F. Basile, *op. cit.*, 1588 ss.

secondo una rinnovata prospettiva di ricostruzione dell'*intentio legis* che possiamo definire "*tipologicamente orientata*".

E se l'interpretazione *sistematica*, pur con i limiti che l'accompagnano⁸⁰, può risultare utile, come correttamente evidenziato, per far emergere «incongruenze macroscopiche»⁸¹, che neghino l'una o l'altra natura o, al contrario, per dar conto di particolari scelte legislative, che spingano l'interprete in una data direzione, quella *storica*, ove corroborata dalla verifica delle *classi di valori* tutelati dal tipo generale e della relazione sussistente tra quest'ultimo ed i tipi o sottotipi legislativamente predefiniti, può fornire un'ulteriore chiave di lettura per riuscire nell'intento di assegnare all'elemento resistente all'inquadramento una collocazione definitiva.

Più precisamente, il giudice sarà chiamato a valutare se, nel confronto tra fattispecie generale e fattispecie speciale, si sia "consumato" o meno il *mutamento del tipo*. Ove, cioè, l'elemento specializzante della cui natura si discute comporti una *modifica* del contenuto offensivo, saremmo in presenza di un elemento costitutivo e, quindi, di una fattispecie autonoma; quando, viceversa, tale elemento lasci *qualitativamente* immutato il disvalore, agendo soltanto sul versante *quantitativo*, si tratterebbe di una fattispecie circostanziata. Detto in altre parole, la verifica che si impone all'interprete è accertare se l'elemento dubbio accentri su di sé l'intero disvalore di fattispecie, discostandosi così dai termini (dis)valoriali espressi da quello con il quale entra in relazione⁸² o se piuttosto si limiti ad una rimodulazione *concretizzatrice* del tipo, dovuta alla valorizzazione di taluni profili attinenti al fatto e/o alla persona dell'autore. E, ai fini di tale sindacato, si dovrà prendere in considerazione: a) se vi sia una variazione *proporzionale, autonoma o indipendente* di pena; b) se, ricorrendo tale ultima ipotesi, questa determini un aumento (o una diminuzione) della pena *superiore o meno* ad un terzo⁸³; c) quale sia l'*ampiezza* del compasso sanzionatorio; d) quale l'*oggettività giuridica* tutelata; e) quale la *volontà storica* del legislatore⁸⁴. Pur non rappresentando affatto un *numerus clausus* e

⁸⁰ Agevolmente apprezzabili nel caso dell'art. 319 *ter* c.p., su cui v. F. Bellagamba, *La corruzione*, cit., 46 ss.

⁸¹ Ancora R. Bartoli, *Truffa aggravata*, cit., 310.

⁸² Così anche L. Pellegrini, *Procurato ingresso illegale*, cit., 1475 s.

⁸³ Avevo, in proposito, suggerito di distinguere le c.d. circostanze *indipendenti finte*, perché *formalmente* a variazione indipendente ma *sostanzialmente* ad *efficacia comune* dalle circostanze *indipendenti vere*, sia *formalmente* che *sostanzialmente* a variazione indipendente e che il ragguardevole scostamento dal regime sanzionatorio stabilito nella fattispecie-base avvicina sensibilmente alle figure autonome di reato.

⁸⁴ Non mi pare, difformemente da quanto sostenuto da autorevole ma minoritaria dottrina (F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 400, nt. 3) che, in tale contesto, assumano rilievo le modalità con le quali può manifestarsi la specialità, distinguendo a seconda che essa sia per *specificazione* o per *aggiunta*, per attribuire a quella e non anche a questa il ruolo di condizione necessaria, ancorché non sufficiente, a fondare la fattispecie circostanziata. Anche a tacer del fatto che *specialità unilaterale* è nozione *unitaria*, alla quale non si ricollegano divaricazioni di disciplina in ragione delle diverse finalità per le quali viene chiamata in causa, ciò che maggiormente rileva è la presenza, nell'ordinamento, di plurime disposizioni tra loro in rapporto di specialità *per aggiunta* e che disciplinano pacificamente circostanze (aggravanti): dagli *eventi aggravatori* di reati di mera condotta (es: art. 368 co. 3; 544 *quater* co. 2, nella parte in cui si evoca «la morte dell'animale») ad altre fattispecie di univoca qualificazione circostanziale (artt. 481 co. 2; 544 *quater* co. 2, nella parte in cui si fa riferimento al «fine di trarne profitto per sé o per altri»; 602 *ter* co. 1 lett. b e c, co. 2, 3, 4, 7, 8 lett. c, 9; 635, co. 2 n. 1 Cp, prima

probabilmente neppure esaustivo, si tratta pur sempre di una elencazione di indici-guida che si propone di decretare se l'elemento ostinatamente problematico esprima un nucleo disvaloriale, *eterogeneo* od *omogeneo*, seppure "potenziato" per il tramite di una "sfumatura" di gradazione, rispetto a quello attorno a cui ruota il fattore generale con cui viene posto in raffronto. Perché, se fosse la prima l'ipotesi a realizzarsi, allora potremmo dire che l'elemento specializzante presenta natura *costitutiva*, essendosi la relazione di *dipendenza* che lo lega alla fattispecie generale talmente sfibrata da venir meno, soppiantata da quell'autonomia identitaria che è l'esatto contrario della *sottotipizzazione* propria delle circostanze. Al contrario, quando la componente speciale si mostra come una mera declinazione "interna" al fatto-base, che vedrà accresciuta la propria intensità disvaloriale senza tuttavia smarrire centralità e sovraordinazione, dovremmo assegnarle natura *accessoria*, proprio perché il contenuto offensivo rimane comunque polarizzato sulla fattispecie generale.

Concludendo sul punto, occorre ribadire come, nella latitanza di indicatori a carattere *probante*, non possa escludersi che tutti gli altri indici, ivi compreso quello *storico-tipologico* che intervenga in funzione *sussidiario-integrativa*, non centrino l'obiettivo, con la conseguenza che la categorizzazione dell'elemento pervicacemente dubbio sarà giocoforza appannaggio, in via esclusiva, del convincimento del giudice, costretto ad operare "in solitudine"⁸⁵ nonostante si tratti di un settore nevralgico per i riflessi che da tale scelta possono derivare sulla sanzione concretamente applicabile.

2.1.1. In effetti, l'efficacia dei criteri di discernimento circa la natura *circostanziale* o *costitutivo-autonoma* di fattispecie "tenacemente" problematiche e la concreta praticabilità delle soluzioni interpretative *sussidiarie* sono messe a dura prova nell'ipotesi della *relazione incestuosa*.

A ben vedere, infatti, l'art. 564 co. 2 Cp, che stabilisce la pena della reclusione da due a otto anni quando il rapporto sessuale tra parenti ed affini si ripeta non episodicamente ma in forza di un'intesa avente carattere duraturo e continuativo⁸⁶, presenta una *struttura precettiva* che, se da un lato non contiene alcuno dei rilevatori c.d. *forti* o *probanti*, dall'altro lascia trasparire plurime indicazioni finalistiche *deboli* o *indizianti*, ma tra loro divergenti e, quindi, equivoche.

Invero, se, per un verso, la sistemazione all'interno della medesima disposizione che disciplina il delitto di incesto potrebbe deporre a favore della natura *circostanziale* della relazione incestuosa, per l'altro la riproposizione, nel testo di legge, dell'elemento normativo «incesto», accompagnato dal *quid pluris* specializzante rappresentato dalla «relazione», dovrebbe far propendere per la natura *costitutiva*, essendo il fatto descritto in termini conclusivi ed autoreferenziali, senza alcun rinvio alla fattispecie-base.

Né vale, a nostro avviso, a fugare il dubbio qualificatorio neanche l'invalso

della novella di cui al d.lgs. 15.1.2016 n. 7).

⁸⁵ Parla, condivisibilmente, di discrezionalità «drammatica» e di «abdicazione da parte del legislatore al suo stesso compito» A. Manna, *Circostanze del reato*, in *EG*, VI, 1993, 3.

⁸⁶ Cfr. R. Dolce, *op. cit.*, 979; G.D. Pisapia, *Incesto e relazione incestuosa*, *cit.*, 501.

argomento sistematico "interno"⁸⁷, che esclude possa aversi una circostanza ogni qual volta, da una verifica eseguita nell'ambito della disposizione scrutinata, emerga l'*abnormità* rappresentata dalla potenziale configurazione dell'*aggravante* di un'*aggravante*, come sarebbe, per l'appunto, nel caso di specie combinando il disposto di cui al co 3, che disciplina pacificamente una *circostanza ad effetto comune*⁸⁸ quando il delitto di incesto si consumi tra un maggiorenne ed un infradiciottenne, con il co. 2, anch'esso richiamato dall'*incipit* con il quale esordisce⁸⁹.

Seppur autorevolmente sostenuto e da molti condiviso, non sembra strumento, già da un punto di vista astratto, in grado di proporsi come risolutivo, poiché smentito dalla normativa vigente⁹⁰. E, sul piano concreto, ben potrebbe darsi che al terzo comma venga codificata una circostanza *non esclusiva* – che, cioè, può accedere indifferentemente tanto alla sola fattispecie-base quanto all'altra fattispecie circostanziale – con quest'ultima, qualora fosse realmente un'*aggravante*, in rapporto di specialità *reciproca in parte per aggiunta* (il co 2 aggiunge, infatti, al co. 3 l'elemento della relazione incestuosa) ed in *parte per specificazione* (dal canto suo il co 3 si presenta come speciale quanto ai soggetti che quella relazione illecita decidono di instaurare), con conseguente applicazione, in ossequio a quanto previsto dall'art. 68 Cp⁹¹, soltanto di quella di cui al secondo comma, in quanto circostanza *indipendente* già di per sé in grado di produrre un più significativo effetto modificativo della pena⁹².

⁸⁷ Gli assegnano portata pressoché decisiva A. Segreto, G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano 1999, 420; M. Del Gaudio, *Corruzione*, in *DigDPen., Agg.*, 2000, 154; A. Manna, *Il privato, intermediari ed il giudice, nella corruzione in atti giudiziari: diritto penale del fatto o diritto penale d'autore?*, in *FI* 2001, 539; G. Balbi, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli 2003, 269; A. Spina, *Corruzione in atti giudiziari*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone (a cura di), *Manuale di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna 2015, 193; D. Falcinelli, *Rapsodia interpretativa in tema di corruzione in atti giudiziari. Finalismo, funzionalizzazione e tipizzazione dell'accordo incriminato*, in *IP* 2008, 294; F. Viganò, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.9.2014, 5.

⁸⁸ Come si è già avuto modo di rilevare (v. *supra*, nota 56), il ricorso alla formula «la pena è aumentata per la persona maggiorenne» non può che essere inteso come un rinvio alla disciplina codicistica in materia di circostanze, con la conseguenza che può dirsi *inequivocabilmente provato* che si tratti di un'*aggravante*.

⁸⁹ «Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti».

⁹⁰ In tal senso, diffusamente, F. Bellagamba, *La corruzione*, cit., 52 ss.; un cenno anche in F. Basile, *op. cit.*, 1590. Della stessa idea, di recente, Cass. S.U. 21.6 2018 n. 40982, cit., che testualmente affermano: «La costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa».

⁹¹ Per F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, l'art. 15 Cp, pur avendo in comune con l'art. 68 Cp la stessa materia costituita dal concorso apparente (e non reale) di norme circostanzianti, se ne differenzerebbe nella portata applicativa perché l'uno (art. 15 Cp) sarebbe deputato a disciplinare tutte le circostanze in rapporto di *specialità unilaterale* e di *specialità reciproca*, ma, in quest'ultimo caso, con esclusivo riferimento alla relazione tra circostanze *comuni* e circostanze *speciali* (cioè circoscritte ad uno o a taluni reati); e l'altro (art. 68 Cp) a regolamentare le ipotesi residuali di convergenza tra disposizioni circostanzianti, o tutte comuni o tutte speciali, tra loro in rapporto di *specialità reciproca*. Diversamente R. Guerrini, *L'art. 68 c.p. e la disciplina del concorso apparente di norme*, in *Studi Senesi* 1986, 66 e 70 ss., ad avviso del quale all'art. 15 Cp sarebbe riservata la risoluzione dei casi di concorso tra circostanze, siano esse *comuni* che *speciali*, tra loro in relazione strutturale di *identità*, rientrando, viceversa, nel disposto dell'art. 68 Cp i casi di convergenza tra fattispecie circostanziali in rapporto di *specialità unilaterale* e/o *reciproca*.

⁹² Ad altra conclusione si sarebbe pervenuti ove, al terzo comma, fosse stata introdotta una circostanza c.d.

Rilevata, dunque, la fallacia dei criteri strutturali e non registrandosi risultati apprezzabili neppure per il tramite dell'interpretazione sistematica, non rimane che sottoporre la fattispecie allo scrutinio delle regole che sovrintendono la c.d. interpretazione "sostanziale-tipologica" sopra evocata, onde accertare se la relazione incestuosa integri un *tipo eterogeneo* od *omogeneo* rispetto a quello incarnato dall'incesto.

Infatti, come già precisato, nell'ermeneutica "*tipologicamente orientata*", il giudice è chiamato a ricostruire il tipo *generale* e ad analizzarne le interrelazioni con quello *speciale*, prestando attenzione alle classi di valori tutelati, al fine di coglierne un "salto" sul piano qualitativo-sostanziale. Più in particolare, nel caso che ci occupa, la soluzione dipende, ad avviso di chi scrive, dal ruolo che, nella dinamica strutturale interna al primo comma, si intende riconoscere al *pubblico scandalo*.

Se, infatti, si ritiene che il disvalore di fattispecie si incentri in via esclusiva nella consumazione di un rapporto sessuale tra parenti ed affini e, quindi, che il bene giuridico tutelato effettivamente si identifichi nella *turbatio sanguinis* o nella *morale familiare*, così come indicato al capo II del titolo XI, il pubblico scandalo non può che essere considerato una *condizione obiettiva di punibilità (intrinseca)*, derivando la riprovazione etico-sociale che sta a fondamento del divieto dal rapporto incestuoso in quanto tale e non certo dal rapporto incestuoso *scandaloso*⁹³. Andando di questo avviso si attribuisce, sia pure indirettamente, alla condotta di «relazione» un particolare contenuto offensivo, che orienta verso il riconoscimento di un'*autonomia tipologica* della previsione speciale rispetto alla generale disciplinata al primo comma. E', infatti, agevole rilevare come, ai fini del pregiudizio della morale familiare, altro sia che ciò avvenga attraverso una condotta che si estrinsechi in un singolo ed occasionale episodio incestuoso ed altro sia che questa si sostanzi in un rapporto sessuale continuativo nel tempo ed affettivamente strutturato in modo stabile. D'altra parte, anche guardando alla reazione dell'ordinamento, il sensibile incremento impresso dal legislatore alla sanzione in caso di relazione incestuosa costituirebbe altro fattore (fortemente) indiziante dell'avvenuto mutamento *qualitativo* del tipo. La pena, infatti, oltre a non presentare punti di contatto, in quanto formulata in modo *indipendente*, con la norma generale, subisce un aumento nel massimo edittale in misura superiore alla metà (si passa da cinque a otto anni di reclusione) e addirittura del doppio (da uno a due anni di reclusione) nel minimo, rimarcando così la distanza rispetto alla

esclusiva, la quale, trovando come unico referente altra circostanza e non anche la fattispecie-base, avrebbe dovuta essere sottoposta al regime del *cumulo materiale*, in quanto deroga espressa al concorso *apparente* delineato dall'art. 68 Cp in ragione del rapporto di *specialità* sussistente tra i rispettivi elementi costitutivi.

⁹³ Aderiscono a tale impostazione M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 479; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 784; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 404 s.; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 620 s.; A. Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Milano 2020, 503, che pur richiede che anche tra azione e condizioni obiettive di punibilità, tra cui fa rientrare il pubblico scandalo, sussista un nesso di *causalità materiale*, proprio perché imputate al soggetto a titolo di responsabilità oggettiva; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, Padova 2018, 562; G.D. Pisapia, *Incesto e relazione incestuosa*, cit., 505; A. Carmona, *Delitti contro la morale familiare*, in *ED*, XXVII, 1970, 29; G. Neppi Modona, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *RIDPP* 1971, 218; V. Manzini, *op. cit.*, VII, 790, anche se poi conclude, come detto, per la natura *circostanziale* della relazione incestuosa.

fattispecie di riferimento

Se, al contrario, l'asse disvaloriale su cui si regge l'incriminazione si sposta dalla condotta incestuosa al pubblico scandalo che, dunque, si eleva ad elemento costitutivo e, segnatamente, ad *evento*⁹⁴ lesivo della *morale pubblica*⁹⁵, la reiterazione del rapporto sessuale si presenta come una caratterizzazione *accidentale* del fatto concreto "rapporto sessuale", rilevando unicamente allo scopo di graduare la pena ma pur sempre nell'alveo di tipicità delineato dalla fattispecie-base.

Nell'oggettiva difficoltà di una qualificazione altamente problematica, la prima tra le due possibili alternative esegetiche si mostra come la più convincente, anche nella prospettiva di salvaguardare, del reato abituale *improprio* – di cui la relazione incestuosa costituisce paradigmatica espressione – quella cifra identitaria, che sarebbe invero destinata a dissolversi ove la si collocasse tra le circostanze.

2.2. Come già osservato, il reato (necessariamente) abituale *improprio*, a differenza di quello *proprio*, non accorda rilevanza giuridica alla *serialità* quale contrassegno disvaloriale minimo, ma postula la ripetizione di condotte già di per sé penalmente rilevanti e, dunque, espressive di una carica di offensività *preesistente* rispetto alla reiterazione.

Muovendo da tale (obiettiva) constatazione, ci si può chiedere se il reato abituale *improprio* finisca per identificarsi con (e dunque altro non sia se non) un reato (*necessariamente*) *complesso (in senso stretto)*, figurando, tra i propri elementi costitutivi, fatti che costituiscono per se stessi reati, in linea con quanto si legge all'art. 84 Cp.

La risposta a tale quesito non può essere, a nostro avviso, che duplice, tenendo conto, cioè, dei due diversi angoli prospettici da cui è possibile affrontare il tema che da questo viene "agitato": un punto di vista meramente *strutturale* o un piano di indagine che, non riducendosi ad un accostamento di stampo meramente descrittivo-fenomenologico, si proietta nella verifica dei tratti differenziali *costitutivi* delle due categorie.

Se, infatti, ci si limita al profilo strutturale, non v'è dubbio che, essendo il reato abituale *improprio* «il risultato di un'unificazione legislativa»⁹⁶, ispirata da ragioni di mitigazione della disciplina del concorso di reati, esso presenti significative analogie con il reato complesso⁹⁷.

Non è certo questa la sede più appropriata per una puntuale delimitazione dei confini di un istituto oltremodo controverso e di disagiata ricostruzione quale il reato complesso, sulla cui più adeguata collocazione sistematica in rapporto al concorso

⁹⁴ Di questa idea, tra gli altri, F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *NssDI*, XIV, 1967, 598; G. Pecorella, *Riflessioni in tema di pubblico scandalo nel delitto di incesto*, in *RDMatr* 1963, 250; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971, 193; R. Dolce, *op. cit.*, 977; F. Angioni, *Condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza*, in *RIDPP* 1989, 1469; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2019, 823.

⁹⁵ R. Dolce, *op. cit.*, 978.

⁹⁶ Così M. Romano, *op. cit.*, I, 347; P. Siracusano, *op. cit.*, 1245 s.

⁹⁷ Qualifica il reato abituale improprio come un reato complesso F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, cit., 478.

apparente di norme chiaroscuri ed opinioni contrastanti non accennano, con il tempo, a diradarsi ed a trovare una composizione.

Ma, nel circoscritto obiettivo di disporre di quanto necessario per elaborare una possibile soluzione al nodo problematico sopra richiamato, è sufficiente ricordare che, se dal tenore letterale dell'art. 84 Cp sembrerebbero trarsi indicazioni circa la necessaria compresenza di due (o più) reati quali componenti di un *terzo* reato, di regola identificato da un diverso *nomen iuris* e, senz'altro, da una autonoma cornice sanzionatoria (c.d. reato complesso in *senso stretto*), non si può parimenti negare che, nella prassi giurisprudenziale avallata da un'autorevole parte della dottrina, più o meno risalente⁹⁸ ed avversata da altra non meno considerevole⁹⁹, molte fattispecie vengano considerate come complesse per quanto risultino composte da *un solo* reato, con l'aggiunta di ulteriori elementi *non costituenti reato* (come, ad esempio, i reati a *base violenta*: l'estorsione, la violenza sessuale, la violenza a pubblico ufficiale ecc.). Con la conseguente estensione della categoria ai c.d. reati complessi *in senso lato* e con l'ulteriore – ma concettualmente affine – giustapposizione tra reato *necessariamente complesso*, che si ha quando almeno un reato da cui esso è composto è suo elemento "costitutivo", di talché la fattispecie complessa non può esistere senza che tale reato sia stato commesso; e reato *eventualmente complesso*, nel quale, invece, il reato componente si presenta come un elemento "particolare", potendo, pertanto, risultare integrato o meno senza che tale *eventualità* precluda la sussistenza del reato complesso (es: certi atti di violenza propria o impropria rispetto a fattispecie complesse, quali la rapina o l'estorsione e, più in generale, se rilevano come circostanze aggravanti di altri reati).

In un contesto così multiforme, l'ontologia del reato abituale *improprio* svolge una funzione automaticamente *selettiva* dell'ambito di possibile interferenza con il reato complesso, che non potrà che assumere la forma del reato complesso *in senso stretto*. Ma, una volta appurata l'affinità tra i due istituti nella conformazione, non si può, a nostro avviso, accomunarli nel riconoscimento della loro sostanziale inutilità, perché, al di là della funzione derogatoria rispetto al concorso di reati – che, tuttavia, appare viepiù ridimensionata dalla concorrente operatività del reato continuato *eterogeneo* – soltanto nel reato abituale *improprio* la condotta deve distendersi in un

⁹⁸ Tra gli altri, U. Pergola, *Il reato*, Roma 1930, 168; R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano 1971, 407; Id., *Sistema penale italiano*, II, Torino 1958, 566; A. Santoro, *Manuale di diritto penale*, I, Torino 1958, 140 e 536; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 292 ss. e 510 ss.; Id., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 476 s.; A. De Marsico, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 1969, 296; S. Piacenza, *Reato complesso*, in *NssDI*, XIV, 1976, 966; S. Prosdocimi, *Reato complesso*, in *DIGDPen*, XI, 1996, 215 ss..

⁹⁹ V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine 1937, 57 ss.; S. Ranieri, *Il reato complesso*, Milano 1940, 7, 18 ss. e 34; G. Sabatini, *Istituzioni di diritto penale, Parte generale*, I, Catania 1946, 349; T. Delogu, *Reato accessorio e reato complesso*, in *GP* 1947, 223; F. Antolisei, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *AP* 1949, 68; A. Moro, *op. cit.*, 239; G. Vassalli, *Reato complesso*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 821 ss. e 834; M. Romano, *op. cit.*, I, 793; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 518; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 428, ad avviso del quale un'accezione *lata* di reato complesso non svolgerebbe alcuna funzione pratica se, attraverso l'art. 84 Cp, il legislatore ha inteso escludere il *concorso formale* di reati che, come è facilmente intuibile, non può neppure essere ipotizzato in assenza di due reati.

arco temporale di durata e *ripetitivamente*¹⁰⁰.

Per quanto non si ritenga necessario, quale requisito per l'unificazione legislativa, che il processo esecutivo dei reati che danno vita alla fattispecie complessa sia *cronologicamente unitario*, potendo anche, in linea di principio, svolgersi per fasi successive, intervallate nel tempo, resta il fatto che, da un lato, quanto meno nella generalità dei casi, si ha *contestualità di realizzazione* delle condotte, a differenza di quanto accade nel reato abituale *improprio*, per il quale vale esattamente il contrario; e, dall'altro, che nel reato complesso fa difetto ciò che del reato abituale *improprio* è l'elemento distintivo, ovvero la *reiterazione* del fatto tipico. Una reiterazione che si presenta come *non costitutiva* del disvalore "primario", poiché gravante su ciò che è già penalmente significativo, ma posta comunque a fondamento di una *progressione disvaloriale* che discende per l'appunto dalla serialità; e, soprattutto, *essenziale* ai fini della sua consumazione, non essendovi reato abituale *improprio* senza ripetitività delle condotte.

Non mi pare, pertanto, da condividere l'impostazione di chi censura la dicotomia tra reato abituale (o a condotta reiterata) *proprio* ed *improprio*, denunciando l'asimmetria tra i due poli in raffronto, che darebbero luogo ad una «coppia non paritetica, in quanto composta da una tipologia oggettiva (per quanto solo di matrice dottrinale) di reato, da un lato, e da un'ipotesi di unificazione legale netta e chiara, dall'altro»¹⁰¹.

Come già osservato, se vi è distanza tra le due variabili per il diverso ruolo svolto dalla reiterazione quale fattore costitutivo di tipicità *originaria* o *derivata* da altro fatto tipico, vi è, nel contempo, completa sovrapposizione sul versante della sua *essenzialità in fase pre-consumativa* e, di conseguenza, della riconducibilità di entrambe alla medesima categoria, al netto delle analogie (soltanto) strutturali del reato abituale *improprio* con il reato complesso *in senso stretto*.

A conclusioni identiche a quelle sin qui rassegnate si giunge ove quest'ultimo venga messo in relazione con il reato *necessariamente abituale proprio*, a condizione, però, che si accolga una concezione ampia di reato complesso, che vi ricomprenda anche quello *eventualmente complesso*.

Quanto, infine, al reato *eventualmente abituale*, tacendo per il momento sulle perplessità relative alla sua stessa ragion d'essere e, quindi, alla opportunità della sua ascrizione tra i reati di durata, un problema di "armonizzazione" con il reato complesso sembra da escludersi in radice, perché, caratterizzandosi per l'equivalenza, ad opera della previsione normativa, tra abitualità ed episodio singolo, non vi sarà alcun reato a struttura complessa ma uno soltanto, composto da se stesso¹⁰².

2.3. La reiterazione di più fatti già di per sé costituenti un reato avvicina il reato abituale *improprio* anche al *reato continuato omogeneo*, tanto che non è mancato chi ha ritenuto che più che di accostamento debba parlarsi di vera e propria *identità*, anche

¹⁰⁰ F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 222.

¹⁰¹ Cfr. P. Siracusano, *op. cit.*, 1246.

¹⁰² Così, anche, M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 28.

avuto riguardo al reato *abituale proprio*¹⁰³.

Secondo questa linea di pensiero vi sarebbe una chiara convergenza tra i due istituti nella necessità, comune ad entrambi, di aggravare la responsabilità ove non ci si limiti al compimento di un singolo delitto ma ci si produca in plurime realizzazioni delittuose ed, al tempo stesso, di evitare gli effetti sanzionatori propri del concorso materiale di reati.

Non vi sarebbe, dunque, altra differenza tra reato abituale *improprio* e reato *continuato* se non quella di manifestarsi come una particolare forma di continuazione, che soggiace ad una disciplina *ad hoc* in corrispondenza dello specifico *nomen iuris* del reato¹⁰⁴.

In realtà la distinzione tra le due figure sembra muoversi lungo una quadruplica direttrice: a) anzitutto, da un punto di vista *ontologico*, il reato continuato non incarna una *tipologia criminosa astratta*, puntualmente descritta da una specifica previsione legislativa, ma rappresenta una particolare condizione nella quale possono versare tutti i reati, nella concorrenza di determinati requisiti¹⁰⁵; b) benché sia indiscutibile che, anche nel reato abituale *improprio*, la ripetitività del medesimo fatto penalmente rilevante non venga trattata alla stregua di un concorso di reati, la circostanza che non vi sia tipicità in assenza di reiterazione e che, dunque, quest'ultima si ponga come *elemento costitutivo* dell'ipotesi espressamente disciplinata dal legislatore è ulteriore motivo di distanza con il reato continuato, rispetto al quale la pena può risultare ancora più mite, come evidente dal raffronto tra *relazione incestuosa* e ciò che sarebbe *l'incesto continuato*; c) inoltre, se la minore riprovevolezza complessiva del reato continuato risiede in quel coefficiente psicologico unitario – normativamente identificato con il sintagma *medesimo disegno criminoso* – che avvince tra loro i diversi episodi criminosi, giacché protesi verso la realizzazione di un unico fine sufficientemente specifico¹⁰⁶, non altrettanto può dirsi per il reato abituale *improprio*, che postula, senz'altro e come meglio vedremo, un «sistema di comportamenti offensivi»¹⁰⁷ tra loro obiettivamente collegati, ma non anche un *dolo unitario*, inteso come rappresentazione e deliberazione anticipate, ancorché generiche, del novero delle condotte che l'agente andrà a realizzare; d) infine, anche senza prendere posizione sulla realtà o meno dell'unità giuridica del reato continuato, che tramuterebbe una pluralità di reati in uno soltanto attraverso una vera e propria *fictio juris*¹⁰⁸, nessuno oggi dubita della sua considerazione legislativa, per così dire, *eclettica*,

¹⁰³ È quanto sostiene A. Moro, *op. cit.*, 215 ss.

¹⁰⁴ A. Moro, *op. cit.*, 218.

¹⁰⁵ M. Petrone, *Reato abituale*, in *NssDI*, XIV, 1967, 945.

¹⁰⁶ Predilige una concezione *eclettica*, in forza della quale il concetto di disegno criminoso andrebbe inteso in senso *soggettivistico*, in caso di continuazione *eterogenea*, ed *oggettivistico*, quale «forma "oggettivata" del ripresentarsi della stessa situazione di fatto», in caso di continuazione *omogenea*, F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, cit., 489.

¹⁰⁷ L'espressione è di F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 497.

¹⁰⁸ Di questo avviso, per tutti, V. Manzini, *op. cit.*, II, 703; G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 308 ss.; Id., *Reato continuato*, in *NssDI*, XIV, 1967, 67 ss.; V. Zagrebelsky, *Reato continuato* (artt. 81 c.p. - 8 D.L. 11 aprile 1974, n. 99), Milano 1976; Id., *Reato continuato*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 839; N. Mazzacuva, E.M. Ambrosetti, *Reato continuato*, in *EG*, XXVI, 1991, 1.

talvolta *unitaria* e talvolta *pluralistica*, a seconda che siano più favorevoli per il reo le conseguenze derivanti dall'una o dall'altra disciplina. Di tutt'altro tenore la natura giuridica del reato abituale *improprio*, che – come avremo modo di precisare meglio nel prosieguo – rimane *unico* ad ogni effetto di legge.

Come si accennava, per quanto, apparentemente, i punti di contatto tra reato abituale *proprio* e reato *continuato* siano meno evidenti, ciò non ha impedito una comparazione anche tra queste due figure, al dichiarato scopo di verificare l'utilità di una duplicazione o piuttosto l'opportunità di una loro "sintesi".

Il maggior divario rispetto a quanto già osservato a proposito del rapporto tra reato *continuato* e reato abituale *improprio* sta nel fatto che, come detto, nel reato abituale *proprio* le singole azioni che compongono la serie sono (o, per meglio dire, possono essere) prive di carattere criminoso e, perciò, parti di una struttura del tutto eterogenea rispetto a quella unificazione di reati plurimi in cui si identifica il reato continuato.

Ciò nondimeno, si è rilevato come anche nel reato abituale *proprio* vi sia una sorta di *continuazione*, che, tuttavia, a differenza di quanto accade di solito, assumerebbe valore giuridico soltanto nella serialità delle condotte, enfatizzando ancor di più l'unità *sostanziale* tipica del reato continuato. Pertanto, il reato abituale *proprio* costituirebbe «un caso di continuazione necessaria ai fini della rilevanza giuridica»¹⁰⁹, non potendo i componenti assumere autonomo significato se non quale «*condotta* individuata in funzione di una personalità che in essa coerentemente si esprime»¹¹⁰, quale *modo di vita* desunto dalla serie continuativa di realizzazioni delittuose.

Prescindendo, per il momento, dalla problematica individuazione della *ratio* sottesa all'unificazione legislativa del reato abituale, non si può non segnalare come la tesi ora enunciata trascuri un dato su cui, viceversa, va posta la massima attenzione: le fattispecie incriminatrici di parte speciale che si riconducono alla categoria dei reati abituali (*propri*) si caratterizzano per un'*offesa qualitativamente diversa* da quella propria dei singoli episodi che integrano la serie, i quali, dunque, non fungono da meri *addendi* di una *sommatoria* che intende sottrarsi al regime del cumulo materiale, come viceversa accade per il reato continuato.

L'unificazione che sta alla base dell'abitualità e da cui discende un'unità di illecito sul piano della tipicità e della sanzione si correla, in buona sostanza, direttamente alla *lesione del bene giuridico*, che non si realizza con un unico atto privo di quella ripetitività alla quale si deve il crisma di antigiuridicità penale; nella continuazione, invece, i fatti, *strutturalmente distinti*, hanno identità giuridica propria e, pur soggetti ad uno statuto "speciale" da un punto di vista sanzionatorio per la presenza di un medesimo disegno criminoso, non smarriscono la loro autonomia, preservata a fronte di un'unificazione rilevante soltanto *quoad poenam*¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. A. Moro, *op. cit.*, 223.

¹¹⁰ Ancora A. Moro, *op. cit.*, 224.

¹¹¹ In questi stessi termini, da ultimo, anche Cass. 30.9.2019 n. 43065, in www.camerepenali.it, 15 ottobre 2019, in tema di reato *necessariamente abituale* di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale per aver frequentato in maniera non occasionale soggetti pregiudicati, previsto dall'art. 75

Stando così le cose, anche il tentativo di una integrale sovrapposizione tra reato abituale e reato continuato non merita di essere perseguito, opponendosi al suo accoglimento insuperabili impedimenti di tipo strutturale.

3. Se la dicotomia tra reato abituale *proprio* e reato abituale *improprio* ha trovato, come già osservato, unanime riconoscimento sia in dottrina che in giurisprudenza per quanto opinabili possano essere i termini della contrapposizione, non altrettanto può dirsi per la distinzione tra reato *necessariamente abituale* e reato *eventualmente abituale*¹¹², sulla quale si addensano ombre assai più consistenti, che si estendono sino a coinvolgere l'esistenza stessa della variante costituita dall'*eventualità*¹¹³.

Riferendosi quest'ultima alla reiterazione, ciò starebbe a significare che la condotta potrebbe essere indifferentemente unica o ripetuta in forza di un meccanismo qualificato come *doppia tipicizzazione*¹¹⁴, secondo il quale a risultare tipico sarebbe non soltanto il complesso di più fatti "abituale" ma anche il singolo episodio, alla stessa stregua di quanto accade per le *norme a più fattispecie*, che qui, tra l'altro, sarebbero tra loro in rapporto di *necessaria alternatività*, non essendo logicamente ipotizzabile una coesistenza. Con l'essenziale, ulteriore, caratterizzazione che gli eventuali segmenti di condotta successivi a quella sufficiente a perfezionare il reato non darebbero luogo ad un concorso di reati o ad un reato continuato ma pur sempre ad un'*unica* fattispecie penalmente apprezzabile.

Anche limitando lo sguardo all' "architettura" della categoria, non sfugge come se ne costruiscano le fondamenta muovendo da un postulato, da cui scaturisce un'antinomia.

Il postulato risiede, a parere di chi scrive, nella c.d. *doppia tipicizzazione*: si afferma, infatti, che, anche nei reati *eventualmente abituali* – al pari quelli *necessariamente abituali* – la figura criminosa sarebbe descritta in termini pluralistici, richiedendo pur sempre la ripetizione di più fatti omogenei, ma *ammetterebbe* anche la rilevanza del fatto singolo, sanzionato allo stesso titolo.

Non si riesce, tuttavia, a cogliere da dove si tragga questa tipicità *ambivalente*: se, ad esempio, per esercitare abusivamente la professione di avvocato è sufficiente che il soggetto non iscritto all'albo ponga in essere una qualunque attività *tipica* di

d.lgs. n. 159/2011.

¹¹² Vi fa per primo riferimento E. Altavilla, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli 1933, 90, pur ricorrendo alla formula reato *accidentalmente* abituale.

¹¹³ Nella manualistica si esprimono in senso favorevole alla sussistenza della categoria: A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 203; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna 2017, 293; G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 249; C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2017, 215; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 496; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 141; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 222 s.; M. Romano, *op. cit.*, I, 349.

¹¹⁴ Così M. Petrone, *Reato abituale*, cit., p. 48, che, tuttavia, sembra con il tempo aver, almeno parzialmente, cambiato opinione, poiché nella voce del 1967 (*Reato abituale*, cit., p. 952) egli sosteneva che la rilevanza del fatto isolato si sarebbe potuta ricavare a *posteriori*, per via interpretativa, salvo poi aggiungere che al medesimo risultato si sarebbe potuti giungere attraverso la via della doppia tipicizzazione.

assistenza legale svolta in rappresentanza degli interessati, non firmatari dell'atto¹¹⁵, non si vede in che modo tale inequivoca estensione della prensione applicativa della norma a qualunque atto idoneo ad incidere sulla progressione del procedimento o del processo (penale) si coniughi con la asserita tipizzazione di un comportamento multiplo. Come efficacemente osservato, dal momento che la realizzazione di un unico atto è già di per sé sufficiente ad integrare gli estremi di un reato *eventualmente abituale*, ciò equivale ad escludere che la fattispecie richieda la reiterazione come elemento di tipicità in fase *pre-consumativa* e che contestualmente si consideri *ammissibile* anche un singolo episodio criminoso¹¹⁶.

Detto in altri termini, non sembrano concepibili fatti tipici meramente tollerati o, all'opposto, non necessari. Perché, se è vero che anche una sola condotta è penalmente apprezzabile, è allora giocoforza concludere che la reiterazione si riversi *integralmente* nella *fase post-consumativa*; al contrario, ove si reputi che la norma richieda più condotte ai fini della consumazione del reato, quest'ultimo non potrebbe che essere ricondotto nel novero dei reati *necessariamente abituali*.

E, oltre che indimostrato, ritenere che il legislatore si sia misurato con una *doppia tipizzazione alternativa* appare *antinomico*, nel senso che finirebbe per assegnare alla reiterazione un rilievo allo stesso tempo necessario ed eventuale, quando in realtà è essenziale distinguere tra la fase *pre* e quella *post-consumativa*, risultando la prima comune a qualsiasi fattispecie *non di durata* e la seconda *derogatoria* rispetto alla regola del concorso tra più reati identici od omogenei.

Per chi è dell'avviso che l'*in se* di ogni reato abituale stia nella ripetizione, ai fini della consumazione, di più condotte, la categoria del reato *eventualmente abituale* appare priva di ogni plausibilità, difettando quel *disvalore costitutivo minimo* che, viceversa, si ricollega alla reiterazione nei reati (*necessariamente*) abituali¹¹⁷. Per chi, al contrario, pone l'accento sulla durata *ulteriore* ed *eventuale*, successiva alla consumazione, la forma *eventualmente abituale* rivestirebbe un ruolo primario, consentendo una *reductio ad unum* della pluralità di condotte poste in essere in violazione della stessa norma di legge, preclusiva non soltanto del concorso di reati ma anche della disciplina del reato continuato (*omogeneo*)¹¹⁸.

A quest'ultimo proposito v'è da interrogarsi sulla ragionevolezza di una soluzione di ancor più accentuato favore nei confronti del soggetto agente, che non dovrà sottostare neppure al regime del reato continuato ma, al più, in presenza di plurime violazioni, ad un trattamento sanzionatorio intraeditale più severo, in applicazione di quanto previsto dall'art. 133 Cp.

¹¹⁵ Per tutte Cass. 7.5.2019 n. 26113, in *CEDCass.*, m. 276657, in un caso di presentazione di un'istanza di sostituzione di una misura cautelare in essere; Cass. 7.10.2016 n. 52888, *ivi*, m. 268581, in un caso di stesura di un ricorso per un divorzio.

¹¹⁶ A. Aimi, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, Torino 2019, 159.

¹¹⁷ Suggestisce di rigettare *in toto* la categoria, anche in ragione dell'incertezza e dell'incontrollabilità dei criteri di individuazione G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 6.

¹¹⁸ Si mostra propenso a riconoscere cittadinanza ai reati *eventualmente abituali*, sia pur invitando l'interprete a farvi ricorso con cautela, M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 51; sollecitazione che, come visto, non è stata affatto recepita dalla giurisprudenza.

A me pare che la coerenza (e non già il rigore), sotto il profilo ermeneutico, di una ricostruzione delle fattispecie in esame come a "tipicità istantanea" si scontri con la regola dell'*id quod plerumque accidit*, che indica come, nelle situazioni concrete integranti i reati che vanno a comporre la peculiare categoria in esame, la condotta sia nella maggior parte dei casi plurima, snodandosi attraverso un'attività che si svolge in modo *continuativo* e *sistematico* e non già episodico od occasionale.

Mentre, infatti, la pluralità di violazioni della disposizione di legge, che è requisito essenziale ai fini della configurabilità del reato continuato *omogeneo*, deve la sua unificazione alla sussistenza di un coefficiente *psicologico* che rinsalda, tra loro, i diversi episodi criminosi, rendendoli la proiezione di un unico atteggiamento antidoveroso primigenio, nel reato *eventualmente abituale* la reiterazione si pone, al contrario, come una sorta di *ordinaria progressione disvaloriale*, che, pur muovendo dalla integrazione di una singola fattispecie incriminatrice, si realizza concretamente attraverso plurime, fisiologiche manifestazioni, strettamente correlate al modo in cui si svolgono di regola gli accadimenti.

Pertanto, se l'unitarietà, che poi si riflette sul trattamento sanzionatorio, nel reato *continuato omogeneo*, affonda le proprie radici nella medesimezza del disegno criminoso, che rende i reati che ad esso danno contenuto mezzi per il conseguimento di un fine prefissato e ben individuato o individuabile, nel reato *eventualmente abituale* si presenta, per così dire, come *originaria*, non essendo la ripetitività meramente il frutto di una programmazione e deliberazione iniziali ma risultando già dal punto di vista oggettivo quale "normale sequela" di comportamenti tendenzialmente non isolati.

Ne deriva che se la figura del c.d. *reato eventualmente abituale* conserva una sua ragion d'essere per la funzione di *disciplina* che è chiamata ad assolvere e che si sostanzia in una risposta sanzionatoria che si sottrae alle regole, già mitigatorie, poste a presidio del concorso di reati, sarebbe forse più opportuno, in ragione degli elementi costitutivi che ne presidiano la fase *pre consumativa*, identificarla con la più adeguata denominazione di *reato eventualmente istantaneo*, in tal modo enfatizzando il regime di estremo favore che si intende riconoscere alla *prasseologica* reiterazione di condotte identiche nel momento successivo alla (già) intervenuta consumazione.

Stando le cose nei termini che precedono, il problema si sposta su quali siano le norme di disciplina che governano i c.d. *reati eventualmente abituali*, poiché, non essendo questi – al pari delle altre tipologie di reato abituale e fatto salvo l'ambiguo riferimento contenuto all'art. 131 *bis* co. 2 Cp – menzionati dalla legge, è tutt'altro che agevole rintracciare quale assetto venga ad essi riservato rispetto a taluni istituti di primario rilievo pratico, quali, tra tutti, la prescrizione. Ma di questo ci occuperemo diffusamente nella parte finale di questo lavoro¹¹⁹.

E' giunto, adesso il momento, di interrogarsi sui rapporti tra reato abituale e reato *permanente*, prendendo spunto da una recente e suggestiva indagine, secondo cui all'abitualità si potrebbe o, per meglio dire, si dovrebbe rinunciare, stante la sua sostanziale *inutilità*, giacché non presenterebbe, da un lato, alcuna peculiarità di

¹¹⁹ Cfr. *infra*, § 5 ss., in particolare 5.2.

rilievo rispetto ad altre numerose fattispecie che parimenti richiedono, ai fini della loro realizzazione, il compimento di una pluralità di condotte; e, stante la sua integrale sovrapponibilità, dall'altro, con i reati *permanenti*¹²⁰.

4. Muovendo dalla preliminare ripartizione tra fase *pre-consumativa* e fase *post-consumativa*, si sostiene, quanto alla prima, che in alcun modo il reato (*necessariamente*) abituale presenti elementi distintivi che ne giustifichino la "sopravvivenza", una volta messo a confronto, come si anticipava, con tutte quelle ipotesi di reato allo stesso modo caratterizzate da una descrizione in termini *pluralistici* del comportamento vietato. E non sarebbe utile allo scopo né l'*omogeneità* o *identità* dei fatti che concorrono alla lesione o alla messa in pericolo del bene tutelato, perché anche in reati comunemente ritenuti non abituali, quali il furto, le condotte di «sottrazione» ed «impossessamento», entrambe necessarie ai fini dell'integrazione del tipo, contribuiscono all'offesa, non diversamente da quanto accade, ad esempio, nel delitto di atti persecutori che si realizzi mediante la combinazione tra un contegno minatorio ed uno molesto¹²¹. Né il nesso (oggettivo) di *persistente frequenza* tra le più azioni richieste per la consumazione¹²², non solo perché estraneo al dato normativo, come comprovato dalla circostanza, autoevidente, che non ve n'è traccia nella maggior parte delle previsioni tradizionalmente ricondotte alla categoria dei reati abituali; ma anche perché per nulla dirimente sul piano dell'offesa, non potendosi, infatti, escludere che anche due sole condotte di particolare disvalore, ancorché distanziate nel tempo, siano sufficienti ad arrecare pregiudizio all'interesse protetto dalla norma¹²³.

Quanto, poi, alla fase *post-consumativa*, ovvero all'eventuale protrazione nel tempo di tutti gli elementi costitutivi del reato, si ritiene che il reato abituale, senza meno quando si manifesti nelle forme del reato *necessariamente abituale improprio* ed *eventualmente abituale*, ma anche ove si realizzi nella modalità di reato *necessariamente abituale proprio*, si dissolva nel reato *permanente*, da cui non potrebbe distinguersi evocando il criterio, benché a più riprese ribadito in letteratura¹²⁴, della

¹²⁰ A. Aimi, *op. cit.*, 125 ss.

¹²¹ Cfr. A. Aimi, *op. cit.*, 150.

¹²² A cui fanno riferimento M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 22 e 32; G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 380; Id., *Unità e pluralità di reati: reato istantaneo e di durata, unità di condotta e di evento*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte generale I, 2. Il reato*, Padova 2017, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, 77.

¹²³ Ancora A. Aimi, *op. cit.*, 151 s., che fa l'esempio di due feroci esplosioni di gelosia dell'ex fidanzata possessiva, avvenute a distanza di un mese l'una dall'altra, che culminino in una minaccia aggravata dall'esibizione di un'arma, tale da ingenerare nella vittima "un perdurante e grave stato d'ansia" e che risulterebbero già di per sé bastevoli a rendere quel fatto offensivo ai sensi dell'art. 612 *bis* Cp, a prescindere dalla sussistenza di un nesso di abitudine.

¹²⁴ Tra i molti, nella manualistica: S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *op. cit.*, 292; G. Contento, *Corso di diritto penale*, II, Roma-Bari 2004, 442; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 407 s.; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 210; V. Manzini, *op. cit.*, I, 709 s.; G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1993, 595 ss.; M. Romano, *op. cit.*, I, 346. Per i contributi più specifici v. R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *RIDPP* 2001, 174; G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 381 s.; Id., *Unità e pluralità di reati*, cit., 78; G.A. De Francesco, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *RIDPP* 1977, 565 e 575; G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 3; G. Grisolia, *Il reato permanente*, Padova 1996, 30 s.; V.B. Muscatiello, *Pluralità e unità di*

pretesa *continuità*, nella permanenza e dell'asserita *discontinuità*, nell'abitualità, della successione temporale dei fatti storici che si spingono oltre la consumazione.

La censurabilità di tale impostazione deriverebbe dalla prova empirica della *relatività* dell'ipotizzato "punto di frattura", nient'affatto consustanziale alle due figure criminose, non essendo né l'assenza di soluzione di continuità caratteristica *indefettibile* della permanenza né la discontinuità *essenziale* ai fini dell'abitualità. Si fanno gli esempi, rispettivamente, del reato di esecuzione di lavori edilizi in totale difformità o assenza del permesso di costruire (art. 44 co.1 lett. b T.U. n. 380/2001) che, pur essendo, per opinione condivisa, classificabile tra i reati permanenti, potrebbe manifestarsi anche attraverso una condotta che si distenda nel tempo con *interruzioni* dovute al riposo dei lavoratori dell'impresa esecutrice, alle festività e ad altre ragioni contingenti, dando così luogo ad una tipicità inconciliabile con l'essenza della categoria, per i più rappresentata dalla *continuità ininterrotta*¹²⁵. E del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui si renda responsabile un padre che, per malintesi scopi educativi, costringa i figli minorenni ad indossare costantemente orecchie da asino: la carenza di discontinuità nella protrazione nel tempo della fattispecie non sarebbe certo ragione ostativa né alla sua consumazione né, tanto meno, alla sua univoca ascrizione tra i reati abituali¹²⁶.

La tesi, per quanto ben argomentata e non priva di fecondi spunti di riflessione, non può essere accolta o, per lo meno, merita di essere rivista nella perentoria assiomaticità delle conclusioni a cui perviene.

Mantenendo ferma la suddivisione tra le due fasi, perché utile a fare chiarezza all'interno di un istituto dalla fisionomia senz'altro *eclittica*, non mi pare colga nel segno, anzitutto, l'equiparazione tra il reato *necessariamente abituale proprio* ed il numero di azioni che il legislatore pretende vengano poste in essere ai fini della consumazione dei delitti di furto, di rapina o di falsità in scrittura privata, sia pure abrogato dal d.lgs. 15.1.2016 n. 7. E ciò lo si afferma non certo facendo leva sulla flebile distinzione, più terminologica che concettuale, tra «atti» ed «azioni»¹²⁷ o tra «azioni» e «fatti»¹²⁸ e, probabilmente, neanche sul nesso di *persistente frequenza* che, sebbene da taluni evocato quale requisito essenziale dell'abitualità sul piano oggettivo¹²⁹, potrebbe entrare in fibrillazione con i principi di legalità e di offensività, qualora ci si trovasse dinanzi a più condotte pur *infrequenti* ma non per questo prive di quella carica offensiva necessaria e sufficiente a pregiudicare il bene giuridico tutelato. Quanto piuttosto sulla *eterogeneità*, anche dal punto di vista semantico, tra *pluralità* e

reati. Per una microfisica del molteplice, Padova 2002, 273 s. e 281; A. Pecoraro Albani, *Del reato permanente*, in RIDPP 1960, 431 ss.; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 25; R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova 1988, 69.

¹²⁵ Il caso è tratto da A. Pecoraro Albani, *op. cit.*, 434; le conclusioni di A. Aimi, *op. cit.*, 110 ss., in particolare 114.

¹²⁶ Ancora A. Aimi, *op. cit.*, 168.

¹²⁷ Così, invece, G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 40 ss.

¹²⁸ Si rifanno alla nozione di «fatti» nel reato abituale G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 1 ss; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., soprattutto 18-19, su cui, peraltro, v. quanto già osservato *supra*, nota 35.

¹²⁹ M. Petrone, *Reato abituale*, cit., p. 22; G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 380; Id., *Unità e pluralità di reati*, cit., 77; A. Valsecchi, *Il delitto di "atti persecutori" (il c.d. stalking)*, in RIDPP 2009, 1387.

reiterazione e sugli effetti di questa e non di quella sulla *tipicità* e sull'*oggettività giuridica* di riferimento.

Si tratta, infatti, di nozioni *concettualmente*, ancora prima che giuridicamente, distanti, misurandosi la "mera" *pluralità* di azioni su un dato *quantitativo*, declinato in termini *atomistici-frammentari*; e connotandosi, viceversa, la reiterazione su un piano *qualitativo-sistemico*, corroborato dal tempo, nel quale è la *sintesi* e non già la congiunzione tra i fattori a rivestire un ruolo essenziale sul piano della *tipicità* e dal punto di vista *teleologico*. Riprendiamo l'esempio del furto: come noto, la fattispecie di reato può dirsi realizzata ove alla sottrazione si cumuli l'impossessamento, con il risultato di integrare sì la tipicità soltanto se congiunti, ma pur sempre nella logica di una sommatoria di atti comunque tipici, anche ove isolatamente considerati.

Non altrettanto può dirsi per i reati *necessariamente abituali propri*, nei quali la reiterazione, a differenza della pluralità, assolve ad una funzione *costitutiva* della tipicità, che non può prescindere dalla serie minima di fatti omogenei, stante l'atipicità di ciascun accadimento, se atomisticamente riguardato.

La conseguenza di tale inconciliabile meccanismo è che, per quanto anche nel furto entrambe le condotte si rivelino indispensabili ai fini della lesione del bene tutelato, ciò non significa che dalla pluralità discenda alcuna *progressione disvaloriale*, diversamente dalla reiterazione, che, al contrario, incide sull'*oggettività giuridica* anche quando non sia condizione essenziale ai fini della tipicità, come nei reati *necessariamente abituali impropri*. Anche in tale ipotesi, infatti, la ripetitività delle *azioni* fa assumere al reato una peculiare conformazione *sincretistica* che, divenendo *altro* rispetto alla mera addizione tra i singoli componenti, si riflette sulla *qualità* dell'interesse protetto, che non risulterà mai identico all'oggetto di tutela pregiudicato da questi ultimi, benché integrino, di per sé, autonome figure criminose.

In un quadro contrassegnato da una dimensione *assiologica* irriducibile ad unità, si innesta, poi, il diverso atteggiarsi del *fattore temporale* che, nei reati a condotta plurima ma non anche reiterata, segue una logica eminentemente *sincronica*, non desumibile soltanto dall'*id quod plerumque accidit*, che pure fa emergere come quanto richiesto ai fini della consumazione del reato si realizzi per lo più *contestualmente* e *senza soluzione di continuità*. Invero, non limitandosi al mero riscontro prasseologico, è emblematica la circostanza che, in tali ipotesi, l'*offesa* non risenta in alcun modo di un'eventuale, sia pure non significativa, discrasia, dal punto di vista cronologico, tra i momenti attuativi nei quali si snoda l'*iter criminis* (si pensi al caso di scuola del ladro che getti le altrui valigie dal treno in corsa e le recuperi, a quel punto impossessandone, soltanto decorso un certo lasso di tempo). Quando dal reato "plurale ma unico" si passa ai reati abituali ci si rende conto di come questi agiscano, per converso, in una dimensione *diacronica*, che fa sì che la condotta perduri nel tempo, con indefettibili tratti di discontinuità – ma sul punto torneremo tra poco – così contribuendo a quella variazione *qualitativa* dell'offesa, nella quale si riassume la cifra identitaria dell'istituto.

Stando così le cose, si può concludere affermando che, mentre la pluralità di comportamenti vietati, nelle ipotesi comunemente ritenute estranee al novero degli abituali, si limita a soddisfare mere esigenze di *politica criminale*, dando conto della

necessità avvertita dal legislatore di prevedere un reato a *condotta vincolata e plurima* al fine di assicurare protezione a quella particolare tipologia di beni, nei reati abituali (*propri*) la *reiterazione*, accentrando su di sé il disvalore tipico della fattispecie unitaria, riesce ad imprimerle quel *surplus* di offensività che più condotte, ma non ripetute nel tempo, non sarebbero mai in grado di sprigionare.

D'altro canto, anche ipotizzando una ripetitività, in un determinato arco temporale, di sottrazioni e di impossessamenti, non si avrebbe certo un *mutamento* del bene giuridico di categoria, la cui identità rimarrebbe inalterata, potendo casomai inverarsi una frattura dell'unitarietà del reato, che verrebbe, cioè, a scomporsi in tante fattispecie quante sono le coppie di condotte tipiche realizzatesi, eventualmente riunificabili sotto il vincolo della continuazione.

Ciò precisato sul versante oggettivo, non possono neppure essere trascurati i riflessi che ne derivano sull'*elemento psicologico*, sia pure riguardato in una prospettiva di indagine tesa ancora a segnare la distanza tra i reati abituali e quelli "soltanto" contraddistinti da condotte plurime.

Per le ragioni già ampiamente illustrate in letteratura¹³⁰, che non è qui il caso di riproporre, non può essere accolta la risalente ed autorevolmente sostenuta impostazione *soggettivistica*¹³¹, secondo la quale l'abitualità si identificerebbe in un *modo di essere della personalità* dell'autore, poiché indice della sua *pericolosità sociale*.

¹³⁰ Per tutti G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 96 ss. e, in particolare, 100 s., che dà conto dell'approccio seguito da larga parte della dottrina tedesca (v., pur con diversità di accenti: H. Meyer-P. Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig 1922, 234 ss.; H. Gerland, *Deutsches Reichstrafrecht*, Berlin-Leipzig 1922, 159; M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Hedleberg 1923, 171 ss.; E. Hafter, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1926, p. 349; L. Zimmerl, *Zur Lehre vom Tatbestand*, in *Strafrechtliche Abhandlungen (Heft 237)*, Breslau 1928, 46; R. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin 1930, 545) secondo cui se i delitti abituali (*Gewohnheitsmäßigkeit*) – collocati, unitamente a quelli a scopo di lucro (*Gewerbsmäßigkeit* e *Geschäftsmäßigkeit*), nel più ampio *genus* dei *delitti collettivi* (*Kollektivdelikt*) – sono, in linea di principio, composti da una serie di atti, ciò non equivarrebbe ad escludere la rilevanza anche di una *sola azione*, valendo la ripetizione come mero sintomo – al pari di altri indizi quali un delitto già punito o comunque estinto per intervenuta prescrizione – dell'*inclinazione* di quel soggetto a delinquere. Osserva, in proposito, Leone come tale corrente di pensiero, allora senz'altro predominante nella letteratura d'oltralpe, si fosse formata per la mancanza, nel codice tedesco a differenza di quanto previsto dalla sistematica tipica del codice Rocco, di qualsiasi norma di carattere generale sia in tema di recidiva che di abitualità/professionalità e tendenza al reato. E ribadisce, di recente, sul punto anche A. Aimi, *op. cit.*, 160, nota 165, come, da una parte, il concetto di "abitualità" (e quello di reato collettivo) a cui gli autori sopra richiamati si richiamano non coincida affatto con quello di reato abituale, così come viene comunemente inteso nel nostro sistema; e come, dall'altra, esso, nell'attuale ordinamento tedesco, rarissimamente si atteggi ad elemento costitutivo, senza che, peraltro, i *Kollektivdelikt*, nelle tre forme di manifestazione a cui si è fatto cenno, siano ancora considerati alla stregua di figure di reato a se stanti.

¹³¹ In Italia, benché con sfumature diverse a seconda della specifica corrente di pensiero, hanno mostrato di condividere tale indirizzo: G. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 161, che si ispira soprattutto a Gerland; G. Contento, *Corso di diritto penale*, cit., 442; A. Moro, *op. cit.*, 222; A. Santoro, *op. cit.*, 316 s. Di particolare interesse il criterio ermeneutico a carattere generale evocato da A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 210, che si fonda su una *rivisitazione* in senso *garantista* del *tipo normativo d'autore*, recuperato, cioè, in chiave limitativa della tipicità del reato asseritamente abituale qualora non vi sia corrispondenza tra il fatto commesso e la tipologia di soggetto che di esso si dovrebbe rendere responsabile (es: sfruttamento della prostituzione da parte di uno studente squattrinato, che si faccia mantenere durante gli studi dalla prostituta con la quale intrattenga una relazione sentimentale).

Preso atto dell'impercorribilità di questo approdo ermeneutico, non rimane che orientarsi per una ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato abituale che risulti coerente con la sua essenza oggettivistica e che sia in grado di valorizzarne ulteriormente i segni distintivi rispetto ai reati nei quali la pluralità delle condotte non si sostanzia in reiterazione.

Se, infatti, non si può dubitare che, in entrambi i casi, ogni "componente" debba rientrare nell'oggetto del dolo, è altrettanto indiscutibile che soltanto nei reati abituali questo presenti note peculiari, che non pertengono affatto alle fattispecie estranee alla categoria. Riprendendo l'esempio del furto, a prescindere dalla finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto che – quanto meno per coloro che continuano a riconoscere al dolo specifico una natura eminentemente psicologica – assolve ad una funzione *restrittiva* dell'illiceità penale, collocandosi al di là del fatto materiale tipico¹³², affinché il reato risulti integrato è necessario che il soggetto agente sia consapevole e si determini a sottrarre e, conseguentemente, ad impossessarsi in un contesto di *unitarietà* del momento *rappresentativo-volitivo*, che non risente affatto di una possibile, per quanto circoscritta, divaricazione temporale tra le due condotte¹³³.

Nei reati abituali le cose stanno diversamente.

E' nota la tesi, sostenuta dalla dottrina meno recente e talvolta recepita, in passato, anche dalla giurisprudenza¹³⁴, secondo la quale, in questa particolare tipologia di reati, il dolo assumerebbe una *duplice* conformazione, risultando, al contempo, *unico* e *complesso*, nel senso che, pur presentandosi come un'entità «fissa e precisata dall'inizio» in ragione dell'indiscussa *unicità* dell'evento finale, dovrebbe comunque «investire le singole azioni», esteriorizzandosi ed incarnandosi in esse, nella consapevolezza che il risultato finale non possa che derivare dalla commissione di più azioni¹³⁵.

Seguendo questo indirizzo interpretativo vi sarebbe, dunque, dolo soltanto in

¹³² Nella manualistica, per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 390; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 319 s., secondo cui il furto, assieme all'appropriazione indebita ed al falso in scrittura privata (oggi abrogato), rappresenterebbe un'ipotesi paradigmatica di reato c.d. *a dolo specifico di ulteriore offesa*, poiché l'offesa meramente intenzionale all'interesse del perseguimento di un illecito vantaggio si affiancherebbe a quella oggettiva, senza perciò comportare alcuna deroga al principio di offensività; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 304 s.. Optano, viceversa, per una rimodulazione del dolo specifico, modellandone la struttura su quella del delitto tentato, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2019, 521 s. nonché F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NDI*, XIX, 1973, 87; M. Gelardi, *Il dolo specifico*, Padova 1996, 255 ss.; A. Molari, *La tutela della condanna civile*, Padova 1960, 91; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 170 ss.; S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987, 370 ss. Considerano, poi, il dolo specifico quale parte integrante della *tipicità*, stante la sua connessione con il mezzo, di cui non potrebbe che costituire il *polo teleologico*: G. Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Gcomm.* 1998, I, 677; E. Morselli, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *RIDPP* 1998, 1115; L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano 1993, 502 ss.

¹³³ Ne è convinto lo stesso A. Aimi, *op. cit.*, 135.

¹³⁴ In tema di maltrattamenti in famiglia v. Cass. 9.1.1992 *Giay*, in *CP* 1993, 1433; Cass. 6.11.1991 n. 468, in *CED Cass.*, m. 188931; Cass. 28.1.1988, in *RP* 1988, 734.

¹³⁵ Così si esprime G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 133 s.

presenza di una rappresentazione e deliberazione *iniziali*, anticipate, del complesso di condotte che poi si andranno a realizzare, nell'ambito di una sorta di previsione programmatica che sia in grado di abbracciare e fondere i vari momenti che entrano a far parte della seriazione.

Come da più parti evidenziato, si tratta di una tesi che non si mostra persuasiva sotto diversi profili, rivelandosi inadeguata, anzitutto, da un punto di vista *pratico-applicativo*. Non v'è chi non veda, infatti, come la pretesa di una programmazione originaria di comportamenti che tendono a protrarsi nel tempo anche per una durata apprezzabile si scontri con la stessa realtà fenomenica delle condotte umane, «cui, ben difficilmente, potrebbe sottendersi un atteggiamento psicologico così articolato e puntuale»¹³⁶. Esemplificando, se tale prospettazione venisse accolta, ciò equivarrebbe ad accertare che l'autore del delitto di maltrattamenti in famiglia abbia agito poiché animato da un'intenzione criminosa *primigenia*, a cui avrebbe poi dato puntuale esecuzione attraverso il compimento di una serie di atti, delittuosi o meno, ciascuno dei quali idoneo a procurare sofferenze fisiche o morali alla vittima ma suscettibili di una considerazione unitaria proprio in ragione del nesso psicologico da cui dipende la loro coesione. E sembra sufficiente, in proposito, osservare come non soltanto il dato esperienziale restituisca indicazioni decisamente contrarie ad una reiterazione, per così dire, "programmata", presentandosi questa, nella maggior parte dei casi, piuttosto come *estemporanea e progressiva*, giacché frutto di determinazioni assunte di volta in volta senza alcun tipo di preordinazione ma che col tempo evolvono in consapevolezza e consistenza¹³⁷. Ma anche come non manchino ipotesi nelle quali una previsione iniziale non sia nei fatti possibile, senza che a tale impossibilità corrisponda l'insussistenza del reato (si pensi ad un soggetto istintivo o esplosivo, che maltratti la moglie un giorno per gelosia, quello seguente per un diverbio e quello dopo ancora a causa del suo malumore)¹³⁸.

D'altro canto, come peraltro riconosciuto anche dal più fervido sostenitore dell'orientamento che qui si critica, qualora il dolo dei reati abituali venisse concepito nei termini sopra descritti, esso presenterebbe innegabili tratti di somiglianza con il disegno criminoso tipico del *reato continuato*¹³⁹, dando luogo ad un'ulteriore, indebita, sovrapposizione tra istituti già di per sé affini ma che non trovano, per l'appunto, nell'elemento soggettivo un motivo di convergenza¹⁴⁰.

Infine, se di dolo unitario si trattasse, non sarebbero ipotizzabili forme abituali di *delitti colposi* o di *contravvenzioni*¹⁴¹ che, benché inusuali (ne è un esempio il delitto

¹³⁶ V.B. Muscatiello, *op. cit.*, 297.

¹³⁷ Così anche F. Coppi, *Maltrattamenti*, cit., 254.

¹³⁸ In questi termini F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 497.

¹³⁹ Lo afferma anche G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 134, che tuttavia si affretta a precisare che somiglianza non equivale ad identità, perché la differenza non lieve tra i due starebbe nel fatto che, mentre il disegno criminoso si riferirebbe al momento *ideativo*, il dolo nel reato abituale corrisponderebbe al momento *deliberativo*. Così introducendo un criterio discrezionale che, almeno a parere di chi scrive, non eccelle per linearità e per facilità di comprensione.

¹⁴⁰ V. quanto già rilevato *supra* § 2.3, sia pure con più specifico riferimento ai rapporti tra reato abituale *improprio* e reato *continuato*.

¹⁴¹ Come quella di «abusiva attività di raccolta del risparmio» di cui all'art. 130 T.U. n. 385/1993.

proprio, doloso o colposo, del comandante della nave che faccia mancare alle persone imbarcate i viveri necessari, che è reato *eventualmente abituale*: art. 1159 Cn¹⁴²) o non più attuali (come per le contravvenzioni abrogate di «esercizio abusivo dell'arte tipografica» o di «commercio clandestino di cose antiche»¹⁴³ o depenalizzate di «esercizio abusivo di mestieri girovaghi»¹⁴⁴) pur tuttavia esistono, contribuendo a dar prova della controvertibilità dell'opinione che si intende respingere.

Ed allora sembra più plausibile ritenere che, sul versante psicologico, il dolo abituale si segnali per una «sorta di colpevolezza *in itinere*, in cui l'autore dialoga con il passato»¹⁴⁵, caratterizzata dalla coscienza e volontà delle singole condotte a cui si accompagna la consapevolezza che la successiva si aggiunga alle precedenti, nella graduale costruzione di una serialità che si arricchisce sempre più di contenuti, senza che in origine fosse concretamente prefigurabile lo scenario complessivo¹⁴⁶. Né potrebbe fondatamente sostenersi che, andando di questo avviso, si finirebbe per deflettere nell'inaccettabile figura del *dolus subsequens*, perché la peculiare declinazione dell'atteggiamento psicologico è la naturale conseguenza della conformazione del reato abituale, il cui disvalore ruota attorno alla reiterazione e non già al singolo componente, essendo nella prima che si annida l'offesa penalmente rilevante¹⁴⁷.

Ebbene, anche senza fare propri o condividere giudizi di valore, suggestivi ma sovvertibili¹⁴⁸, che ravvisano la mitigazione della risposta sanzionatoria nell'*automatismo comportamentale* innescato dall'abitudine, a cui, dunque, si riconetterebbe un affievolimento della propulsione inibitoria di azioni identiche o analoghe che si succedano, l'una dopo l'altra, in una catena che si reggerebbe sulla *memoria* piuttosto che sulla *volontà*¹⁴⁹, resta il fatto che non vi è alcuna possibile sovrapposizione o interferenza tra l'elemento soggettivo dei reati nei quali la legge richiede l'esecuzione di più condotte e quello proprio dei reati abituali. Se, infatti,

¹⁴² Di questo avviso anche M. Petrone, *Reato abituale*, in *NssDI*, cit., 954.

¹⁴³ Un tempo previste, rispettivamente, dagli artt. 662 e 706 Cp.

¹⁴⁴ Art. 669 Cp.

¹⁴⁵ L'espressione, efficace, è di V.B. Muscatiello, *op. cit.*, 299. Parla di «coscienza latente» e non già attuale ed effettiva, escludendo che la rappresentazione del passato sia requisito essenziale M. Angelini, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, in CP 1993, 467.

¹⁴⁶ Cfr. M. Petrone, *Reato abituale*, in *NssDI*, cit., 954; V.B. Muscatiello, *op. cit.*, 299.

¹⁴⁷ Per analoghe considerazioni v. F. Coppi, *Maltrattamenti*, cit., 254.

¹⁴⁸ Dal dialogo con il passato e, dunque, dalla consapevolezza di avere creato una sequenza di contegni pregiudizievole potrebbe anche dedursi, al contrario, una *pervicacia*, una persistenza nel delinquere, alla quale seguirebbe la naturale reazione dell'ordinamento, più tenue ove si consideri la reiterazione di atti di per sé penalmente significativi, ma non così benevola se raffrontata alla sommatoria di episodi *privi* di rilevanza penale. In questo senso anche A. Aimi, *op. cit.*, 163.

¹⁴⁹ Di questo avviso V.B. Muscatiello, *op. cit.*, 303 ss., che parla, in proposito, di «*abitudine ottundente*» in grado di «depauperare» l'elemento psicologico, giacché la volontà illecita si manifesterebbe nella sua pienezza soltanto nel primo episodio, rappresentando i successivi nient'altro se non una sorta di prosecuzione fisiologica, naturale, abitudinaria, appunto, del fatto originario, unico responsabile dell'avvenuta rottura con il presente e della prescelta opzione per l'illegalità. Anche in G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 84 s., si ritrova un passaggio, nel quale si evidenzia come la volontà, per legge psicologica e fisiologica, opponga più blanda resistenza nei confronti dell'abitudine che, pertanto, non si ha remore a qualificare come *antitesi* della prima.

nell'un caso non si può fare a meno di una *progettazione originaria*, per quanto rudimentale, che abbraccia, una volta per tutte, ogni frammento di tipicità, nell'altro si assiste, al contrario, ad una *gradualità e frazionabilità* sia del profilo rappresentativo che di quello volitivo¹⁵⁰, così riflettendo, sul versante psicologico, la differente ontologia che separa pluralità da reiterazione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non pare, almeno a chi scrive, realmente praticabile la pur audace proposta di rinunciare, quanto meno con riferimento alla fase *pre-consumativa*, ad una categoria di parte generale quale quella dei reati *necessariamente abituali* (*propri ed impropri*), per farla confluire nell'indistinta congerie dei reati *necessariamente plurisussistenti*, in forza di una pretesa, ma indimostrata, convergenza identitaria, che finirebbe per "derubricarne" la sostanza regolativa ad un problema di interpretazione degli elementi costitutivi della singola fattispecie di parte speciale.

4.1. È opinione diffusa¹⁵¹ che, nei reati *necessariamente abituali*, la protrazione della violazione del precetto possa valicare i confini della consumazione, dando luogo alla c.d. *seconda fase o fase eventuale* dei reati di durata; evenienza che può dirsi, tra l'altro, *fisiologica*¹⁵² e, a nostro avviso, addirittura giustificativa della loro stessa esistenza, nei reati *eventualmente abituali*.

Traendo spunto da tale innegabile postulato, non è mancato chi, in dottrina, ha concluso per la *superfluità*, sia da un punto di vista dogmatico che sotto il profilo pratico, della figura criminosa in parola, poiché priva di quelle note identificative capaci di preservarne l'autonomia al confronto con il reato permanente, al quale, pertanto, dovrebbe essere integralmente assimilato¹⁵³.

Come si accennava, trovando – a detta di questi autori – la più volte evocata differenziazione nelle *modalità* con cui il fatto tipico perdura nel tempo una smentita sul piano *empirico-fattuale*, non vi sarebbe altra valida ragione per mantenere in vita una categoria ultronea ed inutilmente complicatoria, stanti anche le difficoltà che, nel silenzio del legislatore, si generano nell'individuazione di regole di disciplina puntuali ed in grado di sottrarsi alle fluttuanti valutazioni dell'interprete.

Prima di prendere posizione su una questione estremamente problematica, appare opportuno fare luce su uno dei due termini di comparazione, non essendovi condivisione, in letteratura, su quale sia la più corretta collocazione da assegnare alla

¹⁵⁰ Non si "accontenta" della definizione tradizionale di dolo come rappresentazione e volontà, ritenendo che il particolare sistema criminoso proprio dei reati abituali costituisca piuttosto «l'estrinsecazione materiale di un particolare stato d'animo del soggetto agente», di una *Gesinnung*, che assurge a *dolus generalis*, a *nesso di abitualità* (che chiama *animus nocendi*) in grado di unificare ciò che sarebbe plurimo M. Angelini, *op. cit.*, 468.

¹⁵¹ R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 173; G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 380; Id., *Unità e pluralità di reati*, cit., 77; R.A. Frosali, *op. cit.*, 620; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 26 s.; S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Milano 1982, 155 e 184; V. Zagrebelsky, *Reato continuato (artt. 81 c.p.)*, cit., 210.

¹⁵² Parla, incisivamente, del reato *eventualmente abituale* come della figura *archetipica* nella fase successiva alla consumazione A. Aimi, *op. cit.*, 153.

¹⁵³ Oltre ad Aimi si era già espresso in questi termini M. Ronco, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico del Codice penale. Il reato. Tomo primo. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, diretto da M. Ronco, Bologna 2011, 144.

permanenza, riguardata nei suoi rapporti con la perfezione/consumazione.

Secondo un primo indirizzo, patrocinato da una parte autorevole ma ancora minoritaria della dottrina, la permanenza non potrebbe essere concepita come una particolare modalità di realizzazione del fatto, necessaria ai fini dell'integrazione del tipo, perché, così opinando, si finirebbe per confonderla con il carattere *non istantaneo* che connota il momento perfezionativo (o consumativo che dir si voglia) di talune fattispecie incriminatrici (si parla, al riguardo, di reati a perfezione *non istantanea*)¹⁵⁴. La circostanza che la fase esecutiva del reato debba, in certi casi, protrarsi per un determinato periodo di tempo non avrebbe niente a che vedere con la permanenza, che darebbe avvio e contenuto ad una *nuova fase*, a questa successiva ed ontologicamente, ancor prima che cronologicamente, distinta da quella relativa all'integrazione degli elementi costitutivi perché non oggetto di incriminazione, sia pure con questa in rapporto di "dipendenza contenutistica", limitandosi il legislatore a descrivere il fatto tipico e non anche la sua *eventuale* durata nel tempo. Con la duplice conseguenza che: a) da un lato, dovrebbe negarsi rilevanza ai c.d. reati *necessariamente permanenti* e nel contempo riconoscere che, al di là dei reati *necessariamente istantanei* – che postulano l'impossibilità di prosecuzione nel tempo della violazione a causa della natura "istantanea" di uno dei suoi elementi costitutivi (es: le modalità della condotta nel furto; l'evento nell'omicidio) – tutti gli altri (ivi compresi quelli istantanei) siano suscettibili di permanenza nel caso in cui vi sia una *concreta protrazione*, ad opera del soggetto agente, del fatto tipico in tutti i suoi elementi essenziali che si situino *al di là* della consumazione, assumendo la denominazione di reati *eventualmente permanenti*; b) che alla distanza tra quest'ultima e la permanenza da un punto di vista squisitamente *cronologico* farebbe da contraltare una perfetta *coincidenza* sul piano del *contenuto di disvalore*, che si manterrebbe *identico a se stesso* in tutta la fase di durata successiva alla compiuta tipicità.

Per un secondo indirizzo, a tutt'oggi prevalente¹⁵⁵, la permanenza rileverebbe *anche* ai fini della consumazione, la quale, nei reati ad essa ascrivibili, troverebbe la sua concretizzazione non soltanto nella condotta mediante la quale si instaura uno stato antigiusuridico, ma anche in quella funzionale al suo *mantenimento* per un lasso di tempo giuridicamente apprezzabile. Incriminando il legislatore anche la successiva condotta di protrazione dell'offesa, la permanenza entrerebbe a far parte della tipicità, di cui condividerebbe un nucleo comune, per poi innescare una fase *ulteriore ed autonoma*¹⁵⁶, solo in parte estranea alla descrizione della fattispecie astratta e che

¹⁵⁴ Patrociano questo orientamento R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 139 ss.; G.A. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *DigDPen*, I, 1987, 290 s.; Id., *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *RIDPP* 1977, 567, secondo cui, dunque, non avrebbero ragione di esistere i reati *necessariamente permanenti*, proprio perché frutto di un errore di prospettiva, consistente nell'indebita sovrapposizione tra *condotta esecutiva di durata* e permanenza; A. Pecoraro Albani, *op. cit.*, 416 ss.; R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., 20 ss.; Id., *Reato permanente*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 859.

¹⁵⁵ L. Alibrandi, *Reato permanente*, in *EG*, XXVI, 1991, 5; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 213 ss; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 427; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 26; M. Romano, *op. cit.*, I, 344; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 324.

¹⁵⁶ Anche se vi sono anche coloro che circoscrivono la permanenza al *minimum* necessario ai fini della

rileverebbe soltanto ad altri fini, quali quelli espressamente richiamati in tema di decorrenza del termine di prescrizione (art. 158 Cp), di competenza per territorio (art. 8 co. 3 Cpp) e di durata dello stato di flagranza (art. 382 co. 2 Cpp).

Con la duplice, opposta, conseguenza: a) che, da un lato, la permanenza, in quanto essenziale ai fini della tipicità, sarebbe imprescindibile nei c.d. reati *necessariamente permanenti* e, al contrario, *inconfigurabile* nei c.d. reati *necessariamente istantanei*, rispetto ai quali ciò che perdura nel tempo potrebbero essere soltanto le conseguenze dannose e, dunque, gli effetti (potenzialmente) permanenti (es: per tutti, il furto); b) e che, dall'altro, i reati *eventualmente permanenti* si identificherebbero con i reati *istantanei* ma suscettibili di *consumazione prolungata o differita*, derivante dalla persistente condotta volontaria del soggetto agente, tuttavia di per sé estranea alla tipicità (es: le lesioni inferte con più colpi sferrati nel medesimo contesto spazio-temporale).

In uno scenario composito, di difficile armonizzazione, si è chiamati a verificare se, nella fase *post-consumativa*, abitualità e permanenza, intesa quest'ultima, a seconda dell'alternativa ermeneutica che si intenda prediligere, o come l'*unica* forma di manifestazione del reato permanente o come, al contrario, un'*eventualità* realizzativa che vada ad aggiungersi al *minimum* necessario ai fini del perfezionamento del tipo, interferiscano a tal punto, sino a coincidere.

Ebbene, come già segnalato, è stata, di recente, sottoposta a penetrante revisione critica l'invalsa distinzione tra abitualità e permanenza, comunemente radicata sulle ineludibili ed incompatibili caratteristiche che consentirebbero alle omologhe fattispecie di durata di conservare la propria autonomia e che si sostanzierebbero, rispettivamente, nella *discontinuità*, per i reati abituali, e nella *continuità*, per i reati permanenti. Facendo ricorso a talune esemplificazioni tratte dalla "versatilità" del reale ed in grado, secondo questa teorica, di far vacillare dogmi apparentemente incrollabili, si attribuisce valenza meramente *tendenziale* al discrimine da sempre invocato, che, dunque, finirebbe per tramutarsi in un'indicazione meramente *coniunturale*, di per sé incapace di rappresentare il substrato fondativo di due diverse figure di parte generale.

Una volta acclarato che la successione dei fatti storici, ciascuno dei quali corrispondente ad una nuova violazione della norma incriminatrice, può, dal punto di vista *naturalistico*, presentarsi, in entrambi i casi, talvolta come *continua*¹⁵⁷ e talaltra come *discontinua*¹⁵⁸, non rimarrebbe altro che prendere atto della necessità di una

consumazione, escludendo che essa possa in alcun modo rilevare nella fase *post-consumativa*. Di questa opinione L. Alibrandi, *op. cit.*, 5; M. Spasari, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano 1957, 156 s.

¹⁵⁷ Oltre ai maltrattamenti in famiglia, commessi dal padre nei confronti del figlio minore senza soluzione di continuità, si fa l'esempio del proprietario di un albergo di lusso, che si renderebbe autore del delitto di *tolleranza abituale* della prostituzione qualora fosse consapevole del *costante* esercizio, a tutte le ore del giorno e della notte, della professione da parte di *escort* di alto bordo, che prestino i loro servizi a beneficio dei facoltosi clienti adusi a soggiornare nella struttura: A. Aimi, *op. cit.*, 168.

¹⁵⁸ Per i reati permanenti, oltre alla già richiamata ipotesi della contravvenzione di cui all'art. 44 co.1 lett. b T.U. n. 380/2001, si fa riferimento al delitto di *detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope*, di cui all'art. 73 co. 5 T.U. n. 309/1990, sulla cui sussistenza non potrebbero nutrirsi dubbi anche qualora la relazione con la cosa si fosse *interrotta* per un certo periodo di tempo in ragione del momentaneo smarrimento di un "panetto" di *hashish*,

reductio ad unum che, tenendo conto degli scarni ma non inesistenti riferimenti normativi, dovrebbe risolversi nella *dissoluzione* del reato abituale nel reato permanente e non viceversa.

Ancora una volta la suggestione, di primo acchito evocata dalla linearità del ragionamento, cede dinanzi all'emersione di talune incongruenze, che ne precludono l'accoglimento.

La distanza tra permanenza ed abitualità non si misura certo sulla possibilità o meno di *interrompersi* della condotta, naturalisticamente intesa, quanto e piuttosto dell'*offesa* che da quel comportamento origina e che, mentre nel reato permanente continua nel tempo sino a quando non cessi per le ragioni più svariate, nel reato abituale si *rinnova* e si *attualizza* ogni qual volta l'ulteriore comportamento si aggiunga a quelli sin lì già posti in essere ed in misura sufficiente a decretarne la consumazione.

La circostanza che, ad esempio, nella detenzione illecita (peraltro di una parte soltanto) della sostanza stupefacente si registri una temporanea inaccessibilità fisica immediata non equivale a dire che sia *la situazione offensiva* ad aver subito interruzioni di sorta, anche a tacer del fatto che, non trattandosi, nello specifico, né di *res nullius*, *derelicta* o *deperdita*, non potrebbe neppure ritenersi escluso che, dal punto di vista giuridico, essa persista *senza soluzione di continuità*, stante la possibilità per il detentore di ripristinare il contatto materiale conoscendo il luogo in cui è possibile rinvenirla.

Ed allo stesso modo ove si edifichi un immobile in assenza del permesso di costruire: la condotta può essere intervallata da pause che la rendano discontinua, ma la *carica offensiva* ad essa sottesa non si arresta sino a quando non intervenga una sanatoria o, più radicalmente, finché quel fabbricato non venga demolito.

Non altrettanto può dirsi per il reato abituale: anche se i maltrattamenti o il meretricio, nei casi prospettati, avessero una scansione giornaliera, con una consecutività nella ripetizione che non ammetta scarti temporali, rimarrebbe comunque impregiudicata la necessaria corrispondenza tra condotta *ulteriore* ed *attualizzazione* dell'*offesa*, che può quindi perdurare nel tempo solo se accompagnata, di volta in volta, da quel segmento in più, inutile ai fini della consumazione ma essenziale per una *palingenesi* della carica di offensività già impressa dalla preesistente seriazione.

La perspicuità di tali rilievi sembra in grado di preservare la categoria da più o meno vivide "pulsioni nichilistiche", alle quali si deve resistere opponendo una puntuale ridefinizione dello spazio a questa riservato tanto nella fase *pre-consumativa* quanto in quella *post-consumativa*; il che non significa certo che, una volta abbandonato il mondo dei concetti ed abbracciato quello della loro attuazione pratica, non si sia costretti a fronteggiare numerose criticità, accentuate, com'è fin troppo evidente, dalla carenza di un qualsiasi ausilio offerto da un legislatore che, al netto di quell'ambiguo riferimento contenuto all'art. 131 *bis* co. 3 ultima parte Cp., sui reati abituali continua a serbare un recalcitrante, ma non altrettanto eloquente, silenzio.

alfine ritrovato dai responsabili dopo accurate ricerche: A. Aimi, *op. cit.*, 112.

5. Prendendo avvio dalla condivisa affermazione che la disciplina di alcuni istituti di diritto sostanziale e processuale segue regole in parte differenti rispetto a quelle che governano le fattispecie non riconducibili ai c.d. reati di durata, l'obiettivo che ci si pone è quello di verificarne l'effettività, sia pure limitando l'indagine, in una prospettiva metodologica che operi una selezione calibrata sulla rilevanza dell'impatto da un punto di vista pratico-applicativo, alla: 1) individuazione del *tempus commissi delicti* ai fini della determinazione della legge applicabile in caso di successione di leggi *modificative*; 2) decorrenza del *dies a quo* ai fini della *prescrizione* e, più in generale, al diverso atteggiarsi delle cause di *estinzione del reato e della pena*, con particolare riferimento all'*amnistia* e all'*indulto*, rispetto a quanto accade per i reati istantanei; 3) ammissibilità del *concorso di persone*, ove circoscritto soltanto ad uno o ad alcuni degli episodi della serie o nell'ipotesi in cui il contributo venga prestato a consumazione già avvenuta.

1) Già abbiamo detto, con specifico riguardo al reato *necessariamente abituale (proprio)*, che questo può dirsi consumato quando si assista al compimento di quell'atto che, unendosi ai precedenti, sia in grado di superare una determinata «soglia di intensità di disvalore di azione e di evento»¹⁵⁹, integrando quel *minimum* essenziale ai fini della realizzazione dell'offesa all'interesse giuridicamente protetto.

V'è, tuttavia, da chiedersi che cosa accada in caso di legge *creatrice, abrogatrice e meramente modificativa*, rispettivamente di un *nuovo reato abituale*, di un reato abituale *preesistente* e di un reato abituale *persistente*.

Non mi pare che si ravvisino significative disparità di vedute circa l'impossibilità, ove si tratti di *legge creatrice* di un *nuovo reato abituale*, di considerare le condotte anteriori cumulativamente con le successive che siano state poste in essere nella vigenza della fattispecie incriminatrice di ultima introduzione, le quali, pertanto, nel rispetto del principio di *irretroattività*, saranno punibili soltanto qualora risultino sufficienti a costituire la *serie minima* richiesta dal nuovo reato¹⁶⁰. Così come nessuno dubita che, in presenza di un'*abolitio criminis*, la legge abrogatrice del reato abituale abbia efficacia *retroattiva* in relazione ai comportamenti reiterati *antecedenti* alla sua pubblicazione e trovi, a maggior ragione, applicazione nei confronti di quelli che siano stati posti in essere in un tempo ad essa successivo¹⁶¹.

Il quadro muta sensibilmente quando ci si confronti con una successione di leggi soltanto *modificative*, perché, pur essendovi accordo su quale sia il criterio generale a cui riferirsi per stabilire se il fatto sia stato commesso sotto l'una o l'altra legge, ciò nondimeno si registra una profonda divisione quando dalla enunciazione di principio si passa alla concretezza applicativa; il che, tradotto nella materia che qui ci occupa, equivale a dire che non vi è affatto chiarezza su quale sia la *frazione* di condotta rilevante allo scopo.

Cominciamo da una premessa, nella sostanza assiomatica, stante la generalizzata convergenza di opinioni sulla validità dell'assunto.

¹⁵⁹ M. Romano, *op. cit.*, I, 347.

¹⁶⁰ G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 117; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 60; G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 154; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 94 e 498; M. Romano, *op. cit.*, I, 348.

¹⁶¹ Precisazione, quest'ultima, che si trova anche in F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 94.

È sufficiente scorrere le pagine di un qualsiasi manuale per rendersi conto di quanto la dottrina, sul tema relativo all'individuazione del *tempus commissi delicti*, sia compatta nel prediligere la teoria della *condotta* rispetto a quella dell'*evento* o a quella *mista*, secondo la quale dovrebbe guardarsi indifferentemente all'una o all'altro a seconda del risultato più favorevole al reo. Essendo quello e non altri il momento nel quale il soggetto sceglie di porsi contro il diritto e nel quale la norma imperativa può esercitare la sua efficacia intimidatrice¹⁶², è allora che si debbono valutare le conseguenze del reato commesso, che non possono, pertanto, risultare *deteriori* rispetto a ciò che costui avrebbe potuto attendersi dalla legge vigente al tempo in cui ha agito o ha omesso di agire, pur avendone l'obbligo.

Dal canto suo, anche la giurisprudenza, nella sua più autorevole composizione¹⁶³, si è di recente uniformata all'orientamento dottrinale, essendo stata chiamata a dirimere il contrasto interpretativo sorto in ordine a quale legge debba trovare applicazione nei reati a c.d. *evento differito* nell'ipotesi in cui, nel lasso di tempo che separa la realizzazione della condotta tipica dalla verifica dell'evento lesivo, intervenga una disciplina *sfavorevole*, sia che essa consista in una nuova incriminazione, sia che ci si limiti, per così dire, ad inasprire il trattamento sanzionatorio di un fatto già penalmente significativo. Nel caso specifico la questione rimessa alle Sezioni Unite atteneva ad un'imputazione per omicidio colposo derivante dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale, la cui condotta era stata integralmente posta in essere nella vigenza della legge più favorevole, mentre l'evento era intervenuto molti mesi dopo, quando già era entrata in vigore la l. 23.3.2016 n. 41, a cui si deve, come noto, una sensibile radicalizzazione della risposta punitiva rispetto a trasgressioni del codice della strada da cui siano scaturite morte o lesioni personali della persona offesa, ai sensi degli artt. 589 *bis* e 590 *bis* Cp.

Se, per un primo orientamento, quella condotta avrebbe dovuto essere sanzionata con la pena prevista al momento in cui il reato si è consumato, perché soltanto facendo riferimento alla consumazione potrebbe porsi, ove ne ricorrano le condizioni, una questione di applicazione di una normativa sopravvenuta, per un secondo, avallato dalle Sezioni Unite, l'interpretazione dell'art. 2 Cp, in conformità con il principio di irretroattività della legge sfavorevole, imporrebbe di fissare il *tempus commissi delicti* al momento della *condotta*, ancorché precedente alla consumazione. Soltanto la condotta, infatti, potrebbe «garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona»¹⁶⁴: assumere quale parametro l'evento determinerebbe, in presenza di un *ius superveniens* sfavorevole, una sostanziale *retroattività* di quest'ultimo, con il conseguente, inevitabile, svuotamento della *ratio* di tutela sottesa al principio di rango costituzionale enunciato dall'art. 25 co. 2 Cost.

Si può, peraltro, aggiungere, a sostegno delle considerazioni qui sviluppate, quanto di recente affermato a chiare lettere dalla C. Cost. nella sentenza di

¹⁶² Sul punto v., per tutti, F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, cit., 141.

¹⁶³ Cass. S.U. 19.7.2018 n. 40986, in www.penalecontemporaneo.it, 4.10.2018, con nota di S. Zirulia, *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*.

¹⁶⁴ Cass. S.U. 19.7.2018 n. 40986, cit.

accoglimento (e non già interpretativa di rigetto)¹⁶⁵ che ha ritenuto fondate le censure mosse all'art. 1 co. 6 lett. b l. 9.1.2019 n. 3, ai più nota come "spazzacorrotti", sul precipuo versante relativo all'implementazione del «tragico elenco»¹⁶⁶ dei delitti c.d. di *prima fascia* – ovvero di quelli che precludono l'accesso alle misure alternative alla detenzione con la sola eccezione rappresentata dalla liberazione anticipata ed al netto di un'attività di collaborazione con la giustizia da parte del condannato, ai sensi dell'art. 58 *ter* Op o dell'art. 323 *bis* co. 2 Cp – avvenuta con l'inclusione della gran parte di quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione¹⁶⁷.

Al di là della questione specifica, che attiene alla modifica *in itinere* del regime di esecuzione della pena, da plausibilmente *extramuraria* a presumibilmente *intramuraria*, di non poco conto appare, anche ai fini che qui interessano, la trasparente e perspicua rappresentazione che ivi si prospetta della doppia anima incarnata dal principio di irretroattività, per un verso garanzia per l'individuo della *prevedibilità* delle conseguenze a cui egli sarà esposto trasgredendo il precetto e, per l'altro, *limite* al legittimo esercizio del potere legislativo, nell'idea della *preminenza del diritto* funzionale ad assicurare «la certezza giuridica intesa in senso oggettivo»¹⁶⁸.

Tanto precisato sul piano generale, non può neppure essere taciuto come la nozione di tempo del commesso reato non si presenti affatto come *unitaria*, ma necessiti di essere diversamente modulata a seconda della funzione che l'istituto al quale si riferisce è chiamato a svolgere. Quando, infatti, ci si accosta a figure di reato contraddistinte da una peculiare proiezione dell'*iter criminis* nel tempo, è opportuno interrogarsi su quale sia la *parte* della condotta da tenere in evidenza per dare coerente attuazione al criterio unanimemente evocato e, per il suo tramite, al principio di irretroattività nella sua già illustrata garantistica *polifunzionalità*.

Ed è su questo specifico profilo che si registra una vera e propria spaccatura tra coloro che, identificando il momento di realizzazione del reato con quello in cui la condotta assume il carattere della tipicità, fanno coincidere il *tempus commissi delicti* nei reati abituali con il *primo* atto ripetitivo che segna l'inizio della consumazione¹⁶⁹, decretando così l'irrilevanza della legge posteriore sfavorevole, nel senso di riservare a quello stesso fatto una sanzione più rigorosa, che sia entrata in vigore durante il periodo nel quale si è sviluppata la serie. E coloro che, invece, ritengono si debba

¹⁶⁵ C. Cost. 12.2.2020 n. 32, in *SP*, 26.2.2020, che ha motivato la scelta adottata per l'impossibilità di fare diversamente dinanzi ad un 'diritto vivente', mostratosi sin lì compatto, salvo rare eccezioni, nel ritenere che le modifiche deteriori di disposizioni *non* aventi natura *sostanziale*, quali quelle concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, si sottraggano in radice al principio di *legalità della pena* di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

¹⁶⁶ Così T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in www.archiviopenale.it, 30.11.2018, 9.

¹⁶⁷ Ci sia consentito rinviare sul punto a F. Bellagamba, *Riflessioni a margine del nuovo assetto riservato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione dalla Legge 'negaprincipi' e 'spazzagaranzie'*, in www.archiviopenale.it, 9.4.2020, anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

¹⁶⁸ In questi termini V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *SP*, 23.3.2020, 9.

¹⁶⁹ Di questo avviso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 156; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 123; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 64.

prendere in considerazione l'*ultimo* atto che protrae la situazione antigiuridica, perché rispetto ad esso la legge sopravvenuta più severa sarebbe *legge del tempo*¹⁷⁰ senza, perciò, che si inveri alcuna violazione del principio di irretroattività.

A me pare che sia quest'ultimo l'indirizzo che debba essere seguito e ciò per due essenziali ordini di motivi: a) anzitutto perché, come già acutamente rilevato¹⁷¹, il problema non è scongiurare la retroattività in quanto tale, intesa nel senso di *lex posterior* rispetto alla condotta *in itinere*, perché almeno l'ultima frazione che compone la serie è *antecedente* rispetto alla normativa sfavorevole e, quindi, in grado di orientare la scelta del soggetto agente; ma quello di assicurarsi che per l'autore del reato abituale vi sia la conoscenza effettiva o quanto meno la conoscibilità della nuova normativa, per potersi adeguare. Il tema non è nuovo se già all'art. 5, punto 9, dello *Schema di disegno di legge-delega al Governo per l'emanazione di nuovo codice penale*, redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Pagliaro (1992)¹⁷², si leggeva che: «nei reati a condotta frazionata, permanenti o abituali, ove parte della condotta sia stata realizzata prima dell'entrata in vigore della legge più sfavorevole, questa si applica solo dopo decorsi quindici giorni dalla sua entrata in vigore»; e se nella Relazione alla bozza di articolato si precisava che tale previsione aveva lo scopo di *sospenderne* temporaneamente l'applicazione «per dare al soggetto la possibilità di cessare la condotta prima di sottoporlo ad un regime complessivo che investirà necessariamente anche la parte della condotta posta in essere in precedenza». Il termine indicato, corrispondente al periodo della c.d. *vacatio legis*, avrebbe dovuto soddisfare proprio l'esigenza, sopra rappresentata, di consentire quella ri-conoscibilità della disposizione modificativa *in peius* all'agente, mettendolo così nella condizione di valutare se persistere nella reiterazione o se arrestarsi, onde evitare di essere sottoposto ad una sanzione ancora più afflittiva di quella che avrebbe subito sotto il regime precedente.

Sebbene la soluzione ivi prospettata non si sia poi tradotta in norma, non mi sembra di scorgere ostacoli che ne precludano comunque l'accoglimento, poiché costruita attingendo a principi di carattere generale, che operano a prescindere da un loro espresso riconoscimento in una disposizione specifica. Si potrebbe caso mai, in linea con quanto autorevolmente suggerito¹⁷³, integrare il criterio demandando al giudice il compito di valutare, al momento della commisurazione in concreto della pena, la circostanza che una parte del fatto, in ipotesi anche significativa, si sia realizzata nel vigore della *lex mitior*;

b) in secondo luogo, perché, se ci si riferisse al primo atto con cui si porta ad esaurimento la serie minima anziché all'ultimo, si finirebbe per trascurare la c.d. fase

¹⁷⁰ Così D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2017, 570. Concordano A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 149; G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 154; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 408, con equiparazione della disciplina a quella prevista per il reato permanente; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 94 e 498; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *op. cit.*, 150 e 275; M. Romano, *op. cit.*, I, 348. Con più specifico riguardo ai reati abituali cfr. G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 7.

¹⁷¹ D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 570; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 149.

¹⁷² Il testo è consultabile in *DG* 1992 n. 3, 303 ss. o in *IP* 1992, 579 ss.

¹⁷³ M. Romano, *op. cit.*, I, 348.

post-consumativa, eventuale sì ma *fisiologica*, con la conseguente *frantumazione* dell'unitarietà del reato abituale, che renderebbe quella porzione della reiterazione componente di un'*autonoma* figura criminosa, nonostante sia intervenuta una mera *modificatio legis* e non già una nuova incriminazione.

Non ci sembra, peraltro, che le conclusioni a cui siamo pervenuti mutino nel caso in cui si tratti di reato abituale *improprio* anziché di reato abituale *proprio*; il fatto che l'inasprimento sanzionatorio, anziché *diretto* ed *originario*, possa essere anche *indiretto* e *derivato*, qualora sia la conseguenza della rivisitazione *in peius* della pena prevista per i singoli episodi già di per sé costituenti reato (si pensi alla riformulazione della cornice edittale del delitto di incesto), non incide in alcun modo sulla bontà delle argomentazioni sin qui sviluppate, alle quali pertanto non si può che rinviare.

Parimenti dicasi per il reato *eventualmente abituale*, rispetto al quale a variare è soltanto la terminologia: non più di primo atto si può parlare ma di *unico* atto, essendo già questo di per sé sufficiente, almeno stando a tale categorizzazione, alla consumazione.

5.1. 2) L'affinità nelle rispettive *rationes*, unita alle comuni modalità fissate dal legislatore costituzionale per disciplinarne la concessione e l'operatività in concreto, suggerisce di occuparsi, dapprima, dell'*amnistia* e dell'*indulto*, per poi affrontare il tema della *prescrizione* del reato e, più specificamente, dell'individuazione del *dies a quo*.

Come noto, l'art. 79 Cost., nello stabilire che i due provvedimenti di clemenza *generale* derivino da una legge deliberata a maggioranza dei *due terzi* dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale dell'intero testo¹⁷⁴, prevede anche che questa fissi il *termine* entro il quale i reati soggetti ad amnistia o ad indulto debbano essere realizzati per poter rientrare nel novero di quelli a cui quei benefici si riferiscono; termine che – si precisa – non può essere successivo alla presentazione del disegno di legge, onde evitare che si creino zone di immunità in prossimità dell'approvazione del provvedimento concessorio...

Così tratteggiato il contesto, è invalsa l'opinione, tanto in dottrina che in giurisprudenza, che l'amnistia o l'indulto non possano riguardare quei reati abituali, le

¹⁷⁴ Per ovviare ai paralizzanti "veti incrociati" tipici di un procedimento così smodatamente rafforzato di approvazione, che ha finito, dopo una precedente stagione traboccante di indulgenzialismo, per condurre ad un'abrogazione *di fatto* dei due istituti, il 2 aprile 2020 è stata presentata alla Camera la proposta di legge costituzionale n. 2456, contenente «Modifiche agli articoli 72 e 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e di indulto», con la quale si intenderebbe: a) sostituire il *quorum* dei due terzi dei membri di Camera e Senato, in ogni articolo e nella votazione finale, con la *maggioranza assoluta* degli stessi e soltanto nella votazione finale; b) riservare la decisione alla sola Assemblea, escludendo pertanto le Commissioni, alla stessa stregua di quanto già previsto, all'art. 72 co. 4 Cost., per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale, di delegazione legislativa, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e di approvazione di bilanci e consuntivi; c) individuare i presupposti per la loro concessione in «situazioni straordinarie» o «ragioni eccezionali», al fine di contrastare derive clemenziali oltremodo sovversive della simmetria tra reato e pena. Favorevole ad una iniziativa legislativa che potrebbe restituire nuova linfa al liberalismo penale quale antidoto all'attuale, imperante, punitivismo populista V. Maiello, *La proposta di riforma costituzionale della clemenza generale*, in www.disCrimen.it, 29.5.2020.

cui condotte costitutive siano proseguite anche *dopo* la scadenza del termine finale di efficacia apposto dagli atti legislativi¹⁷⁵.

Alla tesi che individua nell'*unità* del reato abituale un ostacolo all'applicabilità "frazionata" dell'istituto di clemenza si contrappone quella di chi ammette la possibilità di operare una *scissione* tra i fatti commessi prima ed i fatti commessi dopo il *dies ante quem*, riconoscendo che per i primi e non anche per i secondi valga la causa estintiva di volta in volta decisa dal Parlamento, sempre che con essi possa dirsi integrata la serie minima¹⁷⁶.

A parere di chi scrive è quest'ultimo l'approccio ermeneutico che merita condivisione.

Dal momento che, nel reato abituale *improprio*, l'amnistia (propria) o l'indulto attingono necessariamente l'autonoma fattispecie che è poi destinata a riproporsi nel tempo attraverso la reiterazione, non si vede in che modo quell'episodio o quegli episodi, la cui punibilità, c.d. rispettivamente, *in astratto* o *in concreto*¹⁷⁷, è stata estinta dal relativo provvedimento di clemenza, possano concorrere con altri successivi, dando contenuto alla serialità. Come correttamente osservato, un delitto di incesto che dovesse concretizzarsi dopo che è stato presentato il disegno di legge avente ad oggetto l'amnistia o l'indulto non potrà che essere «l'elemento prognostico di una futura relazione incestuosa e non il punto d'arrivo di una precedente»¹⁷⁸. E ciò in virtù della *distinguibilità*, ai fini della causa di estinzione del reato o della pena, tra *reato* (e non azione) *componente* e reato abituale; con soluzione valida anche per l'*eventualmente abituale*, stante la sua perfetta sovrapponibilità con l'*abituale improprio* nella fase *pre-consumativa*.

Nel caso, invece, del reato abituale *proprio* le cose cambiano, di talché appare opportuno allinearsi a quanto già sostenuto in tema di fissazione del *tempus commissi delicti*, che coincide, come detto, con il compimento dell'*ultimo atto* della condotta.

Se, infatti, ciò che segue alla soglia minima e che dà vita alla c.d. fase *post-consumativa* è parimenti attratto nell'area della tipicità¹⁷⁹ l'*amnistia* o l'*indulto* non potrà trovare applicazione a quei reati la cui abitualità sia cessata *dopo* la data di efficacia del provvedimento clemenziale. L'*inscindibilità* del reato abituale *proprio* deve, cioè, il suo fondamento non tanto all'efficacia *costitutiva* della reiterazione, che

¹⁷⁵ In questo senso G. Contento, *La condotta susseguente al reato*, Bari 1965, 73; G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 120; L. Puccetti, *Amnistia, indulto, grazia e morte del reo*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte generale II. Punibilità e pene*, Padova 2018, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, 406. Nella manualistica F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 498; G. Marini, *Lineamenti*, cit., 600; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 223.

¹⁷⁶ Così M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 74, ad avviso del quale il *tempus commissi delicti* ai fini dell'amnistia coinciderebbe con la *realizzazione* e non con la *consumazione* del reato; G. Cocco, *Reato istantaneo*, cit., 382; Id., *Unità e pluralità di reati*, cit., 78. Nella manualistica G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 219 ss; M. Romano, *op. cit.*, I, 348.

¹⁷⁷ In dottrina, tra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 838 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 799 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 819 ss.; P. Pisa, *Cause di estinzione del reato e della pena*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., 675 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 540 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 63 ss.

¹⁷⁸ G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 7.

¹⁷⁹ Così, efficacemente, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 223

è tratto comune al reato abituale *improprio*, quanto alla successione, anche al di là del *minimum* richiesto ai fini della consumazione, di fatti storici indissolubilmente avvinti ai precedenti e non necessariamente integranti ipotesi autonome di reato; successione che non sembra ammettere *frazionamenti* fin tanto che la discontinuità non sia tale da originare una *nuova e diversa* fattispecie.

5.2. Di ancora più irrefutabile complessità la questione relativa all'individuazione del *dies a quo* ai fini del computo del termine prescrizione.

Non è certo questa la sede per inserirsi, con un grado di approfondimento proporzionale alla rilevanza del tema, in un dibattito che, stimolato dalla frenesia del legislatore¹⁸⁰ – evidentemente insensibile al monito di quella dottrina¹⁸¹ che, da tempo, ne reclama la *quiete* quale antidoto all'agitarsi scomposto ed inosservante del sapienziale principio secondo cui *leges non sunt multiplicandae sine necessitate* – ha coinvolto l'accademia, l'avvocatura e la magistratura tutte, prima che la riforma introdotta dalla l. n. 3/2019 in tema di prescrizione entrasse a regime, senza, peraltro, accennare a sopirsi anche adesso che ciò è avvenuto. Mi si consenta un rilievo meramente cursorio, che non potrà poi non ripercuotersi sulla più specifica problematica che di qui a poco ci accingiamo ad affrontare.

Come noto, l'art. 1 co 1 lett. e l. n. 3/2019, nel rimaneggiare l'art. 159 co 2 Cp, ha stabilito che, per i fatti di reato commessi a partire dal 1° gennaio 2020, il corso della prescrizione rimanga sospeso dalla data della pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto penale di condanna sino a quando la prima non divenga esecutiva o il secondo irrevocabile. La ferma, anche se non unanime, avversione mostrata dalla comunità di giuristi nei confronti di una disposizione che sembra, dunque, avere avuto l'unico merito di ricompattare le varie anime, talvolta anche molto distanti tra loro,

¹⁸⁰ Già l'art. 1 co. 11 l. 23.6.2017 n. 103, più nota come Legge Orlando, aveva integrato le ipotesi di sospensione della prescrizione contemplate dall'art. 159 Cp con due ulteriori periodi: il primo, con decorrenza dal termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che va a definire il grado successivo, per un tempo comunque non superiore a 18 mesi; il secondo, con decorrenza dal termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, sempre per un tempo comunque non superiore a 18 mesi. Sul punto cfr. tra gli altri, F. Palazzo, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *DpenCont* 2016, 9 ss.; M. Pelissero, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, *ivi*, 2016, 61 ss.; E.M. Ambrosetti, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *AP* 2016, 369 ss.; *Id.*, *A un anno dall'entrata in vigore della legge Orlando: una riforma ancora in corso*, *ivi*, 2018, 859 ss.; *Id.*, *La riforma Orlando: profili di diritto penale sostanziale*, in *PPG* 2017, 1057 ss.; *Id.*, *Prescrizione del reato*, in *DigDPen, Agg, X*, 2018, 519 ss.; D. Bianchi, *La prescrizione riformata. Cenni di processualizzazione e modifiche settoriali*, in *GI* 2017, 2239 ss.; R. Bartoli, *Luci, ombre e penombre della riforma Orlando*, *ivi*, 2225 ss.; F. Basile, *La prescrizione che verrà. Osservazioni sull'art. 1, co. 10-15, del d.d.l. n. 2067 (cd. riforma del sistema penale)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.5.2017; F. Viganò, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino*, in *DPP* 2017, 1289 ss.; A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni emergenziali in tema di prescrizione del reato*, in *www.la legislazione penale.eu*, 7.12.2017. Nella manualistica, diffusamente, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 528 ss.

¹⁸¹ Cfr., in particolare, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 69 s.

che di essa fanno parte¹⁸², ha indotto il Consiglio dei Ministri ad approvare l'emendamento c.d. «*Lodo Conte bis*», poi inserito in un più ampio disegno di legge di riforma del processo penale, in forza del quale, a differenza di quanto previsto nel testo di legge originario, si opera una distinzione tra *condannati* ed *assolti*, limitando ai primi l'applicazione delle tanto discusse novità in tema di prescrizione. Più precisamente, il corso di quest'ultima non subirà sospensioni in caso di sentenza di assoluzione e riprenderà, con relativo computo dei periodi di sospensione, qualora, nel grado di appello, dovesse essere pronunciata sentenza di proscioglimento dell'imputato o dovesse essere annullata la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o dovesse essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 604 co 1, 4 e 5 bis Cpp.. Anche a tacere delle fibrillazioni tra la nuova previsione ed i principi costituzionali (e convenzionale) della presunzione di non colpevolezza (artt. 27 co 2 Cost. e 6 co 2 Cedu) e di uguaglianza (art. 3 Cost), stante la (irragionevole) discriminazione attuata nei confronti di chi sia stato condannato con sentenze (di primo e secondo grado) prive del crisma del giudicato¹⁸³, è sin troppo evidente come la proposta modifica, cogliendo un aspetto senz'altro marginale se confrontato con l'impianto complessivo su cui si fonda la legge di riforma, non sia stata in grado di smussare le angolature nelle quali continuano a concentrarsi le maggiori criticità, non contribuendo, dunque, ad un assestamento, neppure parziale, di posizioni a tutt'oggi radicalmente divergenti.

Ma, per quanto il legislatore non abbia mostrato alcuna "attuosa resipiscenza" rispetto all'impostazione originariamente adottata, disinteressandosi, nella sostanza, delle accorate sollecitazioni provenienti dalle molte voci levatesi contro una legge così concepita, la "riottosità" di una parte non autorizza, per ciò solo, l'altra a veicolare il proprio dissenso insistendo su toni da crociata o facendo scudo con argomenti manichei¹⁸⁴ anziché focalizzando, con distacco ed obiettività, l'epicentro attorno a cui

¹⁸² Si fa riferimento all'appello congiunto, sottoscritto da oltre 150 professori di diritto penale, processuale penale e costituzionale unitamente al Presidente ed alla Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI), in data 19 dicembre 2018 ed avente come destinatario il Presidente della Repubblica, con il quale si sollecitava la più alta carica dello Stato a far valere le proprie prerogative istituzionali, rinviando il testo approvato con un messaggio motivato alle Camere, in quanto contrastante con principi di rango costituzionale e convenzionale, rappresentati, *inter alia*, dalla presunzione di non colpevolezza, dal diritto di difesa, dalla irragionevole durata del processo e dalla finalità rieducativa della pena. Nonché all'appello dell'UCPI dell'anno successivo (2 dicembre 2019), stavolta rivolto a Senatori e Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro della Giustizia, dal contenuto pressoché analogo, pubblicato, con votazione unanime, dal Direttivo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) sul sito dell'Associazione.

¹⁸³ Riproponendo, in *parte qua*, la medesima diversificazione del termine prescrizione già attuata dall'art. 1 co. 11 l. n. 103/2017 citata *supra*, nota 180. Ravvisa, nella novella in esame, numerosi profili di incostituzionalità anche A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 532.

¹⁸⁴ Auspicio fatto proprio, a chiare lettere, da G.L. Gatta, G. Giostra, *Sul dibattito in tema di prescrizione di reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *SP*, 11.2.2020, 8 ss., i quali, peraltro, riconoscono alla c.d. riforma Bonafede il merito di aver limitato le possibilità di prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado, ritenendo il blocco previsto perfettamente compatibile con il principio costituzionale della *ragionevole durata del processo* (art. 111 co 2 Cost.) ma evidenziandone nel contempo l'inadeguatezza rispetto al concorrente obiettivo di ridurre i tempi di quest'ultimo per avvicinarli il più possibile alla media europea.

si scontrano i due contrapposti indirizzi, che sembrano, in effetti, irriducibili ad unità già sul piano dogmatico.

Vi è chi, infatti, anche al di là del percorso intrapreso dalla riforma, segnala come si tratti di una vera e propria *anomalia*, per le conseguenze paradossali a cui conduce, che la prescrizione del reato possa maturare nonostante la *pendenza di un procedimento*, perché, se un processo ha avuto inizio, ciò significa che lo Stato ha manifestato il proprio interesse a che quel fatto venga accertato e le relative responsabilità distribuite e che non si può non andare incontro all'ineludibile esigenza di assicurare una risposta alla domanda di giustizia proveniente dalle vittime e dai consociati tutti, anche nella prospettiva, di non poco momento, di restituire credibilità al sistema ed alle istituzioni in genere¹⁸⁵. Detto in altri termini, il tempo dell'*oblio*, scandito dalla prescrizione del reato, non dovrebbe essere in alcun modo accostato al tempo della *memoria*, che, viceversa, si misura sulle diverse fasi nelle quali si celebrano i vari gradi di giudizio, giacché espressivi di esigenze poste a tutela di *rationes* tra loro difficilmente conciliabili¹⁸⁶. Se il primo, infatti, sembra svolgere una funzione di garanzia dell'individuo, evitando che questi rimanga, indefinitamente, soggiogato sotto il peso della pretesa punitiva esercitata dallo Stato, il secondo, al contrario, intenderebbe preservare l'*efficienza* della giurisdizione, che deve essere in grado di assolvere al *munus publicum* che le è stato assegnato senza essere in ciò ostruita dalla prescrizione che, soltanto «per una patologia del sistema», ha assunto il ruolo di «improprio metronomo del processo penale»¹⁸⁷ e di mezzo per ovviare alla sua *irragionevole durata*¹⁸⁸.

Dal lato opposto, si osserva come, pur essendo plausibile che vi sia uno scollamento tra i tempi del reato e i tempi del processo, sia parimenti innegabile che la prescrizione abbia, nella prassi applicativa, rappresentato la *sanzione*¹⁸⁹ per la violazione del principio della *ragionevole durata del processo*¹⁹⁰ e che, comunque la si

¹⁸⁵ Di questa opinione G.L. Gatta, G. Giostra, *op. cit.*, 11 s.

¹⁸⁶ Assai perspicue, in proposito, le affermazioni contenute nella Relazione di accompagnamento alla bozza di legge delega (reperibile su www.giustizia.it) predisposta dalla Commissione di riforma del codice di procedura penale istituita il 27.7.2006 e presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio circa la distinzione tra *prescrizione del reato* e *prescrizione del processo*: «il tempo della punibilità è un tempo cronologico, un tempo vuoto o, meglio, indifferente a tutto ciò che si materializza durante il suo fluire (indifferente, in particolare, alla condotta dei soggetti interessati); un tempo, il cui strumento di misurazione è il calendario. Il tempo dell'agire giudiziario è invece fenomeno giuridico – scandito dall'interazione dei protagonisti, dal susseguirsi di fatti interruttivi e sospensivi – il cui strumento di misurazione è la norma. Il tempo della prescrizione del reato scorre in modo lineare e costante, mentre quello del processo in modo discontinuo, conoscendo pause e riprese».

¹⁸⁷ Ancora G.L. Gatta, G. Giostra, *op. cit.*, 11.

¹⁸⁸ Parla di «giuridicolaggine» a proposito della correlazione tra prescrizione e ragionevole durata del processo G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *SP*, 13.1.2020, 1.

¹⁸⁹ Intesa, ovviamente, in termini *processuali* e non certo *sostanziali*, non potendo, all'evidenza, la prescrizione essere considerata una conseguenza negativa a carico di chi si renda responsabile per l'inosservanza di una disposizione di legge. In questo senso anche D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *SP*, 19.2.2020, 4, che, nel riferire il pensiero di chi si è fatto promotore di tale ricostruzione, la accosta alle *nullità*.

¹⁹⁰ Così O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione tra miti populisti e realtà costituzionale*, in *SP*, 21.1.2020, 2 e 4 s.

voglia leggere, la condizione di *eterni giudicabili* a cui la riforma costringe gli imputati si pone in aperto conflitto sia con i pilastri su cui si regge il c.d. *giusto processo*¹⁹¹, sia con la *finalità rieducativa* della pena, oggetto peraltro, recentemente, di un rinnovato riconoscimento da parte della Corte costituzionale¹⁹², che risulterebbe inevitabilmente frustrata da una condanna che intervenga a molti anni di distanza dalla condotta deviante per il fisiologico mutamento della personalità dell'autore nelle more di un prolungato accertamento¹⁹³.

La novella che si critica, escludendo *tout court*¹⁹⁴ dal calcolo del tempo i giudizi di impugnazione, finirebbe, in sostanza, per far gravare sull'imputato il costo dell'*inefficienza* della macchina giudiziaria, ridefinendo i rapporti tra autorità e cittadino nel segno del privilegio accordato alle aspettative che la collettività ripone

¹⁹¹ Dal diritto di difesa al contraddittorio sino alla presunzione di innocenza.

¹⁹² Ci si riferisce, in particolare, a C. Cost., 21.6.2018 n. 149, in *GiurCos.* 2018, 1638 ss. (con note di A. Pugiotto, "Il blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva e di F. Fiorentin, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di riduzione del condannato*; nonché in *RIDPP* 2018, 1359 ss., con nota di M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*; in *DpenCont* 2018, 145 ss. con nota di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di riduzione del condannato)*) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater* co. 4 Op nella parte in cui impedisce, prima della scadenza dei ventisei anni di reclusione senza sospensione, la concessione delle misure extramurarie ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289 *bis* Cp che abbiano cagionato la morte del sequestrato. Nella motivazione si legge testualmente: «l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati» non può «operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società» e quale principio non sacrificabile «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena», in *primis* di quella generalpreventiva. Sul punto v. anche F. Siracusano, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *RIDPP* 2018, 1796 ss.

¹⁹³ Ma anche con la prevenzione generale *negativa*, o mediante intimidazione, e con quella *positiva*, intesa come riaffermazione della validità del precetto e, dunque, come accreditamento di regole sociali condivise. In questo senso, si pure con diversità di accenti rispetto alle varianti della prevenzione, F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 35 ss.; E.M. Ambrosetti, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, A. Sessa, F. Schiaffo, Napoli 2017, 416; P. Veneziani, *Punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale*, II, Milano 2014, 323. Nonché, da ultimo, anche G. Flora, "COVID regit actum". *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali*, in *PDirProc*, 12.5.2020, 3. Ritiene che la prescrizione incida su profili attinenti alla c.d. *meritevolezza* della pena G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova 2016, 136 ss.

¹⁹⁴ Siccome lo schema concettuale seguito dalla Legge Orlando era identico, chi aderisce a questa impostazione non può che estendere i propri rilievi critici anche a quest'ultima, sia pur riconoscendole l'"attenuante" di far leva su una *reale* e non meramente declamata sospensione. Aver previsto un termine massimo, perentorio il quale la prescrizione avrebbe potuto riprendere il suo corso, non è del tutto assimilabile ad un blocco *sine die*, che accompagni l'imputato sino alla irrevocabilità della sentenza. Sottolinea l'incompatibilità di una sospensione *sine die* con i «fondamenti razionali di garanzia della prescrizione», rappresentati dal principio di uguaglianza, dal diritto di difesa e dalla funzione rieducativa della pena A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino 2019, 125.

nella giustizia sul diritto dell'individuo di non sottostare alla pena del processo *senza fine* che, anche se non celebrato in tempi rapidi, non dovrebbe quanto meno valicare quelli già sin troppo dilatati, dettati dalla prescrizione¹⁹⁵.

Nella dinamica di una rigida contrapposizione, che non lascia intravedere, almeno allo stato, realistici margini per una possibile "conciliazione" e che si snoda attorno a premesse antitetiche (prescrizione quale conseguenza di disfunzioni della macchina processuale *versus* prescrizione quale *presidio* per assicurare la ragionevole durata del processo e, nel contempo e per l'effetto, *sanzione* ove ciò non accada) ma pur sempre sviluppate all'interno di una concezione eminentemente *processualistica* dell'istituto, si inserisce un ulteriore indirizzo, teso non soltanto a farne riaffiorare la natura *sostanziale*¹⁹⁶, in qualche modo oscurata dalla concitazione di speculari argomentazioni contrastanti, ma anche ad enfatizzarne una variante *personalistico-garantista* in luogo di quella general-preventiva, che ha da sempre fatto breccia soprattutto nella manualistica¹⁹⁷.

Secondo questa idea, il tempo dell'*oblio* costituirebbe un limite alla pretesa punitiva avanzata dallo Stato anche a processo avviato, perché correlata, da un lato, alla finalità *special-preventiva* della pena¹⁹⁸ e, dall'altro, alla stessa *personalità* della responsabilità penale, potendo una pena irrogata a distanza di molti anni dalla commissione del fatto determinarne l'attribuzione ad un soggetto al quale esso non appartiene più¹⁹⁹.

Da questo punto di vista sarebbe il tempo dell'*oblio* a tracciare, in linea di principio, il perimetro entro cui è destinato ad operare il tempo della *memoria*, che, tuttavia, inciderebbe sul primo, dilatandolo, in una logica di bilanciamento di interessi che non potrebbe trascurare le *chances* che pure debbono essere concesse all'accertamento del fatto.

Poi, per far sì che l'incremento del termine prescrizionale dovuto al tempo della

¹⁹⁵ Di questo avviso anche L. Zilletti, *Al parco dei divertimenti: giuridicolaggini e trompe l'oeil in materia di prescrizione*, in www.disCrimen.it, 28.4.2020, 5.

¹⁹⁶ Lo afferma a chiare lettere D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., 6: la prescrizione è «un problema di diritto penale sostanziale, non strumentale rispetto a fini processuali. Un problema di giustizia del punire o non punire, in ragione del tempo» (n.d.a.: i corsivi sono originali). Ma sono molti anni che la dottrina più accreditata è di questo avviso. Si vedano, infatti, A. Molari, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *NssDI*, XIII, 1967, 679 ss.; S. Panagia, *Prescrizione del reato e della pena*, in *DigDPen.*, IX, 1985, 659 ss. P. Pisa, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *ED*, XXXV, 1986, 78 ss. Ad ulteriore conforto di questa impostazione si ripercorrano i passaggi più salienti della nota vicenda Taricco leggendo A. Peccioli, *La prescrizione del reato*, cit., 39 ss.; A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., 512 ss.

¹⁹⁷ Adotta tale prospettiva R. Bartoli, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *SP* 2020, 4, 75 ss. Dello stesso Autore v., già in precedenza, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *DPP* 2019, 900 ss. Già molti anni fa segnalava acutamente come il fondamento della prescrizione fosse in qualche modo offuscato da una disciplina non del tutto coerente con la sua ragion d'essere P. Pisa, *Prescrizione*, cit., 79.

¹⁹⁸ Concorda V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, in *RIDPP* 2019, 557 ss.

¹⁹⁹ R. Bartoli, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., 75. Trae il fondamento della prescrizione dalla *dimensione personalistica* della Costituzione e, segnatamente, dalle norme penali-costituzionali in tema di funzione rieducativa della pena e di ragionevole durata del processo anche G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 808.

memoria rimanga ancorato (alla) e non si svincoli dalla gravità del reato asseritamente commesso, anziché prevedere meccanismi di sospensione collegati ai gradi di giudizio, si suggerisce di intervenire attraverso protrazioni direttamente derivanti dalle sentenze che questi vanno a definire, diversamente calibrandole a seconda che si tratti di condanna di primo grado, di sentenza di condanna in appello in riforma ad una di assoluzione o di «doppia conforme», pur sempre di condanna. Con l'ulteriore vantaggio, ad avviso di chi patrocina tale soluzione, di dare impulso al processo, nella consapevolezza che soltanto con la pronuncia di una sentenza, per quanto provvisoria, potrà scattare l'allungamento dei termini e, dunque, innescarsi quella "spirale virtuosa", che si sostanzia nell'accrescimento delle possibilità di giungere alla definitiva attribuzione di responsabilità all'imputato.

Come si anticipava, dinanzi ad un quadro così articolato, che alligna su un terreno tanto scivoloso quanto nevralgico per l'essenza stessa della democrazia e non già del solo ordinamento penale, sarebbe davvero un fuor d'opera diffondersi in argomentazioni a favore dell'una o dell'altra ricostruzione, poiché, collocandoci ad eccessiva distanza dal quesito da cui abbiamo preso le mosse – circoscritto alla fissazione del momento a partire dal quale il termine prescrizionale prenda avvio nei reati abituali – risulterebbero disfunzionali alla soluzione che si intende ricercare.

Purtuttavia, anche ai fini che qui interessano, non si può prescindere da un duplice ordine di rilievi, che lasciano, in realtà, intuire a quale tipologia di approccio si intenda riconoscere la primazia: a) benché non si possa trascurare lo sforzo profuso dallo Stato, in termini di impiego di risorse umane e materiali, per giungere alla emanazione di una pronuncia di merito, che sveli alla presunta persona offesa, ove esista, ed alla collettività in genere, se quel reato si sia realmente verificato e/o se quell'imputato ne sia o meno l'autore, ciò non può comportare la "sopraffazione dell'oblio" e, quindi, l'abiura della *ratio* che sta a fondamento della prescrizione, che non a caso trova sistemazione tra le cause di estinzione aventi natura *sostanziale*. Come è stato opportunamente segnalato²⁰⁰, quando il rito della *memoria* surclassa le istanze garantiste incarnate dall'*oblio*, non si celebra affatto il trionfo dell'idea di legalità declinata in senso liberale (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), ma della sua "sinistra" variante, ben sintetizzata dal brocardo *nullum crimen sine poena*; b) una, seppure parziale²⁰¹, amputazione della prescrizione, che va ad aggiungersi all'oramai diffuso schema, perché più volte riproposto dal solerte legislatore, di incidere sul massimo edittale del singolo reato non più per esigenze connesse alla finalità retributiva della pena²⁰² ma con il solo scopo di dare tempo al processo di concludersi

²⁰⁰ D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., 9.

²⁰¹ Nel caso diventasse legge dello Stato la distinzione tra sentenze di condanna e sentenze di assoluzione o pronunzie a questa assimilate.

²⁰² Sul punto D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *RIDPP* 2005, 528 ss.; C. Piergallini, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *GiurCos*, 2014, 2372. Critico sul reale fondamento giustificativo dei ritocchi apportati alle pene di talune fattispecie di reato dalla Legge Orlando, P. Pisa, *Riforma Orlando ed inasprimenti sanzionatori: luci ed ombre di un intervento inevitabilmente settoriale*, in *DPP* 2017, 1283 ss. Per la fallacia dell'equazione tra incremento della comminatoria edittale ed incremento della sicurezza cfr., da ultimo, L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un*

con un accertamento di merito, derivandone esiti di imprescrittibilità di fatto non sufficientemente pubblicizzati²⁰³, assesta un colpo esiziale al delicato equilibrio che dovrebbe comunque essere assicurato tra autorità dello Stato e libertà dell'individuo. Con il meccanismo di nuovo conio, infatti, determinandosi per il condannato in via meramente provvisoria²⁰⁴ una "sospensione" del tempo dell'*oblio* e, con esso, dei principi costituzionali che debbono necessariamente accompagnare l'irrogazione della pena, le ragioni dell'autorità o, come efficacemente precisato, del «*law enforcement penalistico*»²⁰⁵ nella incrollabile sequenza reato-pena, finiscono per prevalere *indiscriminatamente* su quelle sottese alla limitazione della potestà punitiva, peraltro non più "attivabili" neppure al cospetto di fatti di reato di modesta gravità o la cui ipotetica realizzazione sia alquanto risalente.

5.2.1. Tutto ciò chiarito, non v'è dubbio che le fattispecie di durata denunciino particolari criticità anche, o forse sarebbe meglio dire soprattutto, con riguardo alla disciplina della prescrizione. E ciò sia per la necessità di attribuire un significato alla deroga contenuta al terzo periodo dell'art. 158 co. 1 Cp quando dai reati istantanei si passa a quelli permanenti; sia per la controversa estensione della stessa anche ai reati abituali, dei quali, nella disposizione ora richiamata, non si fa (colpevolmente) menzione alcuna.

Come si sa, se, in linea di principio, il termine di prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della *consumazione*, ovvero dal momento nel quale può dirsi integrato il fatto tipico di parte speciale, la regola così enunciata, valevole per i reati istantanei, deve "adattarsi" alla peculiarità strutturale dei reati *permanenti*, determinando uno spostamento in avanti del *dies a quo*, che il legislatore fa coincidere

ossimoro invincibile?, Torino 2019, 19 ss.; G. Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *SP*, 8.5.2020, 14 s., per il quale è anzitutto la pena *edittale* a dover essere *proporzionata* alla gravità del fatto affinché sia avvertita come *giusta* dai destinatari, ponendosi come primo limite ad una prevenzione generale «nuova», perché protesa verso «un *ridimensionamento progressivo della materia penale e dell'uso del carcere* per dare spazio ad altre forme di intervento che prevenivano i comportamenti criminosi» (n.d.a.: i corsivi sono dell'Autore).

²⁰³ Di estremo interesse l'*incipit* dell'intervento di R. Bricchetti, *Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione "ammazza processo" (e altro ancora)*, in *www.disCrimen.it*, 17.2.2020, 1, che indica, a campione, i termini di prescrizione dei reati che «attraggono il circuito mediatico», per dare concretezza, smentendola, alla *vulgata* che sarebbe incivile lo Stato che acconsentisse all'abominio di far estinguere delitti in grado di suscitare elevato allarme sociale. Al momento, tenuto conto del tetto massimo per gli atti interruttivi e dei 3 anni di sospensione introdotti dalla riforma Orlando, la corruzione ed il riciclaggio (non aggravato) si prescrivono in 18 anni; l'associazione di stampo mafioso da 40 anni e 6 mesi a 68; l'omicidio stradale da 20 anni e 8 mesi a 33 anni; l'omicidio volontario non aggravato in 33 anni; la bancarotta fraudolenta non aggravata in 15 anni e 6 mesi; la rapina e l'estorsione da 15 anni e 6 mesi a 28; il furto in abitazione o con strappo ed i furti pluriaggravati in 15 anni e 6 mesi.

²⁰⁴ Parla della prima sentenza come di un «evento procedurale scelto in modo del tutto arbitrario» per far scattare la sospensione della prescrizione, oltre che pericoloso per i riflessi negativi che discendono dal riconoscimento di un valore «straripante ed eccentrico rispetto a quello attribuito dall'art. 27, co. 2, Cost.», A. De Caro, *La riforma della prescrizione ed il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *www.archiviopenale.it*, 7.1.2020, 7 ss.

²⁰⁵ D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., 9.

con la cessazione della permanenza. Non potendosi mutuare la nozione, in quanto tale, di consumazione ma senz'altro il concetto che essa esprime, non si ha difficoltà a cogliere l'identità di *ratio* tra la previsione "regolare" e quella "derogatoria", giacché il tempo dell'*oblio* non può prendere avvio fin tanto che la situazione di illiceità non sia giunta a compimento. Il che, per i reati permanenti, corrisponde all'azione che, invece di protrarre l'offesa, ad essa ponga fine (es: la liberazione della persona sequestrata), anche nell'ipotesi in cui sia divenuto, per l'autore del reato, oggettivamente impossibile farlo (es: arresto del sequestratore o fuga del sequestrato).

Per quanto concerne i reati abituali la dottrina prevalente e la giurisprudenza tutta sono orientate nel senso di ritenere che la prescrizione cominci a decorrere dal giorno dell'*ultimo atto antiggiuridico*, che chiude il periodo (*post*) consumativo iniziato con quello che, unito ai precedenti, determina la serie minima di rilevanza (c.d. *cessazione dell'abitualità*), perché soltanto in quel momento cessa la lesione o il pericolo di lesione dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice di volta in volta presa in considerazione. Pertanto, senza che tale conclusione possa rimettere in discussione la differenza che separa il reato abituale dal reato permanente, dalla loro comune appartenenza alla categoria dei delitti di durata discenderebbe un'*uniformità* di disciplina in tema di prescrizione, nonostante manchi, per l'assenza di un riferimento specifico contenuto all'art. 158 Cp., un'equiparazione, sul piano normativo, tra cessazione della permanenza e cessazione dell'abitualità.

Né si ammette alcuna distinzione tra le diverse figure nelle quali il reato abituale può concretamente manifestarsi, perché, anche nel caso in cui questo si presenti nelle forme dell'*abituale improprio* o dell'*eventualmente abituale*, non si dovrebbe comunque riconoscere alcuna autonomia, ai fini prescrizionali, a quelle condotte già di per sé costituenti reato, in quanto l'offesa non verrebbe meno sino a quando non si esaurisca la reiterazione²⁰⁶.

La prospettata soluzione *unitaria*, mutuata dal *dictum* codicistico sui reati permanenti e coerente con il medesimo indirizzo interpretativo seguito in tema di amnistia/indulto, non mi pare, specularmente a quanto da noi sostenuto per i provvedimenti clemenziali, colga nel segno, presentandosi di nuovo la necessità di offrire una risposta *differenziata* a seconda che ci si trovi dinanzi ad un reato *necessariamente abituale* o *abituale improprio*, da una parte, e ad un reato *eventualmente abituale*, dall'altra.

Per essere più precisi, il problema non sta, a mio avviso, come pure è stato affermato²⁰⁷, nell'inesistibilità ai reati abituali di una previsione (art. 158 co. 1 ultima parte Cp) avente natura *eccezionale* e perciò insuscettibile di trovare applicazione in via analogica, anche a prescindere dalla circostanza che si tratterebbe, in ogni caso, di

²⁰⁶ Cfr., con riferimento ai *reati eventualmente abituali*, Cass. 19.9.2019 n. 43255, cit.; Cass. 17.9.2019 n. 364, cit., in tema di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (ma in senso contrario v. Cass. 16.11.2017 n. 27582, cit.); Cass. 14.12.2016 n. 8026, *ivi*, m. 269451; Cass. 12.11.2009 n. 7986, *ivi*, m. 246148, in tema di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria; Cass. 8.1.2014 n. 15894, *ivi*, m. 260153, in tema di esercizio abusivo della professione. Quanto ai *reati abituali impropri*, per quell'indirizzo, a dire il vero sempre più nutrito (su cui *supra*, nota 30) che vi ricomprende lo *stalking*, cfr., in particolare, Cass. 3.4.2017 n. 35588 cit.

²⁰⁷ Di questa opinione A. Aimi, *op. cit.*, 170 s.

analogia *in malam partem*. Benché, probabilmente, non ci si possa spingere sino al punto di escludere l'inammissibilità di un'operazione analogica sol perché questa non avrebbe ad oggetto una norma incriminatrice ma una norma contenente «il trattamento penale del fatto già qualificato come illecito»²⁰⁸, non risulta parimenti condivisibile l'idea che la regola espressamente dettata per la permanenza abbia carattere di *eccezionalità* rispetto all'unico principio generale sancito dall'art. 158 co.1 Cp, che è quello che individua il momento dal quale decorre la prescrizione nel giorno «in cui per la prima volta sono stati realizzati tutti gli elementi della norma incriminatrice»²⁰⁹. Così opinando, infatti, si trascura, anzitutto, su un piano generale, che *deroga ed eccezione* non sono affatto sinonimi. Come da tempo rilevato, in un ordinamento complesso come il nostro «ciascuna norma convive con le altre e riceve dalle altre una sua delimitazione»²¹⁰. In un percorso a ritroso, muovendo da tale premessa, si potrebbe arrivare a sostenere che ogni norma rappresenti una deroga ad una più generale, che, a sua volta, rimanda ad una ancora più generale, la quale costituirebbe l'eccezione rispetto alla libertà garantita dall'assenza di norme giuridiche²¹¹. Ed, in secondo luogo, si dimentica, più nel particolare, che, anche al netto del criterio *quantitativo e qualitativo* – inteso nel senso di una disciplina non soltanto diversa ma anche *antinomica*²¹² – che pare essere il più adeguato a tracciare i confini tra regola ed eccezione – la questione di un raffronto tra le due neppure sorge qualora manchi il presupposto dell'*unità di materia*, non essendo, cioè, concepibile, già in astratto prima che in concreto, tra complessi normativi riguardanti materie tra loro *eterogenee*.

Ebbene, nell'ambito dell'art. 158 Cp si stabilisce una regola per i reati istantanei ed un'altra per i reati permanenti che, tuttavia, può dirsi valida anche per quelle fattispecie di durata, come per l'appunto i reati abituali, della cui esistenza nessuno dubita nonostante il codice non li contempli. Il fatto che la prescrizione, per i reati permanenti, decorra dalla cessazione della permanenza anziché dalla consumazione non è eccezione rispetto a quanto stabilito per i reati istantanei, ma è principio *regolare* che governa le figure riconducibili a quella categoria, poiché accomunate dalla particolarità connessa alla sussistenza di una fase *post-consumativa*, la cui assenza, nei reati istantanei, impedisce che si possa fare riferimento ad un parametro diverso da quello enunciato nella prima parte della disposizione in parola.

E se regola è, finirebbe, in effetti, per risultare contraddittorio disattenderla ove si ritenesse che il termine di prescrizione non decorra dalla cessazione dell'abitualità

²⁰⁸ Così, invece, D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino 2000, 68.

²⁰⁹ Ancora A. Aimi, *op. cit.*, 171.

²¹⁰ M. Romano, *op. cit.*, I, 50.

²¹¹ Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare al nostro, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, 16 ss.

²¹² Per le divergenti posizioni sul tema v., per tutti, M. Boscarelli, *Analogia ed interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, 115 ss.; V. Gueli, *Il "diritto singolare" ed il sistema giuridico*, Milano 1949, 94 ss.; F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, Padova 1979, 264 ss.; L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, in *ED*, II, 1958, 370 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 76.

bensì dalla realizzazione della singola ipotesi di reato che di essa rappresenta la "base", quando si tratti di reato abituale *improprio* anziché *proprio*. Rinvenendo, infatti, anche il primo, alla stessa stregua del secondo, la propria ragion d'essere nella *reiterazione*, con il *quid pluris* rappresentato dalla sua "insistenza" su di un fatto di per sé costituente reato e pertanto già consumatosi, calibrare la prescrizione sul componente anziché sul reato abituale equivarrebbe a sovrapporre l'uno all'altro confondendoli ed obliterando la fase *post-consumativa*, che, in realtà, è proprio quella nella quale l'abituale *improprio* trova la sua concretizzazione²¹³.

Nondimeno, ad identica conclusione non sembra possa pervenirsi con riguardo al reato *eventualmente abituale*, pur riconoscendo l'estrema problematicità della questione, che mal si presta ad una prospettazione capace di integralmente sottrarsi a censure o rilievi critici.

In proposito, la giurisprudenza è divisa tra un indirizzo maggioritario, in forza del quale il reato *eventualmente abituale* mutuerebbe la disciplina della prescrizione da quella prevista per i reati permanenti, dovendo comunque anch'esso essere ascritto al novero di quelli di durata²¹⁴. Con la conseguenza che il *dies a quo*, ai fini della decorrenza del tempo necessario a prescrivere, dovrebbe coincidere con il compimento dell'*ultimo atto antiggiuridico*, poiché solo in questo momento verrebbe a cessare il pericolo di lesione dei beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice.

Ed uno minoritario che, valorizzando l'originalità del reato *eventualmente abituale*, nel quale la *reductio ad unum*, a differenza di quanto avviene nel reato *necessariamente abituale* (sia esso *proprio* che *improprio*), non è insita nell'ontologia dell'illecito ma rileva soltanto ai fini della pena, ritiene che detto termine debba essere calcolato in relazione ad ogni singola condotta penalmente significativa e non anche in funzione del tempo in cui si è verificata l'ultima di queste²¹⁵. Convaliderebbe la correttezza di tale indirizzo ermeneutico l'esigenza di ovviare ad una duplice, irragionevole, disparità di trattamento che originerebbe dal primo orientamento, avuto riguardo, da un lato, ai reati *necessariamente abituali*, ai quali i reati *eventualmente abituali* verrebbero indebitamente equiparati, nonostante per i primi la reiterazione svolga un ruolo essenziale ai fini della consumazione (reato *abituale proprio*) o della integrazione di quella specifica figura criminosa (reato *abituale improprio*). E, dall'altro, al reato *continuato omogeneo* che, pur presentando, come già detto, tratti morfologici marcatamente assimilabili a quello dei reati *eventualmente abituali*, verrebbe sottoposto ad un regime prescrizione più favorevole, essendo previsto che il *dies a quo* si identifichi con la perpetrazione di ogni singolo reato avvinto dal vincolo della medesimezza del disegno criminoso e non già con la cessazione della continuazione

Nonostante, come si accennava, la tortuosità della materia non offra all'interprete soluzioni di immediata afferrabilità, la mia impressione è che la tesi che

²¹³ In senso opposto M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 75; M. Romano, *op. cit.*, III, 89.

²¹⁴ In questo senso Cass. 19.9.2019 n. 43255, in *CEDCass.*, m. 277130; Cass. 14.12.2016 n. 8026, *ivi*, m. 269451; Cass. 4.11.2016 n. 52900, *ivi*, m. 268559.

²¹⁵ Di questo avviso Cass. 16.11.2017 n. 27582, cit. In dottrina anche M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 75 (e parimenti per i reati *necessariamente abituali impropri*); M. Romano, *op. cit.*, III, 89.

opta per un'omogeneità di disciplina, quanto al *dies a quo* della prescrizione, con il reato (*necessariamente*) *abituale proprio* ed *improprio* entri in rotta di collisione con la *ratio* sottesa all'istituto e che abbiamo più volte identificato ricorrendo alla evocativa formula tempo dell'*oblio*.

Come a più riprese rimarcato, l'"eccentricità" del reato *eventualmente abituale* risiede nella circostanza che la risposta punitiva si innesca già al compimento del *primo atto penalmente rilevante*, prescindendo, cioè, dalla reiterazione, che potrebbe anche non esservi poiché l'unificazione delle singole condotte avviene soltanto *quoad poenam* e non sotto il profilo *ontologico*. Ed allora, se ha un senso allineare il decorso della prescrizione al momento in cui cessa l'abitualità poiché nello stesso modo opera la sanzione, non sembra azzardato, nel caso che ci occupa, correlare il *dies a quo* al singolo reato giunto a consumazione, anche qualora ad essa facciano seguito altri episodi dello stesso tenore, perché il tempo dell'*oblio* va calcolato in conformità con il tempo della *pena*, quanto meno se si vuole evitare l'anomalia di un (ingiustificato) trattamento deteriore per il solo reato *eventualmente abituale* rispetto alle altre due varianti nelle quali esso può venire alla luce.

A questa osservazione si potrebbe, tuttavia, obiettare che, poiché la unificazione della fattispecie a reiterazione meramente eventuale comporta una immutazione della pena, non vi sarebbe incoerenza tra la posticipazione dell'inizio della prescrizione alla realizzazione dell'*ultimo* degli atti compresi nella serie e la reazione dell'ordinamento, che, per quanto attiva sin da allora, rimarrebbe pur sempre invariata nella sua intensità anche al momento della cessazione dell'abitualità.

Dinanzi alla sagacia del rilievo si può ulteriormente evidenziare come una *parcellizzazione* dei termini di prescrizione a seconda del momento in cui si consuma il singolo reato componente sia la diretta conseguenza della *insussistenza* dell'abitualità in fase *pre-consumativa*, a cui segue, a prescindere dal *quantum*, un'applicazione, in via immediata, della pena, non diversamente da quanto accade quando il reato è istantaneo²¹⁶.

In altre parole, la funzionalizzazione dell'*unità* della fattispecie a fini esclusivamente sanzionatori e non costitutivi pare autorizzare, in ultima analisi, una *atomizzazione* nel computo della prescrizione *speculare* alla natura istantanea del reato *eventualmente abituale* in fase *pre-consumativa*, in linea, peraltro, con quanto previsto dall'art. 6 l. 5.12.2005 n. 251 che, espungendo dal testo dell'art. 158 Cp ogni riferimento alla continuazione, aveva stabilito che il *dies a quo* prescrizione per il reato *continuato* dovesse parametrarsi sul singolo episodio avvinto dal vincolo della medesimezza del disegno criminoso piuttosto che sulla cessazione della continuazione.

Va, peraltro, aggiunto in proposito, ad ulteriore conferma del disorientamento nel quale versa inesorabilmente l'interprete, che l'art. 1 co. 4 l. n. 3/2019 ha invertito la rotta, riattualizzando la scelta politico-criminale adottata dal codice Rocco, che accomunava, in relazione al momento di decorrenza della prescrizione, la continuazione alla permanenza²¹⁷.

²¹⁶ Si rinvia, in proposito, a quanto già precisato *supra*, § 3.

²¹⁷ Decisamente critico sul ripensamento del legislatore, in quanto ulteriormente confermativo di una concezione

E' vero che, quanto ai reati abituali, il legislatore ha inteso proseguire sulla strada oramai da tempo intrapresa di delegare all'attività ermeneutica il compito di individuare quale sia la disciplina specifica riferibile a queste fattispecie; ma non si può, d'altra parte, neppure ignorare che una equiparazione, per via normativa, tra reato continuato e reato permanente in ordine al computo del termine di prescrizione induce fondatamente a ritenere che siano ancora più angusti i margini per una possibile differenziazione – ancorché parziale, all'interno di tali figure di reato – del momento a partire dal quale può darsi avvio al calcolo della prescrizione.

5.3. 3) Non è infrequente che la serie criminosa costitutiva dell'abitualità conosca la partecipazione, anche *diacronicamente* frazionata, di molteplici agenti. E se la norma di riferimento, ai fini dell'individuazione dei confini applicativi di un contributo penalmente apprezzabile, non può che essere l'art. 110 Cp, è altrettanto evidente come si rendano necessari taluni adeguamenti che, trovando causa nella natura composita del reato abituale, accentuano la distanza che lo separa dalle limitrofe figure del reato continuato, da un lato, e dal reato permanente, dall'altro.

Quanto al primo, infatti, la riformulazione operata dall'art. 8 d.l. 11.4.1974 n. 99²¹⁸, convertito con modificazioni nella l. 7.6.1999 n. 220, che, oltre ad aver ampliato la portata applicativa del reato continuato anche a quello c.d. *eterogeneo*, a seguito della violazione (non soltanto della stessa ma anche) di *diverse disposizioni di legge*, ha soppresso la locuzione allora contenuta all'art. 81 co. 3 Cp – secondo cui «le diverse violazioni si considerano come un solo reato» – ha, come noto, spianato la strada ad una qualificazione dell'istituto in senso *funzionalistico*, riconoscendogli natura di reato *unico* o *plurimo*²¹⁹ a seconda degli effetti che dall'una o dall'altra risultino in concreto più favorevoli per l'imputato²²⁰. Con particolare riguardo alla *responsabilità dei concorrenti*, il risultato è che ciascuno di essi sarà a chiamato a rispondere soltanto degli illeciti ai quali abbia effettivamente preso parte, senza che gli vengano addebitati

della prescrizione intesa come «via di scampo del delinquente» G. Flora, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali* (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti"), a cura di G. Flora, A. Marandola, Pisa 2019, 16.

²¹⁸ Rubricato come «Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale» e noto per aver esteso il giudizio di bilanciamento delle circostanze anche a quelle autonome o indipendenti.

²¹⁹ Sul tema cfr., tra gli altri, E.M. Ambrosetti, *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova 1991, 6 ss.; N. Mazzacuva, E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 7 ss.; E.M. Ambrosetti, *La determinazione della pena nel reato continuato: brevi note in merito ad una pronuncia delle sezioni unite in tema di misure cautelari e continuazione*, in *RIDPP* 1998, 682 ss.; D. Brunelli, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *CP* 2009, 2749; F. Coppi, *Reato continuato*, in *DigDPen*, XI, 1996, 227; V. Zagrebelsky, *Reato continuato*, *cit.*, 115; L. 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 F. Coppi*, I, Torino 2011, 191; C. Silva, *L'evoluzione della continuazione: il problematico passaggio dalla teoria del reato alla commisurazione della pena*, in *AP* 2015, 154 ss.

²²⁰ Come già precisato (v. *supra*, § 5.2), tale considerazione *ambivalente*, in ossequio al principio del *favor rei*, è stata di recente rimessa in discussione dalla l. n. 3/2019 che, quanto alla decorrenza del termine prescrizione, stabilisce che esso debba essere computato a partire dal giorno in cui si consuma l'*ultimo* degli illeciti unificati dal medesimo disegno criminoso.

anche gli ulteriori, sebbene tutti strumentali al raggiungimento del fine ultimo a cui tende il soggetto e che, sul piano normativo, si compendia nel medesimo disegno criminoso. *L'indefettibile unitarietà* del reato abituale, quanto meno quando esso assuma le forme del *necessariamente* abituale, osta, come vedremo tra breve, ad una sua "destrutturazione" funzionale ad assicurare un trattamento più benevolo al concorrente, non potendosi estrapolare il singolo episodio criminoso da un contesto di serialità, che non ammette, proprio dal punto di vista *ontologico*, frazionamenti interni, sia pure ispirati dal principio del *favor rei*.

Con riferimento al secondo, il divario che, sul piano concettuale²²¹, si registra tra permanenza ed abitualità, si mostra, ad avviso della dottrina prevalente, di più immediata percezione proprio quando ci si accinga a delineare il perimetro entro cui assegnare rilievo al contributo concorsuale penalmente apprezzabile.

Infatti, è opinione comune che possa aversi concorso nel reato *necessariamente abituale*, sia esso *proprio* che *improprio*, soltanto quando vi sia una partecipazione, materiale o morale²²², all'intera condotta costitutiva della serie o, per lo meno, ad un numero di fatti sufficiente ad integrare il *minimum* necessario ai fini della consumazione²²³.

Il che equivale a dire che non può esservi concorso sia nell'ipotesi in cui il terzo contribuisca ad uno o a taluno degli episodi, senza che questo o questi siano tali da innescare quella reiterazione richiesta affinché la fase *pre-consumativa* approdi alla consumazione; e ciò anche ove si tratti di fatti già di per sé costituenti reato, ma ad altro titolo, come accade nell'abituale *improprio*. Sia nell'ipotesi in cui detto contributo si collochi nella fase *post-consumativa*, a meno che non risulti idoneo a realizzare gli estremi di una *nuova serie* minima.

Il limite alla punibilità di apporti circoscritti a singoli frammenti della serie criminoso si spiegherebbe con la *duplice atipicità* del contributo, che tale si rivelerebbe non soltanto rispetto alla fattispecie plurisoggettiva eventuale, ma anche nei riguardi della fattispecie monosoggettiva, in ragione della più volte evocata discontinuità del fatto tipico nel reato *necessariamente abituale*²²⁴.

In termini affatto coincidenti si attergerebbe la responsabilità dei concorrenti nel reato permanente e, segnatamente, nella fase *post-consumativa*, che, tra l'altro, per taluni sarebbe, come già visto, l'unica identificativa della permanenza. La protrazione senza soluzione di continuità dell'offesa, che si mantiene identica a se stessa sino a quando non venga meno, renderebbe configurabile il concorso di persone anche qualora la condotta del concorrente si inserisca in un qualsiasi momento della

²²¹ Sul punto si rinvia a quanto già sostenuto *supra*, § 4.1.

²²² Per un'efficace rivisitazione della effettiva consistenza della *causalità psichica*, che prende le mosse proprio da una puntuale ricognizione degli approdi dottrinali e giurisprudenziali in tema di compartecipazione morale nell'altrui reato si legga L. Riscato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, 8 ss.

²²³ Così F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 498; M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 71 s.; G. Fornasari, *Reato abituale*, cit., 6 s.; G. Leone, *Del reato abituale*, cit., 137 ss. Peraltro, si noti come questi ultimi due autori affrontino separatamente la partecipazione materiale e quella morale.

²²⁴ In questo senso R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 174; L. Zoli, *Il contributo concorsuale nel reato abituale*, in *IP* 2016, 554.

permanenza, a prescindere dalla sua idoneità a dar vita alla serie minima, *nuova* (od *originaria*) che sia²²⁵.

Quanto, poi, al profilo soggettivo, già abbiamo avuto modo di chiarire come il dolo nei reati abituali monosoggettivi, lungi dall'essere *programmatico*, si presenti piuttosto come *composito* e *graduale*, ancorché accompagnato dalla consapevolezza che l'ultima condotta vada a cumularsi alle precedenti, consolidandone la portata offensiva. Riferito alla fattispecie plurisoggettiva eventuale, esso richiede pur sempre una *combinazione* di caratterizzazioni soggettive, perché alla coscienza e volontà di concorrere a quella *successione* di frazioni che risultino poi sufficienti ad integrare la serie minima si unisce la rappresentazione del contesto complessivo nel quale essa va ad inserirsi e la volontà di completare il quadro di illiceità, frutto anche di contegni individuali.

L'impostazione tradizionale, che pure coglie nel segno nel farsi carico dell'esigenza di correlare la responsabilità all'essenza stessa del reato abituale – rappresentata, come a più riprese precisato, dalla reiterazione – sembra non tener conto di talune variabili interne, che possono condurre a risultati divergenti rispetto a quelli assicurati dal perentorio discrimine fondato sulla compartecipazione ad un numero di fatti idoneo ad integrare il *minimum*, se in fase *pre-consumativa*, o a dar vita ad un'ulteriore, autonoma, serie criminosa, se in fase *post-consumativa*.

V'è, cioè, da domandarsi se, una volta acclarata, in capo al partecipe, la *conoscenza* dei fatti materiali ascrivibili all'autore e la conseguente volontà di rafforzare, con il proprio apporto, un processo esecutivo *in itinere* a cui non abbia integralmente contribuito, questi possa essere ritenuto corresponsabile per il reato abituale e non soltanto per quello specifico episodio. In altri termini, ci si interroga sulla natura e sull'efficacia della partecipazione, materiale o morale, ad un segmento della serie criminosa che, seppur avviata dall'autore, giunga a *consumazione* soltanto in ragione di quel contributo o che, grazie a quest'ultimo, proietti l'offesa nella fase *post-consumativa*, pur sempre muovendo dall'assunto che il concorrente si sia rappresentato il pregresso e voglia, con il proprio contegno, corroborarlo.

Se è vero, come già chiarito²²⁶, che la reiterazione, assolvendo ad una funzione *costitutiva* della tipicità, fa assumere al reato una speciale conformazione, rendendolo *altro* rispetto alla mera sommatoria degli "addendi" per la diversa *qualità* del bene pregiudicato, colui che concorra all'*ultimo atto causale* rispetto alla consumazione diventa, a mio avviso, compartecipe ad un *quid alii* rispetto al comportamento in sé penalmente irrilevante che, se isolatamente considerato, sarebbe, come è ovvio, un *non concorso*; o al titolo autonomo di reato, se estrapolato dal contesto. E la suddetta *alterità* deriva proprio dal fatto che è la *sintesi* e non già l'addizione tra i fattori a rivelarsi essenziale ai fini della *tipicità* e sul piano *teleologico*, di talché l'ausilio, materiale o morale, offerto dal concorrente si riferisce ad un fatto che ha subito un

²²⁵ Sul concorso di persone nel reato permanente, per tutti, Pecoraro Albani, *op. cit.*, 450 ss.; R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., 76 ss. Nella letteratura tedesca, tra gli altri, diffusamente, si veda H.J. Rudolphi, *Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, I, Berlin 1985, 565 ss.

²²⁶ Cfr. *supra*, § 4.

mutamento nella sua portata *disvaloriale* rispetto all'offesa che ne sarebbe derivata se questo fosse stato avulso dal meccanismo della reiterazione.

Una medesima soluzione, stante l'identità della *ratio* che la sorregge, si impone quando la condotta del concorrente si collochi nella fase *post-consumativa*, non ritenendosi indispensabile, ai fini della configurabilità del concorso, che costui si sia messo a disposizione dell'autore in un numero di episodi tale da rappresentare ciò che necessita per fondare una *nuova* serie minima.

In conclusione, ci pare di poter dire che un approccio *diversificato*, che tenga conto della relazione *eziologico-assiologica* tra correatità e reiterazione, ponga al riparo dal pericolo di indebite sovrapposizioni con la disciplina del reato continuato, senza, nel contempo, appiattirsi su quella del reato permanente.

Non solleva, invece, particolari questioni la partecipazione nel reato *eventualmente abituale*. Postulando quest'ultimo un'assimilazione tra fatto singolo e reiterazione senza contestuale mutamento del titolo, non sembra difficile riconoscere rilevanza già al contributo riferibile ad un *solo* episodio criminoso, poiché *tipico* rispetto alla fattispecie monosoggettiva, al netto del diverso profilo relativo alla commisurazione in concreto della pena, che non potrà essere identica tra l'autore dell'intera sequenza, benché eventuale, e chi abbia preso parte ad un frammento o a taluni di essi²²⁷.

6. Giunti all'esito di un lungo percorso, con il quale ci si è proposti di rivisitare la struttura e la sostanza regolativa di un istituto "apolide" e perciò fortemente problematico, appare opportuno sintetizzarne il punto di approdo ricorrendo ad una triplice qualificazione. Si tratta di una categoria che potremmo definire *eterogenea*, *rarefatta* (nei suoi confini) ma *insopprimibile*.

Che sia *eterogenea* non mi pare sia dato controvertibile. Si avverte, caso mai, l'esigenza di meglio precisarne l'oggetto, perché, se la dicotomia tra reato abituale *proprio* ed *improprio* opera più su un versante ordinatorio-classificatorio che pratico-applicativo, se non altro per l'infrequente ricorso, da parte del legislatore, alla figura dell'improprio, ben altre prospettive si schiudono dalla distinzione tra *necessariamente* abituale ed *eventualmente* abituale. Dal divario che li separa nella fase *pre-consumativa* dovrebbero discendere conseguenze significative sul piano della disciplina, sebbene non di rado neglette; d'altro canto, la figura dell'*eventualmente* abituale, al quale peraltro la giurisprudenza si è con il tempo sempre più affidata nell'apprezzabile intento di "ridefinire" la risposta punitiva indirizzandola lungo coordinate che, ad onta del disordine legislativo, si sottraggano a sperequazioni e disarmonie, conserva una sua ragion d'essere, se riguardata nella logica di una categoria che si alimenta anche della fase *post-consumativa*, come è naturale che sia per tutte le fattispecie c.d. di *durata*.

Appare *rarefatta* quanto alla puntuale determinazione del suo perimetro applicativo, perché la variabilità delle componenti amplifica i profili di interferenza con le figure affini, ma non identiche, del reato continuato, del reato complesso e del

²²⁷ Così anche M. Petrone, *Reato abituale*, cit., 71; L. Zoli, *op. cit.*, 554 e, quanto alla necessità di una diversificazione della pena, 567 s.

reato permanente, sollevando dubbi circa la sua immutata utilità e persistente vitalità nel sistema penale. E pur tuttavia *insopprimibile*, per la particolare conformazione assunta dall'*offesa* che, diversamente da quanto accade nelle altre ipotesi con le quali viene di regola messo a confronto, soltanto il reato abituale fa progredire, attualizzandola, nella ripetitività di condotte che si distendono nel tempo, senza che la *diacronia* confligga con la *sintesi*.

Certo è che il vuoto dovuto all'assenza di regolamentazione, al netto del fugace ed ambivalente riferimento contenuto all'art. 131 *bis* co.3 Cp – peraltro ricomprensivo anche dell'inconferente istituto della *abitualità nel reato*, che altro non è se non una forma qualificata di *pericolosità sociale* – necessiterebbe di essere colmato attraverso un intervento del legislatore che, più che tradursi in uno sforzo definitorio, si sostanzia nella elaborazione di regole di disciplina, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, in grado di accompagnare l'interprete nel difficile passaggio dalla *law in the book* alla *law in action*.

Sarebbe, in effetti, auspicabile, in una prospettiva *de lege ferenda*, che l'unità del reato abituale non ne precludesse, sia pure a taluni, limitati effetti, una considerazione *pluralistica*, presentandosi come concreto il rischio di confinare le ripartizioni "interne" alla categoria nel mondo della dogmatica, inibendone (indebitamente) l'accesso al diritto vivente.

Volgendo lo sguardo soprattutto al reato *eventualmente abituale*, è intuitivo come la prescindibilità dalla reiterazione non possa non riflettersi sulla praticabilità di soluzioni differenziate, rispetto al *necessariamente abituale*, avendo riguardo ad alcuni istituti di parte generale, che rendano giustizia della assimilabilità di tale figura, nella fase *pre-consumativa*, ai reati istantanei.

D'altra parte, quanto al reato *necessariamente abituale*, sembra il caso di proseguire sulla strada, di recente imboccata, di costruire fattispecie di *evento*, da cui, per un verso, non sortirebbe come esito ineluttabile la conversione in altrettanti reati di *danno*²²⁸ ben potendo esso atteggiarsi ad *evento di pericolo*²²⁹ e, per l'altro,

²²⁸ Di questo avviso, invece, M. Mantovani, *op. cit.*, 56.

²²⁹ Si coglie appieno la differenza tra un evento di *pericolo* ed un evento di *danno* nella prototipica ipotesi di reato *necessariamente abituale* rappresentata dal delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi. Se l'evento di danno è già contemplato al co. 3, poi rimodulato dalla l. 1.10.2012 n. 172 nelle conseguenze sanzionatorie derivanti da due delle tre ipotesi di circostanze aggravanti (segnatamente quelle connesse alle lesioni gravi ed alla morte) e mantenuto nella sua collocazione "originaria" nonostante l'intervenuta abrogazione del co. 2 ad opera della l. 15.10.2013 n. 119 di conversione del d.l.14.8.2013 n. 93, non v'è traccia, invece, di un evento di pericolo, che potrebbe fungere da approdo di una pluralità di comportamenti di violenza fisica o morale, tali da ledere l'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia e, nel contempo, idonei a mettere a repentaglio l'incolumità personale, libertà o l'onore di una persona che di essa faccia parte. Sostiene l'idea che lo *stalking* debba essere considerato un reato di *pericolo* concreto, sia pure a condotta pericolosa (quindi intendendo il pericolo come qualificazione della condotta), A. Maugeri, *op. cit.*, 153 ss. In senso analogo, sia pure con diversità di accenti, V. Maffeo, *Il nuovo delitto di atti persecutori: (stalking): un primo commento al d.l.n. 11/2009 (conv. con modif. dalla legge n. 38/2009)*, in *CP* 2009, 2724; M. Naddeo, *Il delitto di "stalking" tra insicurezza percepita e sicurezza reale*, in *Ius17* 2010, 484; L. Terzi, *Il nuovo reato di stalking: prime considerazioni*, in *RP* 2009, 782; E. Venafro, *Commento all'art. 7 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. in legge 23 aprile 2009, n. 38*, in *LP* 2009, 486 ss. Parla di delitto con *evento di danno* A. Valsecchi, *Il delitto di "atti persecutori" (il cd stalking)*, in *"Il pacchetto sicurezza"*

deriverebbe il non trascurabile beneficio, se adeguatamente valorizzato²³⁰, di astrarsi da quella criticabile ricostruzione della tipicità in termini *quantitativi*, giacché fondata sul (sempre più esiguo) *numero* di condotte necessarie e sufficienti ad integrare la soglia minima della serialità, che mette a dura prova l'essenza stessa della reiterazione quale *stigma identitario* del reato abituale, oltre a porsi in tensione con il (sempre più ignorato) principio di determinatezza e con quello di offensività²³¹.

In effetti, richiedendosi ai fini dell'offesa la verifica di un evento o, nel caso in cui ci si confronti con eventi a contenuto psicologico, l'idoneità *ex ante* della condotta a cagionarli, l'accertamento dovrebbe spostarsi sulla verifica della relazione intercorrente tra ripetitività dei conegni tipizzati e risultato che il legislatore intende scongiurare, con conseguente rifiuto di quell'impropria ed automatica equiparazione tra mera *iterazione* dell'episodio e *reiterazione* tipica dell'abitualità, che si rivelerebbe financo eccentrica rispetto alla conformazione della fattispecie. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che, anche ove si strutturasse la fattispecie come reato di evento (di pericolo), non si ovierebbe all'inconveniente di reputare sufficienti, ai fini dell'integrazione del reato, *due sole condotte*, a condizione, ovviamente, che quest'ultime risultino causali rispetto ad esso o concretamente idonee a produrlo. Per superare un rilievo in linea di principio condivisibile non sembra esservi alternativa validamente percorribile a quella di coniugare il disvalore di evento al disvalore di azione, avendo ben presente che il fattore empirico-criminologico che spiega e giustifica l'esistenza stessa del reato (necessariamente) abituale è rappresentato proprio dalla reiterazione *caparbia, ostinata, insistente*, che si protragga per un lasso di tempo apprezzabile, e non certo dalla mera ripetizione di un episodio, magari inveratosi nella contestualità del precedente.

Si potrebbe, infine, valutare l'opportunità di rivitalizzare la *species* costituita dai reati abituali *impropri*, ad oggi esangue poiché circoscritta, almeno ad avviso di chi scrive, al solo delitto di relazione incestuosa, ricorrendovi in luogo della assai più controversa, benché più "quotata", figura dell'*eventualmente abituale*, nel duplice, concorrente, obiettivo di non privarsi della serialità delle azioni quale basilare requisito costitutivo della fase *pre-consumativa*, da un lato, e di contenere derive sanzionatorie, non del tutto arginabili neppure attraverso il reato continuato, nella

2009, a cura di O Mazza, F. Viganò, Torino 2009, 243 s.

²³⁰ È noto, infatti, come da tale criterio la giurisprudenza non si discosti neanche quando si confronta con il delitto di *atti persecutori*, nonostante si mostri compatta nel ritenere che si tratti di reato di evento e non già di mera condotta, la cui punibilità dipenda dal verificarsi di condizioni obiettive tassativamente indicate dalla norma. Per tale ultima impostazione, invece, isolatamente, F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 391, secondo il quale il perdurante e grave stato di ansia o di paura, il fondato timore per la propria o per l'altrui incolumità ed il cambiamento delle proprie abitudini di vita si limiterebbero ad *arricchire* la sfera dell'offesa, già costituita dalla lesione dei beni giuridici tutelati dalle molestie o dalla minaccia, ponendosi dunque come *condizioni obiettive di punibilità* estranee all'oggetto del dolo, il cui accertamento, ove questi fossero classificati tra gli elementi costitutivi, rischierebbe di rendere la norma di fatto inapplicabile per sistematico difetto (nella prova) dell'elemento soggettivo.

²³¹ Con specifico riguardo al delitto di atti persecutori v., sul punto, A. Manna, *Il nuovo delitto di "atti persecutori" e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di S. Vinciguerra, F. Dassano, Napoli 2010, 469 ss.

fase post-consumativa, dall'altro.

ILP