

**IL REATO CONTINUATO:
ASPETTI PROCESSUALI**

Giuseppe Panunzio

maggio 2005

INDICE SOMMARIO

Capitolo 1.

I riferimenti di diritto sostanziale.

1. Introduzione. Il reato continuato.	Pag.	3
2. Elementi costitutivi.	»	5
3. Il medesimo disegno criminoso. A) La dottrina.	»	6
4. segue: B) Gli indirizzi giurisprudenziali.	»	8

Capitolo 2.

Il reato continuato nell'ordinario giudizio di cognizione.

1. La competenza per connessione e la riunione dei processi.	Pag.	12
2. L'accertamento della continuazione ed il "dogma" della <i>res judicata</i>	»	15
3. L'individuazione della violazione più grave.	»	19
4. Sull'ammissibilità della continuazione nel caso di reati puniti con pene eterogenee.	»	21
5. Continuazione e reati puniti con pene proporzionali.	»	25
6. La sanzione.	»	26

Capitolo 3.

Il riconoscimento del reato continuato nell'esecuzione penale.

1. Caratteri generali dell'esecuzione penale.	Pag.	31
2. I casi di intervento del giudice dell'esecuzione.	»	33
3. L'art. 671 c.p.p.: i poteri ed i limiti del giudice dell'esecuzione.	»	34
4. Il procedimento.	»	37
5. Brevi osservazioni circa la prova.	»	41
6. La quantificazione della sanzione penale.	»	44

Capitolo 4.

Altri aspetti di natura processuale.

1. L'ipotesi del patteggiamento.	Pag. 52
2. La sospensione condizionale della pena.	» 55
3. La non menzione della condanna nel casellario giudiziale.	» 58
4. Continuazione e recidiva.	» 59
5. L'amnistia e l'indulto.	» 61
6. La prescrizione.	» 64
7. L'aggravante dell'art. 61, n. 2 c.p.	» 65
8. Continuazione e sentenza straniera.	» 66
9. Questioni riguardanti le sanzioni sostitutive.	» 67
10. Continuazione ed illecito amministrativo.	» 68

Appendice di aggiornamento. Il Ddl Camera n. 2055.	Pag. 71
--	----------------

Bibliografia.	Pag. 75
---------------------------	----------------

**IL REATO CONTINUATO:
ASPETTI PROCESSUALI**

CAPITOLO I

I riferimenti di diritto sostanziale

1. Introduzione. Il reato continuato.

All'interno della categoria del concorso materiale di reati — che si riferisce all'ipotesi in cui uno stesso soggetto realizzi, con più azioni od omissioni, diverse violazioni di legge — il reato continuato viene tradizionalmente disciplinato in maniera autonoma per il fatto che la pluralità dei reati viene commessa da una stessa persona, in esecuzione di una medesima risoluzione criminosa. Tale peculiarità comporta la conseguenza di una minore severità in sede di pena, dovuta alla considerazione della minore riprovevolezza di colui che delinque, un minore disvalore complessivo dei fatti commessi e, di conseguenza, un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a tutti gli altri casi di concorso materiale di reati.

Questo è il risultato cui è approdato alla fine il nostro legislatore penale. Ma dobbiamo precisare che si tratta di un assunto politico-criminale niente affatto pacifico: infatti, non sono mancati in dottrina autorevoli autori (primo fra tutti Enrico Ferri) propensi a riconoscere, proprio nella circostanza per cui i reati sono stati commessi nell'esecuzione di un medesimo disegno criminoso, una maggiore pericolosità sociale dell'autore di tali fatti, e, di conseguenza, a richiedere un aggravamento, piuttosto che una diminuzione di pena.

Non essendo possibile in questa sede una specifica trattazione delle origini storiche della continuazione, basterà ricordare come le prime tracce dell'istituto in esame si ritrovano negli studi dei Commentatori e negli Statuti comunali, secondo i quali la nozione di azione unica e di reato unico erano dilatate, con la conseguenza che il riconoscimento della pluralità delle azioni e di reati veniva pesantemente ridotto. Invero, le ipotesi cui tali studiosi facevano riferimento erano, essenzialmente, quelle di una pluralità di furti, casi nei quali non soltanto le violazioni erano di natura omogenea, ma anche l'eventuale frazionamento della condotta poteva sembrare poco rilevante ed occasionale, sul piano della lesività.

Le prime codificazioni dell'istituto *de quo* risalgono ai codici del 1889 e del 1930. E proprio il Codice del 1930, all'art. 81, 2° comma, detta per il reato continuato un regime sanzionatorio più mite rispetto quello previsto, in linea generale, per tutte le rimanenti ipotesi di concorso materiale di reati: in luogo del c.d. cumulo materiale, per il quale vanno aritmeticamente sommate le pene previste per ciascun reato commesso, si preferì la strada del cumulo giuridico, con applicazione della pena prevista per il reato più grave fra quelli commessi, aumentato al massimo fino al triplo, e comunque in misura mai superiore a quella che potrebbe essere raggiunta applicando il cumulo materiale.

In questa breve introduzione di carattere generale sull'istituto penalistico in esame, dobbiamo ulteriormente precisare che l'attuale formulazione dell'art. 81, commi 2 e 3 c.p. non coincide con l'originaria formulazione del 1930, per effetto di una modifica legislativa introdotta dall'art. 8 del D. L. 11.04.1974, n. 99, convertito in L. 07.06.1974, n. 220, a seguito della quale rientra oggi nella categoria del reato continuato non solo la plurima violazione della medesima disposizione di legge, ma anche di diverse disposizioni di legge. Quest'ultimo passaggio legislativo rappresenta, secondo la dottrina (COPPI F., voce *Reato continuato*, in Dig. pen., Vol. XI, Torino, 1997, 222 ssgg.) il definitivo superamento dell'intangibile binomio tra il medesimo disegno criminoso e l'identità di disposizione penale violata, ritenuto tale principalmente per esigenze di carattere general-preventive, dato che ammettere il più mite regime sanzionatorio anche quando ad essere violate fossero state diverse disposizioni di legge sarebbe stato ingiustificatamente eccessivo. A tal proposito, appare illuminante la lettura della relazione al disegno di legge da cui venne tratto il testo introduttivo del D.L. n. 99/74, da cui apprendiamo come allo scopo di realizzare un maggiore equilibrio tra esigenze di difesa sociale e funzione rieducativa della pena, «il legislatore era posto di fronte ad un'alternativa: o rivedere la pena edittale per tutti i reati [...] oppure introdurre congegni di carattere generale atti a realizzare la finalità innanzi indicata. La scelta della prima strada avrebbe determinato un lavoro lungo e molto complesso; e d'altra parte avrebbe portato ad un ridimensionamento delle pene edittali almeno per la maggior parte dei reati, che non sarebbe stato del tutto opportuno. Infatti — a parte l'impressione che si sarebbe data di un certo rilassamento del sistema punitivo nel momento meno idoneo — l'abbassamento edittale delle pene avrebbe giovato anche a coloro che non l'avrebbero in concreto meritato; mentre i congegni generali a cui si è posto mano nella presente riforma sono apparsi più idonei ad una individualizzazione della responsabilità soprattutto sul piano della valutazione della personalità del reo».

Inoltre, le diverse azioni criminose, secondo l'impostazione originaria del Codice del 1930, si consideravano come un solo reato, in una sorta di *fictio* giuridica, per cui, cadendo il limite dell'identità della disposizione violata, sarebbe automaticamente venuta meno quell'identità ed unità del reato continuato, affermata a chiare lettere dall'ultimo comma del testo originario dell'art. 81.

Alla luce delle precedenti considerazioni, apparirà di tutta evidenza la portata innovativa della novella del 1974, sia in relazione alla stessa essenza della costruzione della figura del reato continuato, sia in relazione ad esigenze di carattere più squisitamente processuali: intanto, ammettendosi la diversità delle disposizioni vio-

late, implicitamente si ammetteva — sul piano dell'elemento psicologico — la possibilità di inserire in un unico disegno criminoso più azioni delittuose eterogenee, ed inoltre si consegnava al giudice uno strumento più duttile e flessibile che gli consentisse di riconoscere la continuazione in ogni caso di concorso materiale di reati.

Ecco che, in conclusione su tale punto, possiamo oggi definire il reato continuato come una particolare ipotesi di concorso, omogeneo od eterogeneo, di reati, cui la legge, in determinati casi, impone una disciplina unitaria della fattispecie assimilabile a quella propria del reato unico. Come ovvia conseguenza di tale costruzione, dobbiamo precisare che la continuazione non rappresenta affatto un beneficio, la cui concessione sia rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ma, al contrario, un istituto riguardante la qualificazione dei fatti commessi ed il regime sanzionatorio che deve sempre essere osservata, ai sensi dell'art. 1 c.p. e dell'art. 25, comma 2, Cost.

2. Elementi costitutivi.

Alla luce dell'art. 81, comma 2, c. p., gli elementi costitutivi del reato continuato sono tre: 1) la pluralità di azioni od omissioni; 2) più violazioni di legge; 3) il medesimo disegno criminoso.

Circa il primo requisito, si richiede una «pluralità di condotte “autonome” che danno luogo ad altrettanti episodi criminosi» (FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2004, pag. 604). E' quindi necessario che ogni singola violazione integri tutti gli estremi di quel singolo reato, poiché la continuazione è proprio basata su una pluralità di violazioni di legge realizzata mediante altrettanti processi esecutivi che devono essere di per sé stessi compiuti e definiti. Inoltre bisogna precisare come la pluralità di azioni non debba essere tale in senso soltanto naturalistico, dato che queste devono comunque poter essere unificate all'interno di un'azione giuridicamente unitaria: ad esempio, il furto di diversi quadri all'interno di una stessa casa non configura affatto ipotesi di reato continuato, ma un unico reato di furto.

Quanto all'inciso «anche in tempi diversi», esso si riferisce alla possibilità che il *tempus* relativo ad ogni azione od omissione possa essere anche notevolmente distante.

La pluralità di azioni od omissioni, poi, è evidente che ha ragion d'essere nel sistema penale solo se produce una pluralità di violazioni e dunque la sussistenza

di una pluralità di reati. Inoltre, abbiamo già ricordato come, a seguito della novella del 1974, possa trattarsi di violazioni omogenee od eterogenee.

3. Il medesimo disegno criminoso.

A) La dottrina.

Il più importante requisito caratterizzante il reato continuato è però rappresentato dall'unicità del disegno criminoso. Al fine della sua individuazione, la dottrina ha proposto diverse opzioni interpretative. Ma in primo luogo bisogna distinguere tra concezioni oggettive e soggettive: per le prime, il requisito in esame potrebbe ravvisarsi, almeno nelle ipotesi di continuazione omogenea, nella stessa plurima violazione della medesima disposizione di legge, proprio perché l'omogeneità degli illeciti commessi renderebbe meno grave il fatto unitariamente considerato. Ma tale tesi (Pagliaro) è stata sottoposta a numerose critiche da parte di chi (Zagrebelsky, voce *Reato continuato*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987) ha notato come il legislatore penale sia orientato nel senso di una più severa punizione nei casi di plurima violazione della medesima disposizione di legge (come ad esempio nel caso del reato abituale), in assenza di un elemento soggettivo — quale, appunto, il medesimo disegno criminoso — capace di incidere sulla valutazione, in termini di minore disvalore sociale, delle plurime violazioni stesse. Ecco che, allora, la concezione soggettiva appare di gran lunga prevalente e da preferire, fondandosi soprattutto sull'idea che la *reductio ad unitatem* propria del reato continuato sia data solo ed esclusivamente dall'atteggiamento psicologico dell'agente, che lo porta ad esercitare l'opzione criminosa una sola volta.

All'interno della concezione soggettiva, una prima teoria (Pisapia, De Francesco) ravvisa l'unicità del disegno criminoso secondo un'accezione puramente intellettuale, identificandola con la mera rappresentazione mentale anticipata dei singoli episodi delittuosi che saranno poi effettivamente commessi, che comunque deve precedere la commissione del primo dei reati programmati.

Seguendo un secondo orientamento (Rampioni, Zagrebelsky, Ambrosetti, Fiandaca-Musco, Romano), oltre alla rappresentazione mentale anticipata (elemento intellettuale), sarebbe richiesta l'unicità dello scopo (elemento finalistico). Quindi, i singoli reati immaginati e disegnati nel programma delittuoso iniziale dovrebbero tutti essere diretti ad un obiettivo unitario, dal punto di vista del soggetto agente.

Premesso che per tutti gli autori il medesimo disegno criminoso non

dev'essere mai dettagliato — nel senso che debbano essere previste le modalità di esecuzione di ciascun singolo reato —, sostengono alcuni che il programma iniziale debba essere specifico, nel senso che il soggetto si deve rappresentare tutti i reati che intende commettere, con la conseguenza che la realizzazione di un reato che il soggetto non si era preventivamente rappresentato non potrebbe essere ricompresa nella continuazione. Secondo altri autori, invece, tale programma può essere aperto o eventuale, potendo ricomprendere anche ulteriori reati, non inizialmente programmati, ma legati pur sempre dal medesimo scopo. Su questo punto, pare cogliere nel segno l'osservazione per cui chi privilegia la programmazione specifica accentua l'elemento razionale-intellettivo, mentre chi opta per la programmazione aperta pone l'accento sull'elemento volitivo-finalistico del medesimo disegno criminoso.

Ad ogni modo, preso atto che l'unicità del disegno criminoso rappresenta, a seguito della novella del 1974, l'unico elemento in grado di ricondurre ad unità giuridica i diversi reati commessi sotto il vincolo della continuazione, sembra preferibile l'adesione a tale ultimo orientamento; se si dovesse rinunciare all'elemento finalistico, verrebbe, infatti, a mancare qualunque riferimento certo al fine di raggruppare, sotto il disposto dell'art. 81 c.p., diversi reati, che possono anche essere eterogenei. E del resto tale esigenza veniva avvertita fin dagli studiosi medievali del diritto, se è vero che Bartolo da Sassoferrato scriveva che «*quando plura delicta tendunt ad eundem finem, pro uno tantum puniuntur*».

Senonché, secondo alcuni autori, tale ricostruzione in chiave finalistica dell'identità del disegno criminoso impedirebbe di configurare il reato continuato fra reati colposi. Evidentemente, tale tesi ritiene impossibile la ricomprensione in un unico disegno criminoso — che abbracci non soltanto le condotte, ma anche gli eventi — di reati colposi, dato che in tali casi verrebbe a mancare in chi agisce colposamente proprio quella volontarietà dello scopo unitario inizialmente postulata.

Tuttavia, si potrebbe superare l'ostacolo, riconoscendo che nel disegno criminoso, ex art. 81 c.p., devono essere volute le condotte, e non anche gli eventi dei vari reati. Il medesimo disegno criminoso, infatti, prescinde dall'elemento psicologico proprio di ciascun singolo reato, e quindi non può essere concepito come atteggiamento psicologico che precede nel tempo la commissione dello stesso reato (eventualmente anche colposo). A tal proposito l'esempio fornito (PADOVANI, Diritto Penale) è quello dell'imprenditore che, per ridurre i costi, programmi una serie di condotte violatrici delle disposizioni antifortunistiche, dalle quali derivino la morte o le lesioni di alcuni operai, siano tali eventi voluti o meno. Insomma, non vi sarebbero ragioni plausibili dal punto di vista teorico, né sotto il profilo dell'elemento psicolo-

gico, per escludere l'identità del disegno criminoso nell'ipotesi in cui non sia stato previsto l'evento medesimo. Ben può accadere, infatti, che l'agente sia perfettamente conscio dell'illiceità delle condotte di cui programma la realizzazione, ed abbia, pur tuttavia, escluso la verifica che a quelle condotte seguano gli eventi che poi materialmente si verificheranno.

Chiariti tali concetti, bisogna ulteriormente precisare, che l'identità del disegno criminoso non può essere confusa con l'elemento psicologico del singolo reato posto in essere e proprio di quella singola violazione. Infatti, come detto in precedenza, i singoli reati legati dal vincolo della continuazione devono tutti essere perfettamente identificabili e riconducibili, in tutti i loro elementi costitutivi, alle singole rispettive fattispecie.

4. segue: B) Gli indirizzi giurisprudenziali.

Passando adesso ad un rapido *excursus* delle posizioni della giurisprudenza in materia, l'identità del disegno criminoso — abbracciando la tesi dottrina dell'elemento intellettuale — viene identificata soprattutto con il c.d. programma criminoso, che l'agente deve formulare prima (ancora una volta è posto un particolare accento sul momento cronologico) di porre in essere le varie condotte. Non è richiesto che tale disegno sia stato definito in tutti i suoi elementi e dettagli, né che il reo si sia prefigurato le diverse condotte e le relative violazioni in tutte le loro articolazioni con completezza, essendo, invece, necessaria la raffigurazione mentale quanto meno «nelle sue linee generali ed essenziali» (Cass. pen., Sez. VI, 26.09.1997, n. 3650; nello stesso senso, più di recente: Cass. pen., Sez. I, 03.10.2002, n. 33036). Ma, allo stesso modo, non può essere riconosciuta la continuazione se «la volontà di commettere più reati per scelta delinquenziale, dovuta alla generica deliberazione di persistere nella condotta delittuosa, non ha nulla a che vedere con l'unicità del disegno criminoso tra due o più reati. Questa, consistendo in un progetto delinquenziale unitario, [...] non può essere confusa con l'abitudine a commettere un determinato tipo di reato» (Cass. pen., Sez. IV, 26.03.1993, Montà, in Cass. Pen., 1995, 1231). In simili fattispecie, e decidendo più di recente nello stesso senso, la Suprema Corte ha statuito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 81 c.p., sarebbe stato necessario fornire adeguata prova dell'esistenza di «un'ideazione preventiva ed unitaria», tramite una serie di elementi «dai quali possa desumersi che sin dalla commissione del primo reato esistesse un programma criminoso diretto alla commissione

degli altri reati» (Cass. pen., Sez. I, 26.02.2002, n. 7518; Cass. pen., Sez. V, 09.07.2002, n. 26176).

Il disegno criminoso, secondo unanime dottrina e giurisprudenza, deve precedere l'inizio della prima azione od omissione, in modo da poter ritenere operante la continuazione «solo quando risulti che l'autore abbia già previsto e deliberato in origine nei tratti essenziali l'iter criminoso da percorrere e i singoli reati attraverso cui esso si snoda» (Cass. pen., Sez. I, 15.11.2000, n. 6522).

Per quanto attiene il problema della continuazione nell'ipotesi di colpa, la giurisprudenza assolutamente prevalente della Cassazione tende a negarla nel caso di più reati colposi, sulla base della nota considerazione, richiamata anche dalla dottrina, per cui in tali casi «la natura colposa esclude che possa essere ipotizzata l'unicità del disegno criminoso» (Cass. pen., Sez. IV, 08.07.2002, n. 33300). Esiste qualche isolata pronuncia, però, secondo la quale tale incompatibilità si dovrebbe ravvisare soltanto in presenza di colpa incosciente; in caso di colpa cosciente, invece, vi sarebbe compatibilità con la continuazione (Cass. pen., 13.12.1985, in Cass. Pen., 1985, 742).

Nel caso in cui siano stati commessi delitti e contravvenzioni, invece, la Cassazione non ha avuto difficoltà a riconoscere il vincolo della continuazione (Cass. Pen., 02.10.1997, Barra, CED 208977; Cass. Pen., 08.09.1994, Cairo, CED 198816), purché, però, la contravvenzione sia punita a titolo di dolo, e questo sia stato materialmente accertato caso per caso (Cass. Pen., 10.10.1975, Boniello, CED 137262).

L'eventuale lasso di tempo intercorso tra le varie condotte non esclude di per sé stesso la continuazione: guardando all'elemento psicologico, si può infatti riconoscere l'identità del disegno criminoso, anche se le condotte siano molto distanti nel tempo tra di loro. A favore di tale lettura il tenore dell'art. 81, comma 2 c.p., nella parte in cui chiarisce che le diverse violazioni possono essere commesse «anche in tempi diversi»: a meno di voler ritenere pleonastica tale affermazione normativa, bisognerebbe riconoscere che con tale espressa precisazione il legislatore abbia voluto specificare che le diverse violazioni unificate dal vincolo della continuazione possano essere commesse anche in tempi sensibilmente distanti l'una dall'altra. Tuttavia, la migliore dottrina (COPPI F., *op. ult. cit.*) avverte come tale circostanza debba essere valutata molto attentamente dal giudice, potendo essere sintomo dell'autonomia delle diverse azioni od omissioni. A tale riguardo, la Cassazione ha affermato che bisogna attribuire un particolare valore indiziante all'accertamento del lasso di tempo intercorso fra i reati che si pretendono espressione del medesimo disegno crimino-

so. In tale prospettiva, la Suprema Corte ha affermato che la vicinanza o la lontananza temporale non possono essere poste sullo stesso piano: da una parte, infatti, il breve lasso di tempo intercorso tra la commissione di due fatti criminosi può costituire un «principio di prova» indiretta dell'esistenza del medesimo disegno criminoso che li unifica, per cui il disegno dovrà ritenersi accertato sempre che concorrono altri indizi capaci di confermare l'assunto; viceversa, la lontananza temporale fra i reati, di per sé, costituisce oggettivamente un indizio negativo della sussistenza del vincolo della continuazione: infatti, secondo una regola di comune esperienza, la condotta umana, sia quella attiva che omissiva, è dal punto di vista psicologico conseguenza immediata di una precedente attività ideativa e volitiva (Cass. pen., Sez. I, 11.03.1994, Basile, in Riv. Pen., 1994, 1127; Sez. IV, 22.04.1993, Frisoni, in Cass. Pen., 1994, 2445).

Riguardo al connotato della continuità fra le diverse azioni od omissioni, la giurisprudenza di legittimità ha espresso, più di recente, il principio per cui «il vincolo della continuazione non è incompatibile con la commissione di reati permanenti la cui consumazione sia frammentata da eventi interruttivi costituiti da fasi di detenzione o di condanne» (Cass. pen., Sez. VI, 13.03.1997, n. 8851).

Una trattazione autonoma meriterebbe, invece, la questione relativa alla compatibilità tra reato continuato e reati associativi. Si tratta, infatti, di un *punctum dolens* nell'applicazione pratica dell'istituto della continuazione, ancora aperto in giurisprudenza nonostante le numerose pronunce della Cassazione abbiano cercato di dirimere le divergenze interpretative, sotto le spinte della dottrina, in larga parte favorevole alla tesi della compatibilità. La delicatezza del tema è dovuta in misura non trascurabile alla difficile conciliabilità tra le diverse funzioni cui assolvono le due figure sostanziali: il reato continuato, come abbiamo avuto modo di vedere in precedenza, rappresenta espressione del più generale principio del *favor rei*, mentre i reati associativi rispondono ad un'esigenza eminentemente repressiva, nei confronti di un fenomeno particolarmente allarmante dal punto di vista sociale, quale l'associazione a delinquere.

Volendo ripercorrere alquanto sommariamente, in questa sede, gli orientamenti della Suprema Corte sul tema, prendiamo spunto proprio da tale ultima considerazione per dare conto di un orientamento (Cass. pen., Sez. V, 24.09.1985, Persico, in Cass. pen., 1986, 879) ispirato ad esigenze di politica criminale, per il quale non sarebbe ammissibile la continuazione nelle ipotesi di reati associativi, in quanto ne risulterebbe del tutto vanificata ed annullata la sanzione prevista dal legislatore penale per punire gli accordi associativi. Il meccanismo del cumulo giuridico —

secondo il ragionamento seguito dalla Cassazione — porterebbe all'inaccettabile conseguenza di ridurre la sanzione per il delitto di associazione a mero accessorio fattore di aumento della pena base prevista per il reato più grave, almeno nelle ipotesi in cui non sia l'associazione a delinquere la violazione più grave. Insomma, verrebbe intaccata la «totale autonomia, anche sanzionatoria» del reato associativo se si ammettesse la possibilità di unificare sotto il vincolo della continuazione sia reati associativi che reati di altra natura.

Altro orientamento della Cassazione, che ha avuto ben maggiore seguito (tra le ultime pronunce: Cass. pen., Sez. VI, 24.10.1997, n. 3650), si fonda su ragioni di ordine strutturale, in quanto mentre l'associazione si contraddistingue per l'accordo diretto alla realizzazione di un programma criminoso generale e continuativo, trascendente i singoli reati ed i relativi accordi particolari e, soprattutto, viene punita indipendentemente dalla loro concreta commissione (costituendo il reato di associazione, come noto, un reato di pericolo), al fine di potersi riconoscere il reato continuato non sarebbe sufficiente un generico programma di attività delinquenziale, ma occorrerebbe che tutte le diverse azioni od omissioni siano ricomprese — e sin dal primo momento, almeno nei loro elementi essenziali — nell'originario disegno criminoso (Cass. pen., 01.06.1983, in Cass. Pen., 1985, 621, con nota Del Corso; in termini positivi, ovvero richiedendosi l'accertamento che «fin dal momento della costituzione dell'associazione siano stati programmati i singoli reati che dovranno essere commessi, con un disegno definito dei delitti realizzabili in attuazione dell'oggetto sociale criminoso», vedi Cass. pen., Sez. I, 26.03.1998, n. 1815). Come risulta evidente, però, tale posizione negatoria della Suprema Corte si fonda essenzialmente sul presupposto della necessità, ai fini dell'individuazione dell'unicità del disegno criminoso, dell'iniziale previsione delle diverse azioni criminose, che dev'essere non generica, almeno in ordine agli elementi essenziali delle stesse.

Un altro orientamento della Suprema, però, ha avuto modo di precisare che «nulla [...] in "rerum natura" si oppone alla circostanza per cui, sin dall'inizio, nel programma criminoso dell'associazione, si concepiscano uno o più reati-fine individuati nelle loro linee essenziali» (Cass. pen., Sez. VI, 02.04.1997, n. 1474). In tali casi, quindi, la valutazione sull'esistenza dei due programmi criminosi integrerebbe una *quaestio facti*, da rimettere volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, al quale viene affidato il delicato compito di accertare la preventiva previsione e deliberazione, fin dalla costituzione del vincolo associativo, dei reati poi effettivamente commessi e da unificare ex art. 81 c.p. Emerge chiaramente da tali pronunce l'impossibilità di escludere a priori che l'accordo associativo sia caratterizzato pro-

prio da un programma specifico, estremamente dettagliato (Cass. pen., 04.05.1981, *Massimario cass. pen.*, 1981,1082, m. 149934).

Allo stesso modo, può anche accadere che il medesimo disegno criminoso *ex art. 81, comma 2 c.p.* sia integrato non solo da condotte ben determinate sin dall'inizio dell'attività delittuosa, ma anche da comportamenti che potranno essere materialmente realizzati in via meramente eventuale. Insomma, come riconosciuto anche in dottrina (G. INSOLERA, *Sui rapporti tra associazione per delinquere e reato continuato*, in *Indice Penale*, 1983, 385 ss.), appare quanto meno dubbio e labile il confine tra concorso di persone nel reato continuato ed associazione a delinquere, ponendo ad esclusivo parametro di riferimento la sussistenza o meno del programma criminoso. E tale contrasto giurisprudenziale sembra la dimostrazione di una difficoltà a distinguere tra le due figure criminose, la cui *ratio* ispiratrice appare rispondente a due opposte finalità: da un lato abbiamo la concezione del reato associativo tale per cui viene a sfumare ogni ragionevole differenza rispetto le ipotesi di mero accordo disciplinate dall'art. 115 c.p., e, quindi, di natura eminentemente repressiva; dall'altro una visione generale dell'istituto della continuazione, ispirata — come esaminato nel primo paragrafo — fondamentalmente ad esigenze di attenuazione del trattamento sanzionatorio.

Tuttavia, a nostro parere, stante il carattere del reato continuato di istituto riguardante la qualificazione dei fatti commessi (v. par. n. 1) e attesa la natura di pena legale ai sensi dell'art. 25, comma 2 Cost. ed art. 1 c.p. della pena prevista dall'art. 81 cpv. c.p. (Corte Cost., sent. n. 312/'88), bisogna privilegiare l'orientamento favorevole alla compatibilità, dato che l'unico presupposto capace di bloccare l'operatività del reato continuato non può che essere l'assenza del medesimo disegno criminoso: una volta che si sia accertata la sua esistenza, non potrebbe essere validamente esclusa la sua operatività, adducendo discutibili ostacoli di politica criminale o ragioni teoriche di pretesa incompatibilità strutturale tra i due istituti. E tutto ciò senza voler minimamente sottacere la notevole difficoltà, sotto il profilo dell'onere probatorio, di dover dimostrare l'esistenza dei due programmi criminali al momento della costituzione del vincolo associativo.

CAPITOLO II
Il reato continuato
nell'ordinario giudizio di cognizione

1. La competenza per connessione e la riunione dei processi.

Il Codice di procedura penale prevede un particolare tipo di competenza per il caso in cui esistano più fatti, i quali, in astratto, potrebbero ciascuno dare vita ad un diverso ed autonomo processo, il cui esito finirebbe comunque per dover incidere parzialmente o, addirittura, per identificarsi con l'accertamento avutosi nell'altro o altri processi. Tale circostanza rende opportuno il confluire di tutti questi processi in un unico *simultaneus processus*, il cui scopo è quello di realizzare l'unitarietà di acquisizione e di valutazione delle prove che consenta, quindi, di ottenere giudizi più rapidi, di applicare pene proporzionate e di evitare possibili contrasti tra giudicati.

La competenza che scaturisce da tali situazioni prende il nome di competenza per connessione (art. 12 c.p.p.), la quale può essere sia eterogenea, quando le diverse regiodicande che confluiranno nel medesimo processo appartengono alla competenza di giudici diversi, oppure omogenea, allorché siano invece di competenza dello stesso giudice.

Ai fini del nostro ragionamento, ci soffermiamo sulla ipotesi prevista dalla lettera *b*), ovvero il caso in cui «una persona è imputata di più reati commessi [...] con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso». Intanto, il dato che emerge dalla lettura della suddetta disposizione — frutto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 1 del D.L. 20 novembre 1991, n. 367, il quale estese le ipotesi di connessione inizialmente non riguardanti la connessione (per i dubbi espressi dalla dottrina sul precedente assetto dell'art. 12 c.p.p. vedi, per tutti, LOTITO G., *Note minime in ordine alla competenza per territorio nel nuovo codice di procedura penale nei casi di reato continuato*, Arch. Proc. Pen., 1990, 205 ss.) — è relativo alla circostanza per cui gli episodi riuniti in connessione devono riferirsi tutti alla stessa persona, giustificandosi soltanto in tal caso la deroga ai “normali” criteri di individuazione della competenza del giudice; inoltre, la norma si pone come eccezione al principio informatore del Codice riformato, ovvero il *favor separationis*, per il quale si attegga a regola generale la separazione stessa, mentre la riunione è, appunto, un'eccezione. Tale scelta del legislatore del 1988 si giustifica con l'intento di «disinfestare il sistema dall'incivile prassi dei processi a dimensioni mostruose» (TRANCHINA G., *Diritto processuale penale*, Vol. I, 2004, Milano, 100). Del resto, lo stesso Autore chiarisce come l'esigenza di unificare sotto la competenza per connessione le ipotesi di concorso formale e continuazione sia pienamente giustificata da un lato per l'esistenza del nesso sia tra i diversi reati in concorso (rappre-

sentato dal processo esecutivo unitario) che in continuazione (rappresentato dall'unicità del disegno criminoso), e dall'altro per il particolare regime — soprattutto *quoad poenam* — che ne scaturisce. Queste considerazioni hanno indotto alla scelta per il *simultaneus processus*, il quale presenta l'indubbio vantaggio di consentire l'effettuazione di una valutazione unitaria della personalità dell'imputato, soprattutto in funzione dell'eventuale sanzione da irrogare.

La conferma che ci troviamo in presenza di una norma derogatoria a regole generali viene dal principio, affermato dalla Suprema Corte (Cass. pen., 30.07.1993, Bernardini), per il quale l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria di fatti legati dal vincolo della continuazione non può prevalere sull'interesse di un coimputato in uno degli stessi fatti a non essere sottratto al giudice naturale individuato dalla legge, ovvero secondo le norme ordinarie in tema di competenza.

Proseguendo nell'esame del regime della competenza per connessione, l'art. 13 c.p.p. stabilisce il criterio cui far ricorso qualora i singoli episodi su cui si dovrà giudicare appartengano a giurisdizioni diverse, comune e speciale: se alcuni dei procedimenti connessi appartengono alla competenza del giudice ordinario ed altri alla Corte costituzionale (ipotesi, quasi irreali, di concorso nei reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione commessi dal Presidente della Repubblica), sarà competente per tutti quest'ultima; mentre, tra reati militari e comuni la connessione opera a favore del giudice ordinario soltanto quando il reato comune è più grave di quello militare (si seguiranno i criteri dell'art. 16, comma 3 c.p.p. per stabilire quale sia il reato più grave).

Il successivo art. 14 stabilisce che non si ha connessione fra procedimenti relativi ad imputati che al momento del fatto erano minorenni e procedimenti relativi ad imputati maggiorenni: in questo caso prevale la regola dell'assoluta insottraibilità del giudice speciale, in quanto giudice naturale, del minorenne (*a fortiori* oggi, alla luce del particolare significato che assume il processo minorile, ispirato da un'accentuata protezione del soggetto minorenne). Allo stesso modo la connessione non opera fra procedimenti per i reati compiuti quando l'imputato era minorenne e procedimenti per reati commessi quando era maggiorenne.

L'art. 15 c.p.p. disciplina le ripercussioni che la competenza per connessione causa sulle regole ordinarie di competenza per materia. Il criterio informatore è quello della competenza del giudice superiore, per cui se alcuni reati appartengono alla competenza della Corte d'Assise ed altri al Tribunale, è competente per tutti la Corte d'Assise. Mentre l'art. 17 regola l'aspetto relativo alla competenza territoriale: se tutti i reati appartengono allo stesso giudice per materia (connessione omoge-

nea), allora il giudice competente per connessione sarà quello territorialmente competente per il reato più grave. Se tutti i reati sono di pari gravità, sarà competente il giudice del luogo nel quale è stato commesso il primo reato. Il secondo comma riguarda specificamente l'ipotesi del concorso di persone, per cui non lo analizzeremo in questa sede. Mentre, il terzo comma stabilisce i criteri per determinare quale sia il reato più grave ai fini sia del comma 1 che dell'art. 13, comma 2 precedentemente esaminato: i delitti si considerano più gravi delle contravvenzioni; fra delitti o contravvenzioni si considera più grave il reato per il quale è prevista la pena più elevata nel massimo, ovvero, in caso di parità di massimi, la pena più elevata nel minimo; se sono previste pene detentive e pecuniarie, di queste ultime si tiene conto solo in caso di parità delle pene detentive.

Per fornire un quadro più completo sull'argomento in esame, bisogna precisare che, soprattutto in passato, sono stati sollevati da parte della dottrina forti dubbi in ordine alla compatibilità della competenza per connessione con il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.). Tali dubbi trovavano fondamento nella forza derogatoria che, come abbiamo visto, tale forma di attribuzione esercita rispetto le regole ordinarie sulla competenza. La Consulta è intervenuta sull'argomento (sent. n. 117 del 1972), sottolineando come la nozione di giudice naturale precostituito per legge ricomprenda anche tutte quelle disposizioni che, come le norme sulla competenza per connessione, sono dettate in deroga alle regole generali, in forza di criteri che razionalmente valutino i disparati interessi posti in gioco dal processo e che l'esigenza della precostituzione è rispettata allorché l'organo giudicante sia istituito dalla legge in base a parametri generali fissati in anticipo, e non già in vista di singole controversie. Il principio fissato all'art. 25, comma 1 Cost., pertanto, non risulta violato in quei casi nei quali la legge preveda la possibilità di spostare la competenza da un giudice ad uno diverso, purché anche quest'ultimo sia precostituito, quando tale spostamento sia necessario per assicurare il rispetto di altri principi essenziali, quali l'ordine e la coerenza nella decisione di cause tra di loro connesse.

Diverso dal fenomeno della connessione, che si verifica quando esistono più giudici che, in astratto, sarebbero tutti competenti a giudicare dei singoli fatti legati tra di loro dal vincolo della continuazione, è il fenomeno della riunione dei processi, che si verifica quando i diversi processi appartengono tutti alla competenza dello stesso giudice, il quale, per esigenze di celerità e di semplificazione, o quando lo ritenga necessario per l'accertamento dei fatti, può disporre la trattazione congiunta.

Ai sensi dell'art. 17 c.p.p., la riunione dei processi "può" essere disposta dal

giudice quando non determini un ritardo nella definizione degli stessi, nelle ipotesi dell'art. 12, ovvero della connessione. Il riferimento alla valutazione del giudice in ordine alla riunione è da intendersi nel senso di una valutazione discrezionale, e quindi incensurabile (Cass. pen., 25.05.1996, Bascio), del giudice, ed è subordinata all'accertamento di due presupposti: che i processi siano pendenti nello stesso grado e avanti al medesimo giudice, e che la loro trattazione congiunta non determini un ritardo nella definizione. Nel caso in cui i processi pendenti avanti al tribunale si trovino sia in sede monocratica che collegiale, la riunione sarà disposta avanti all'organo composto collegialmente, e tale composizione rimarrà ferma anche nel caso di successiva separazione dei processi (art. 17, comma 1-*bis* c.p.p.).

2. L'accertamento della continuazione ed il “dogma” della res judicata.

A questo punto della trattazione, appare opportuno soffermarsi su alcuni aspetti particolarmente problematici relativi al riconoscimento della continuazione, con l'avvertenza che di tali aspetti è chiamato ad occuparsi tanto il giudice della cognizione, quanto (come vedremo meglio nel capitolo successivo) il giudice dell'esecuzione.

Il principio dell'intangibilità del giudicato richiede che quanto il primo giudice ha accertato e, di conseguenza, la pena da lui determinata sono intoccabili. Ed in effetti, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice di rito e della norma contenuta nell'art. 671, il postulato testé enunciato veniva ritenuto indiscutibile, argomentando che, se il reato continuato viene considerato un'unità giuridica (reale o fittizia poco importa) e se esso viene giudicato con sentenza definitiva, allora non potrà non operare il principio del *ne bis in idem* (SABATINI G., *Influenza del giudicato penale di condanna sui fatti di continuazione posteriormente accertati, La scuola penale unitaria*, 1927, 56). Tuttavia, da parte dei sostenitori di questa tesi non mancavano Autori che si dogliassero dell'ingiustizia della soluzione, poiché fatti integranti gli estremi di compiute violazioni di legge penale rimanevano in tal modo senza una corrispondente sanzione (DELITALIA A., *In tema di reato continuato, Riv. It. Dir. Pen.*, 1929, I, 192). Secondo i sostenitori della tesi per cui il reato continuato non è una figura unitaria di reato, ma una semplice deroga alle disposizioni sul concorso di reati, non vi sarebbe alcuna difficoltà ad ammettere che la sentenza definitiva operi una divisione assoluta tra le violazioni già accertate e quelle successive; dato che queste ultime costituiscono reati in sé perfettamente compiuti, le infrazioni emerse

dopo la sentenza non soltanto dovranno essere sanzionate, ma dovranno essere considerate alla stregua di un nuovo autonomo reato, dato che proprio la presenza della sentenza definitiva renderebbe ormai impossibile l'unificazione in un solo reato continuato delle vecchie e delle nuove violazioni (Cass., 07.02.1923, Trazzi, in Riv. Pen., 1923, 144).

Da queste basi teoriche nasceva la concezione del c.d. giudizio suppletivo, fondato essenzialmente sulla assoluta intangibilità della pena-base fissata dal primo giudice e favorevole alla possibilità per il secondo giudice di dichiarare la continuazione almeno nel caso in cui fosse stata accertata per prima la violazione più grave. In questo senso, la dottrina notò come, implicitamente, si fosse già in qualche modo superata l'idea che la sentenza definitiva operasse una sorta di cesura ineliminabile tra vecchie e nuove violazioni, riconoscendo così che «la presenza del giudicato, in sé, non paralizza l'operatività dell'art. 81 comma 2 e 3 c.p.» (COPPI F., *Reato continuato e cosa giudicata: accertamento della violazione più grave dopo la sentenza e nuova determinazione della pena-base*, in *Giur. Mer.*, 1970, II, 89). Lo stesso autore ebbe modo di osservare come l'origine di tale problema dovesse riconoscersi nella mancanza di una norma che disciplinasse il rapporto tra cosa giudicata e reato continuato, in mancanza della quale la giurisprudenza elaborò due regole-cardine per risolvere il dilemma: quella dell'intangibilità della pena-base, stabilita dal primo giudice, e quella per cui la stessa pena-base dev'essere calcolata in funzione della violazione più grave.

Tale regola, che dominò in giurisprudenza per lungo tempo, si basava ovviamente sulla persuasione che il giudicato penale fosse assistito da un'intangibilità assoluta e definitiva, postulato, questo, destinato ad operare anche perché non esplicitamente risolto dalla legge, come nel caso specifico del reato continuato. Ma, si obiettò, se è vero che l'intangibilità del giudicato costituisce una regola di indiscussa importanza, tuttavia non è la sola regola operante nell'ordinamento, e che alla stessa «è possibile derogare in certi casi, e cioè quando, in mancanza di esplicite controindicazioni ed anzi in presenza di indicazioni contrarie al mantenimento dell'intangibilità [...] si presenta la necessità di attuare istanze ancora più importanti» (*ibidem*). A dimostrazione di tale assunto, venivano dal medesimo autore portati alcuni esempi, come quello dell'istituto della revisione e la disposizione dell'art. 579 del vecchio Codice (conflitti pratici di giudicati, secondo la quale la Cassazione, in presenza di una pluralità di condanne per il medesimo fatto contro la stessa persona, «dichiara con ordinanza doversi eseguire la sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave ed annulla le altre»), a mente dei quali «non c'è posto per il

“mito” del giudicato». L'unico modo accettabile, quindi, di risolvere il problema poteva essere quello di verificare se, anche nel caso del reato continuato, dovesse essere rispettata l'assoluta intangibilità del giudicato, e non già quello di ripetere lo stanco ritornello della sua sicura e scontata validità.

L'aspetto interessante della questione — che oggi, sotto il vigore del “nuovo” Codice, è da ritenersi del tutto superata — risiede nelle argomentazioni fornite dalla dottrina più avveduta, la quale, ben trentacinque anni addietro, affermava che «l'individuazione della violazione più grave fra tutte e la determinazione della gravità di questa e delle altre possono essere correttamente eseguite innanzi tutto solo se il giudice conosce effettivamente tutte le infrazioni e, in secondo luogo, soltanto se nella prospettiva di tutto il reato continuato egli può liberamente precisare, indipendentemente dagli apprezzamenti eventualmente espressi da altri giudici su alcune delle infrazioni in precedenza accertate, il disvalore di ognuna delle violazioni» (*ibidem*). Inoltre, qualunque possa essere la tesi relativa alla natura giuridica del reato continuato, le disposizioni dell'art. 81, commi 2 e 3 c.p. assolvono lo stesso valore inderogabile dell'art. 1 c.p. e di tutte le altre norme che individuano fatti penalmente rilevanti come reato e che prevedono un preciso ed inderogabile regime sanzionatorio.

In altre parole, l'esigenza pressante evidenziata in tali illuminate ed attualissime argomentazioni finisce con il trovare la più completa e sicura soddisfazione nella nuova formulazione dell'art. 671 c.p.p., nato proprio da tali discussioni, volte, alla fine, a dare attuazione a principi di natura costituzionale, come il diritto di difesa ed il principio di eguaglianza, i quali verrebbero lesi se si imbastissero nei confronti dell'imputato di più reati tanti processi quanti sono gli illeciti penali contestatigli: costui si troverebbe, ai fini dell'applicazione del regime del cumulo giuridico, in condizioni indubbiamente più sfavorevoli rispetto a chi può usufruire di un unico processo. Ecco che apparve, allora, necessario recuperare nella fase esecutiva quanto perduto in fase di cognizione.

Sul dibattito relativo al tema in discussione è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 9 aprile 1987, in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, commi 2 e 3 c.p. e 90 c.p.p. in relazione agli artt. 3 e 25, comma 2 Cost. L'ipotesi da cui proviene tale questione di legittimità era relativa al giudicato intervenuto su una violazione di carattere meno grave rispetto a quella ancora da giudicare, che tuttavia risultava collegata alla prima dall'unicità del disegno criminoso. Tale fattispecie, insomma, integrava un tipico caso in cui la giurisprudenza di legittimità consolidata escludeva la possibilità di applicare

l'istituto della continuazione, proprio perché per prima era stata accertata, con sentenza passata in giudicato, la violazione meno grave. La Corte esamina in senso critico tale orientamento interpretativo, ritenuto irragionevole in primo luogo per il fatto che la legge non fa alcuna distinzione tra accertamento anteriore del reato più o meno grave, né pone altre condizioni, se non quella concernente l'accertamento dell'unicità del disegno criminoso di cui le singole violazioni si pongono come attuative. Testualmente, osserva la Consulta che «se si considera che è proprio il legislatore ad avere previsto che la comminazione delle più violazioni avvenga “anche in tempi diversi” senza che per questo resti alterata la sostanza della fattispecie di reato continuato [...] si deve convenire che appare quanto meno incoerente con tali premesse che una situazione processuale (giudizio in tempi diversi) ordinariamente corrispondente appunto a quella diversa commissione temporale dei fatti di reato impedisca l'applicazione della pena nei sensi prescritti dalla legge».

Per quanto più propriamente riguarda l'art. 90 del vecchio Codice di rito, il Giudice delle leggi osserva che, per lungo tempo, il principio dell'intangibilità del giudicato è stato invocato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità proprio a giustificazione della tesi negatoria circa il riconoscimento della continuazione, dopo l'accertamento della violazione più grave. Ma, proprio tale principio sottende, oltre alle giuste istanze di certezza, anche fondamentali ragioni di garanzia nei confronti dell'imputato: tale duplice funzione della *res judicata* comporta, in sostanza, che il giudicato penale avrebbe avuto come scopo principale quello di determinare l'immutabilità di una certa situazione giuridica, e, quale ulteriore effetto (ma non meno importante) la preclusione di un nuovo giudizio penale a carico della stessa persona e per lo stesso fatto. Pertanto, si osserva sempre nel ragionamento della Corte costituzionale, il principio dell'intangibilità del giudicato assolve prima ancora della funzione di certezza, una funzione di garanzia, tutelando l'imputato, prosciolto o condannato che sia con sentenza irrevocabile, dall'eventualità di un nuovo procedimento penale. Come rilevato dalla stessa Corte, «risulta chiaramente dallo stesso art. 90 c.p.p. che la disposizione è tendenzialmente a favore dell'imputato, che nella norma trova rigorosa tutela dalla possibilità di essere sottoposto a nuovo giudizio per lo stesso fatto. Ora, ogniqualvolta si consenta invece, qualunque sia la ragione, che il giudicato impedisca di applicare l'istituto della continuazione all'intero sviluppo esecutivo dell'unico disegno criminoso, si viola proprio l'art. 90 c.p.p.».

3. L'individuazione della violazione più grave.

Altro punto piuttosto controverso circa la disciplina di applicazione processuale del reato continuato è rappresentato dalla questione relativa all'accertamento della violazione più grave che, ai sensi dell'art. 81, comma 1 c.p., è necessario determinare ai fini dell'applicazione della sanzione.

La dottrina e la giurisprudenza hanno fatto registrare sul punto due opposti orientamenti. Secondo alcuni autori (Fiandaca, Gaito, Nuvolone, Pagliaro) occorrerebbe far riferimento all'astratta previsione normativa, cioè alla c.d. pena edittale, per cui sarebbe violazione più grave quella per la quale la legge prevede una sanzione qualitativamente più grave (ad esempio, pena detentiva rispetto a pena pecuniaria), ovvero quantitativamente più grave (si applicherà la pena avente il massimo più elevato, oppure, a parità di pena massima, avente il limite minimo superiore). Nell'ambito di tale astratta valutazione si faranno rientrare anche alcuni elementi in grado di incidere sulla gravità delle sanzioni edittali comminate per i singoli reati: si terrà, quindi, conto delle circostanze attenuanti ed aggravanti, della recidiva, dell'avvenuta consumazione del reato o del semplice tentativo.

Per altra parte della dottrina (Coppi, Fioravanti, Mantovani, Zagrebelsky), invece, reato più grave sarebbe quello determinato in concreto, ovvero il reato comprensivo di tutti gli elementi prima considerati, più ogni altro — compresi i diversi indici di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p. — capace di incidere sulla valutazione dei singoli episodi in continuazione.

Tale dibattito, che ha avuto forti ripercussioni anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sembrava essere stato risolto a favore della seconda tesi, avallata nel frattempo dalla disposizione dell'art. 187 disp. att. del nuovo Codice di rito, secondo la quale il giudice dell'esecuzione, ai fini dell'applicazione del concorso formale e del reato continuato *ex art.* 671 c.p.p., deve considerare violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena maggiore. Si sosteneva, inoltre, che il criterio astratto poteva comportare l'inconveniente di una inadeguata valutazione dell'effettiva gravità dei vari reati e la conseguente applicazione di una pena sproporzionata (in senso favorevole a tale orientamento: Cass., Sez. Un., 19.06.1982, in Cass. Pen., 1983, 261; Cass., 28.02.1989, in Foro It., rep. 1990, voce Reato continuato, n. 29; Cass., 23.02.1988, id., Rep. 1989, voce cit., 44; Cass., 01.06.1988, ibid., n. 49; Cass., 13.01.1996, in Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, n. 25, 80; Cass. pen., Sez. I, 13.01.1997, in Cass. Pen., 1998, 822). Inoltre, la Suprema Corte rileva come tale criterio sia maggiormente rispondente alla *ratio* della riforma del 1974: ta-

le novella, estendendo l'applicazione della continuazione anche ai reati eterogenei, e consentendo il giudizio di bilanciamento anche tra circostanze semplici e ad effetto speciale o indipendenti e rendendo facoltativo il riconoscimento della recidiva, ha sostanzialmente variato la scala di valori predeterminata dal Codice penale, in base alla gravità dei reati (previsione edittale), trasferendo in tal modo la relativa valutazione alla discrezionalità del giudice (Cass., 25.06.1993, in Riv. Pen., 1994, 278).

Tuttavia, la stessa Cassazione ha più volte affermato la validità dell'opposto criterio astratto (Cass., 25.01.1985, in Foro It., Rep., 1986, voce reato continuato, n. 29; Cass., 21.10.1992, in Cass. Pen., 1984, 1658; Cass., Sez. Un., 27.03.1992, in Foro It., 1992, II, 409; Cass., Sez. Un., 12.12.1993, *ivi*, 1994, II, 437; Cass., 22.04.1997, Motta, in C.E.D. Cass., n. 208568). I corollari di tale orientamento sono i seguenti: tra delitti e contravvenzioni si devono ritenere più gravi i delitti, e ciò anche nel caso in cui la pena edittale prevista per la contravvenzione appaia quantitativamente maggiore rispetto a quella prevista per il delitto, «dal momento che la valutazione meramente quantitativa ha funzioni di integrazione e ad essa si deve ricorrere solo quando si tratti di pene di eguale specie» (Cass. pen., Sez. V, 19.04.1999, n. 1781); fra reati omogenei si considera più grave quello con il più elevato massimo edittale, o, a parità di massimo, con il minimo più elevato; nell'astratta valutazione vanno prese in considerazione le circostanze attenuanti ed aggravanti che si riferiscono al singolo reato ed il loro eventuale bilanciamento, nonché la recidiva, lo stadio di perfezione del reato (consumazione o tentativo). Il fondamento concettuale che sta alla base di tale orientamento consiste nella necessità di evitare il pericolo che il giudice travalichi la valutazione di gravità dei reati operata dal legislatore, realizzando in tal modo una sorta di operazione politico-criminale che rimarrebbe affidata, in definitiva, alla sua mera discrezionalità.

Nel contesto di tale travaglio giurisprudenziale, si è inserita da ultimo una pronuncia delle Sezioni Unite (26.11.1997, in Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, 1998, n. 11, 58 e ss., con nota RIVELLO, ed in Cass. Pen., 1998, 1599; sempre a conferma di tale indirizzo favorevole al criterio astratto, più di recente segnaliamo: Cass. pen., Sez. IV, 20.02.2002, in Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, 2002, n. 18, 73) che ribadisce la validità di tale ultimo orientamento, basato sul criterio astratto. La Corte prende le distanze dalla posizione facente leva sull'art. 187 disp. att. c.p.p., chiarendo che tale norma «deve considerarsi espressamente e logicamente limitata all'esecuzione, perché in fase esecutiva si può solo prendere atto della valutazione compiuta dal giudice della cognizione, di modo che per esaminare sentenze e decreti irrevocabili ai fini del concorso formale o della continuazione, non ci si può riferire

che alle pene che siano state concretamente inflitte. Non può quindi trarsene una regola con valore integrativo dell'art. 81 c.p., rispetto al quale anzi è evidente – per la fase esecutiva – il carattere derogatorio dell'art. 187 disp. att. c.p.p., che altrimenti sarebbe inutile: non a caso, infatti, il legislatore adotta l'espressione “*si considera*” *violazione più grave*».

Tuttavia bisogna dare conto come, pur dopo tale pronuncia a Sezioni Unite ed alla quale seguirono altre sentenze dello stesso orientamento (la già citata sent. n. 1781 del 1999), si registrano alcune recenti pronunce che vanno nel segno esattamente opposto del criterio concreto (Cass., pen., Sez. V, 07.11.2002, n. 37189, in Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, 2003, n. 3, 77), a dimostrazione di un dibattito ancora in corso, e ben lungi dal portesi ritenere risolto in via del tutto definitiva.

4. Sull'ammissibilità della continuazione nel caso di reati puniti con pene eterogenee.

Un ulteriore ostacolo al riconoscimento della continuazione è stato rappresentato, per un certo periodo di tempo, dalla ipotesi di diversi reati puniti con pene eterogenee. A fronte di un vincolo di continuazione, ad esempio, fra un reato punito con la pena pecuniaria ed un altro punito con la pena detentiva, ed in assenza di una espressa norma di legge disciplinante la suddetta ipotesi, ad una parte della dottrina appare dubbia l'applicazione dell'art. 81 c.p., stante il conflitto tra due opposte esigenze: «da un lato, quella di salvaguardare il principio di legalità delle pene; dall'altro, quella di rendere operante nella prassi l'intento legislativo di attribuire all'istituto della continuazione la massima espansione, al di là di ogni lacuna tecnica riscontrabile nell'attuale disciplina dell'istituto» (FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pag. 608). La preoccupazione, insomma, è quella di violare il principio di legalità della pena, nel caso in cui si fosse autorizzato il giudice a “tradurre” una pena di una specie (ad esempio, la multa prevista per il reato meno grave) in altra di specie diversa (ad esempio, la reclusione prevista per il reato più grave). Ma non mancano autori sostenitori dell'ammissibilità della continuazione anche in questi casi, sulla base della motivazione per cui la soluzione estensiva sarebbe richiesta dalla stessa *ratio* dell'art. 81, commi 2 e 3 c.p. (Cosseddu, Rampioni, Zagrebelsky).

Le posizioni della giurisprudenza sono altrettanto variegata. Inizialmente la Cassazione considerava ammissibile la continuazione soltanto nel caso di delitti

puniti con pena congiunta e di delitti puniti con la sola multa, indicando che potesse essere aumentata soltanto la pena pecuniaria (Cass. pen., Sez. V, 11.03.1970, in Giust. Pen., 1971, II, 471). Nella stessa prospettiva, ma dopo la novella codicistica del 1974, la stessa Cassazione prospettava un'eccezione relativamente al caso in cui il reato più grave fosse punito con pene congiunte e quello meno grave con la pena singola della stessa specie (Cass., Sez. Un., 22.10.1977, in Cass. Pen., Mass., 1978, 297). Tali posizioni giurisprudenziali si giustificano con riferimento al criterio scelto per il calcolo della pena *ex art. 81 c.p.*, che consiste nell'aumento della pena-base mediante moltiplicazione della stessa per un fattore superiore a uno e fino a tre: tale operazione comporta che il risultato sia, quanto alla specie, conforme alla pena-base. Di conseguenza viene perduta la varietà delle pene che la legge ricolleggi alle diverse violazioni, ma, di contro, si ha il vantaggio di non violare il principio di legalità delle pene, visto che il risultato finale non sarebbe, comunque, diverso da quello previsto dalla legge (Cass., Sez. Un., 07.02.1981, in Cass. Pen., Mass., 1981, 1191).

Soltanto più recentemente si è pervenuti ad una lenta ma decisa revisione di tale orientamento negatorio, attraverso alcune pronunce della Suprema Corte, che appare opportuno ripercorrere brevemente. Inizialmente, si ebbe il riconoscimento dell'ammissibilità della continuazione anche tra reati, dei quali il più grave sia punito con la sola pena detentiva ed il meno grave con pene congiunte (Cass. pen., 12.12.1980, in Cass. Pen., Mass., 1981, 1250). Successivamente, le Sezioni Unite (sent. 26.05.1984, in Cass. Pen., 1984, 2150) sostennero che le precedenti tendenze limitative portavano «all'inevitabile risultato di punire più severamente, con il sistema del cumulo materiale, un delitto ed una contravvenzione commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso, e meno severamente, con il criterio del cumulo giuridico, due delitti che costituiscono un fenomeno di non dubbia maggior gravità». Inoltre, tutto ciò risulta ancor più aberrante, tenuto conto della tendenza legislativa (ovvero quella risultante dalla novella codicistica del 1974) volta alla più ampia applicazione possibile dell'istituto della continuazione, anche eterogenea. L'unica via d'uscita appare, quindi, nel senso di riconoscere l'applicabilità della continuazione in tutte le ipotesi in cui le molteplici violazioni siano state commesse in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, anche qualora si tratti di reati puniti con pene di specie diverse, come nel caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni, oppure — come nella fattispecie sottoposta all'esame delle Sezioni Unite — tra reati comuni e reati militari.

Nel frattempo, intervenne la Corte costituzionale con la sentenza n. 312 del 17 marzo 1988, con la quale viene recepito l'orientamento della Cassazione testé ri-

ferito, affermando a chiare lettere il principio per cui la configurabilità della continuazione, anche nell'ipotesi di reati puniti con pene di specie diversa, non violerebbe il principio di legalità, in quanto «pena legale non è soltanto quella comminata dalle singole fattispecie penali, ma anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio, compresa evidentemente quella di cui all'art. 81, cpv., c.p.». Una volta chiarito questo principio, viene affermato dalla Corte che unico limite ravvisabile nella disciplina *de qua* sarebbe dato soltanto dall'ultimo comma dell'art. 81 c.p., in cui si vieta di irrogare con il cumulo giuridico una pena superiore a quella applicabile in base al cumulo materiale. Ma, come nota immediatamente la dottrina più avveduta (INGROIA A., *Osservazioni su continuazione e reati puniti con pene eterogenee*, in *Foro It.*, 1989, I, 1774; NAPPI A., *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*, in *Cass. Pen.*, 1988, 1581), la Consulta lascia aperto il dilemma circa l'ipotesi dell'ammissibilità della continuazione tra reati puniti non già con pene di specie diversa (ad esempio, tra reati puniti con l'arresto e la detenzione o con la multa e l'ammenda) — punto sul quale, come già ricordato, la Corte si limita a confermare il precedente consolidato orientamento della Corte di cassazione — ma con pene di genere diverso (ovvero tra reati puniti con pene detentive e reati puniti con pene pecuniarie).

Dopo questa “occasione mancata”, infatti, riaffiorano i dubbi interpretativi in ordine alle ipotesi di reati puniti con pene di genere diverso; tanto che la stessa Cassazione, dopo pochi mesi dalla pronuncia delle Sezioni Unite di cui si è detto sopra, tornava ad affrontare la questione, ma questa volta per negare l'ammissibilità della continuazione tra due reati puniti uno con la reclusione e l'altro con la multa (Cass., pen., 28.03.1985, in *Cass. pen.*, 1986, 59, m. 30). Senza considerare che il criterio enunciato dalle Sezioni Unite finisce con il tradire il principio del *favor rei*, dal momento che, nel caso di reati puniti con pene eterogenee, determina la sanzione complessiva basandosi su un aumento quantitativo della pena prevista per il reato più grave.

Al termine di questo rapido *excursus* della tormentata vicenda giurisprudenziale in esame, possiamo affermare che un grado accettabile di certezza — grazie anche alla pronuncia n. 312 del 1988 della Consulta — si è raggiunto in ordine all'ammissibilità della continuazione quando siano accertati reati puniti con pene di specie diversa. Mentre, per quanto attiene alla diversa ipotesi di reati puniti con pene di genere diverso, ci troviamo tutt'oggi innanzi ad un'inaccettabile incertezza interpretativa, ai limiti del vero e proprio disorientamento. Sostanzialmente, possiamo

riassumere in questi termini le diverse tendenze manifestate dalla giurisprudenza di legittimità: in alcuni casi si è affermato il c.d. criterio della moltiplicazione, secondo il quale sarebbe obbligatorio per il giudice applicare una pena unica, basata su quella prevista per il reato più grave, e ciò anche nei casi di continuazione tra reati puniti con pene di genere diverso (Cass. pen., 12.07.1994, in Foro It., Rep., 1995, voce Reato continuato, n. 5; Cass. pen., 22.11.1994, *ivi*, n. 7; Cass. pen., 09.01.1995, *ivi*, n. 8; Cass. pen., 12.07.1996, in Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, n. 43, 64; Cass. Sez. Un., 27.03.1992, in Foro It., 1992, II, 409). In altre pronunce si è, invece, applicato il c.d. criterio dell'addizione, o sommativa, per il quale sarebbe necessario aggiungere alla pena determinata per la violazione più grave quelle di genere diverso, previste per ciascun reato satellite (Cass. pen., 02.06.1988, in Cass. Pen., 1990, I, 1500; Cass. pen., 03.07.1991, *ivi*, 1992, 1212; Cass. pen., 06.02.1992, in Riv. Pen., 1992, 954).

Con la più volte richiamata sentenza delle Sezioni Unite del 26 novembre 1997, viene ribadito che, ai fini del trattamento del reato continuato, occorre applicare una sola pena, dello stesso genere e della stessa specie di quella prevista per il reato più grave, sulla scorta del dettato dell'art. 81 c.p. (« [...] la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo»). Nella fattispecie sottoposta all'esame delle Sezioni Unite (concorrevano un delitto tentato *ex art.* 515 c.p. punito con pena alternativa, una contravvenzione *ex artt.* 5, lett. b e 6 L. 30.04.1962, n. 283 punita con pena congiunta, ed un'altra contravvenzione *ex artt.* 2, lett. b e 3 D.P.R. 23.08.1982, n. 777 punita con pena alternativa), la Corte ha ritenuto corretta la pronuncia del giudice di merito che aveva applicato la sola pena pecuniaria della multa, prevista in via alternativa per il delitto, aumentandola di un tot per ciascuno dei reati unificati sotto il vincolo della continuazione, specificando al contempo essere irrilevante che una delle contravvenzioni satelliti fosse sanzionata anche con una pena detentiva congiunta.

Da segnalare, infine, un recente intervento della Consulta (ordinanza del 23 gennaio 1997, n. 11), secondo il quale la pena da individuare per il reato base non dovrebbe mai essere inferiore a quella prevista come minimo per uno qualsiasi dei reati unificati dal medesimo disegno criminoso. Tale limite minimo — non espresso normativamente, ma individuato in via interpretativa dalla Corte, in coerenza con la necessità che il reato base costituisca effettivamente la violazione più grave — si aggiunge ai due limiti fissati dallo stesso art. 81 c.p., l'uno interno e l'altro esterno: il primo è costituito dal triplo della pena base, quale aumento apportabile; il secondo è posto dal comma 3 dell'art. 81 c.p., e funziona da limite intermedio, essendo sta-

bilito che « [...] la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti», di modo che non sempre sarà effettivamente possibile aumentare fino a tre volte la pena determinata per la violazione più grave. Secondo l'orientamento costante ed unanime della Cassazione, infatti, il giudice di merito è tenuto ad indicare analiticamente la sanzione corrispondente a ciascuna figura criminosa sottoposta al proprio esame, anche nel caso in cui, riconosciuto il vincolo della continuazione tra i vari reati, debba poi procedere all'applicazione di un'unica pena complessiva, ai sensi di quanto disposto dell'art. 81 c.p.

Relativamente a quanto sostenuto della dottrina, in conclusione, tralasciando tutte le altre e numerose soluzioni prospettate, è preferibile la tesi per cui andrebbero aggiunte alla pena-base tante frazioni di pena previste per le violazioni meno gravi, rispettandone la specie ed osservando scrupolosamente i limiti dei commi 1 e 3 dell'art. 81 c.p. Se, quindi, i reati sono puniti con pene eterogenee, si potrà determinare la sanzione fissando la pena base, aumentandola in ragione delle pene omogenee eventualmente previste per alcune violazioni meno gravi, ed aggiungendo poi ad essa la pene di specie diversa previste per gli altri reati in misura ridotta rispetto a quella che sarebbe stata determinata nell'ipotesi di mero concorso (COPPI F., voce *Reato continuato*, cit.). Sebbene si ammette come tale prospettata soluzione si presti anch'essa alla critica per cui l'aumento postula necessariamente l'omogeneità tra pena-base e pene ulteriori, viene dall'autore affermato che, in alternativa, sarebbe necessario ritornare alle tesi rigidamente negatorie della continuazione tra reati puniti con pene eterogenee, conclusione questa assolutamente inaccettabile, non solo ai sensi della novella del Codice penale del 1974, ma anche e soprattutto per il fatto che in tal caso si finirebbe con l'applicare all'imputato un regime sanzionatorio più gravoso, in violazione del principio del *favor rei*.

5. Continuazione e reati puniti con pene proporzionali.

Anche in relazione ai reati puniti con pene proporzionali — fattispecie previste soprattutto nella materia finanziaria, tributaria, doganale, alimentare, forestale, diritto penale del lavoro e legislazione della previdenza sociale — la giurisprudenza aveva inizialmente escluso la possibilità di applicare l'istituto della continuazione. Le ragioni di tale esclusione si fondavano essenzialmente su di una pretesa incompatibilità tra la volontà del legislatore penale, da una parte, di punire il fatto con pene caratterizzate da un preciso vincolo quantitativo tra sanzione e fattispecie con-

creta, e, dall'altra, il criterio del cumulo giuridico previsto per il reato continuato, fondato sulla discrezionalità del giudice di infliggere, come misura di pena per il reato in continuazione ritenuto meno grave, un trattamento sanzionatorio dallo stesso valutato congruo rispetto al caso concreto. Si finirebbe, in tal modo, per annacquare la "proporzionalità" prevista dalla legge con un semplice "aumento" rimesso alla libera valutazione del giudice.

Su tale argomento si è registrato un importante intervento delle Sezioni Unite (07.02.1981, Viola, in Cass. Pen., Mass., 1981, 1191), le quali hanno operato una fondamentale distinzione tra fattispecie a struttura unitaria, sanzionate con pene proporzionalmente calcolate in funzione del valore economico dell'oggetto materiale dell'illecito o del danno cagionato (ad esempio, la norma che punisca il reato di contrabbando con pena proporzionale ai diritti di confine evasi: qui il reato è unico e la pena prevista vuole soltanto adeguare la sanzione alla gravità del fatto commesso ed accertato), e fattispecie punite con sanzioni calcolate secondo la tecnica proporzionale in ragione della struttura pluralistica del precetto e della pluralità degli illeciti consumati (ad esempio, la norma che ponga a carico del datore di lavoro una sanzione ragguagliata al numero di lavoratori a cui si riferisce la violazione: in questo caso si configura una pluralità di illeciti). Orbene, la Cassazione sostiene che per il primo gruppo di norme non vi è ragione per escludere l'operatività dell'art. 81 c.p.; mentre nel secondo gruppo, la circostanza che la pena sia determinata in modo che essa corrisponda alla somma delle sanzioni applicabili per ogni infrazione esprime la volontà inderogabile del legislatore di sottrarre la fattispecie al regime più favorevole del cumulo giuridico.

Si può allora concludere nel senso che, nel caso di reati puniti con pene proporzionali, la continuazione non sarà ammissibile soltanto quando il criterio di aumento della pena sia legato al numero delle violazioni commesse. Al contrario, quando la proporzionalità opera sulla base di criteri diversi — come ad esempio, quello della quantità di merce o dei diritti evasi in materia di contrabbando — non sussiste alcun concreto ostacolo alla possibilità di ritenere applicabile la continuazione tra i diversi reati.

6. La sanzione.

Il capoverso dell'art. 81 c.p. dispone che nel caso di reato continuato si applica la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave, aumentata fino al triplo. Si

tratta, quindi, del criterio del cumulo giuridico, previsto da comma 1 dello stesso articolo in relazione al concorso formale di reati, con la particolarità, però, e di non poco conto, che la pena non può comunque essere superiore a quella che sarebbe stata applicabile sommando aritmeticamente le singole pene previste per i diversi reati commessi in continuazione.

Avendo già esaminato in precedenza i problemi collegati all'individuazione della violazione più grave (par. n. 3) ed al regime del cumulo giuridico in caso di reati puniti con pene eterogenee (par. n. 4), rimangono in questa sede da esaminare soltanto alcuni aspetti relativi alle eventuali circostanze proprie delle violazioni meno gravi, all'inciso finale dell'ultimo comma dell'art. 81 c.p. ed alle pene accessorie relative ai reati meno gravi.

Preliminarmente appare opportuno chiarire le operazioni che la citata disposizione impone al giudice penale: innanzitutto egli deve fissare la pena per la violazione più grave, considerata nella sua compiutezza, applicando anche gli eventuali o diminuzioni per le circostanze aggravanti od attenuanti inerenti a tale reato. Quindi, procederà all'aumento di pena, che, come detto, può variare da un minimo assoluto, a seconda del tipo di sanzione (ad esempio, anche un solo giorno in più di reclusione o di arresto), fino al triplo della pena prevista per il reato più grave. Il giudice, insomma, nell'effettuazione di tale aumento, non è tenuto a rispettare il minimo della pena edittale prevista per i vari reati legati dal vincolo della continuazione, ed opererà tale scelta tenendo conto solamente del numero e della gravità di tali violazioni.

Orbene, per quanto attiene alle circostanze proprie delle violazioni meno gravi, queste non possono essere applicate automaticamente, ma possono soltanto concorrere a determinare la maggiore o minore gravità di tali singole violazioni, e, quindi, esclusivamente in tale misura contribuiscono alla determinazione della pena complessiva. Secondo la dottrina (Coppi), non sarebbe rispondente alla *ratio* della norma quell'operazione interpretativa diretta alla somma matematica delle circostanze ed alla contestuale formazione di una sorta di configurazione della "circostanza totale" a carico del reato continuato globalmente considerato. Volendo ricorrere a degli esempi, si compirebbe un'operazione errata qualora si sommasse il danno patrimoniale cagionato in conseguenza di più reati in continuazione e si ritenesse operante per il reato continuato la circostanza aggravante del danno di rilevante entità patrimoniale, *ex art. 61, n. 7 c.p.*, quando tale circostanza non ricorresse per il reato più grave. Oppure, ugualmente errato sarebbe escludere l'attenuante della speciale tenuità del danno patrimoniale *ex art. 62, n. 4 c.p.*, dopo

tale suddetta sommatoria, quando è effettivamente tenue il danno cagionato a seguito della violazione più grave.

Anche la giurisprudenza conferma tale indirizzo interpretativo, allorquando afferma — in una fattispecie relativa allo spaccio di stupefacenti come reato satellite del quale il ricorrente lamentava non essere stata considerata la circostanza della lieve entità ai fini della determinazione dell'aumento di pena per la continuazione — che «in tema di determinazione della pena per il reato continuato le circostanze inerenti alle violazioni meno gravi dei cosiddetti reati satelliti rimangono prive di efficacia in quanto, considerata l'inscindibilità dell'aumento di pena fino ad un triplo, non è possibile stabilire, in rapporto ai reati meno gravi, le frazioni di pena che ad essi si riferiscono e sulle quali dovrebbero operare gli aumenti o le diminuzioni delle relative circostanze, delle quali si potrà tenere conto discrezionalmente soltanto nella determinazione dell'aumento da apportare alla pena stabilita per la violazione più grave» (Cass. pen., Sez. VI, 17.12.2002, n. 6942). Oppure, ancora in tema di circostanze attenuanti speciali, che riducono la pena da un terzo alla metà, la Suprema Corte ha ancor più chiaramente escluso che in dipendenza di essa l'aumento per la continuazione debba essere ridotto almeno di un terzo, e ciò perché «l'unificazione con il vincolo della continuazione dei reati disancora quelli satelliti dalle specifiche pene edittali e li aggancia al criterio dell'aumento fino al triplo della pena prevista per la violazione più grave»; ne deriverebbe che le circostanze previste per i reati satellite rimangono inefficaci, «salva la loro limitata funzione “quoad poenam” di concorrere a determinare in maggiore o minore misura l'aumento di pena previsto dall'art. 81 cpv. c.p.» (Cass. pen., Sez. I, 22.09.1998, n. 13006).

Per quanto, invece, attiene all'inciso del comma 3 dell'art. 81 c.p. (simile disposizione viene dettata dall'art. 671, comma 2 c.p.p. in relazione al giudizio di esecuzione), secondo il quale la pena determinata dal giudice per il reato continuato «non può essere superiore» a quella applicabile secondo la disciplina del concorso materiale, essa impone al giudice di verificare preventivamente quale sarebbe stata la pena applicabile nel caso di cumulo materiale e non superare tale limite nell'effettuare l'aumento di pena per la continuazione. Da ciò deriverebbe, secondo la giurisprudenza, l'ammissibilità dell'applicazione di una pena che sia uguale a quella applicabile secondo le norme sul concorso (Cass. pen., 11.03.1981, in Cass. Pen., Mass., 1982, 1549, 1414). Ma, su tale punto, la dottrina (RISTORI, *Il reato continuato*, Padova, 1988, 60 ss.) non concorda, ritenendo piuttosto che una lettura estensiva della norma, ispirata alla sua *ratio* più profonda, imporrebbe il divieto di applicare una pena uguale a quella prevista per il concorso dei reati, dovendosi in-

vece applicare sempre una pena che sia inferiore a questa. In altre parole, adottare la prima soluzione e consentire la parità di trattamento tra reato continuato e concorso materiale, in special modo dopo che al regime del cumulo materiale è stato sottratto anche il concorso formale, appare contrario alla reale volontà della legge, alla quale andrebbe, quindi, addebitata l'improprietà dell'espressione usata (in questo senso, vedi Cass. pen., 04.12.1981, in Cass. Pen., Mass., 1985, 645).

Ragionando in questi termini, il giudice dovrebbe, quindi, indicare per ciascun reato in continuazione la relativa pena, come se non ricorresse affatto il vincolo *ex art. 81 c.p.*, e, dopo l'individuazione della violazione più grave, "tradurre" le pene previste per le altre violazioni nell'aumento richiesto dal terzo comma del medesimo articolo. Tale soluzione, anche se non vista con particolare favore dalla giurisprudenza, avrebbe, però, il pregio di consentire un adeguato ed efficace controllo sulla correttezza delle operazioni compiute dal giudice, ed inoltre agevolerebbe, e di molto, la risoluzione dei delicati problemi che si pongono — e che esamineremo meglio appresso — in tema di applicazione della pena in sede di esecuzione e di rapporti con l'amnistia e l'indulto.

Un'ultima notazione dev'essere fatta in ordine al meccanismo dell'aumento della pena principale: ai sensi dell'art. 81 c.p., l'unificazione delle pene accessorie non sarebbe, cioè, consentita, e, di conseguenza, queste dovranno essere tutte applicabili, anche se inerenti alle violazioni diverse da quella più grave. Tale lettura appare conforme, per il vero, alla funzione tipica delle stesse pene accessorie, che non possono essere soppresse in nome del vincolo della continuazione tra reati, rispetto ai quali rimane comunque il disvalore cui esse corrispondono: si pensi, ad esempio, all'interdizione dai pubblici uffici prevista per una violazione meno grave, e all'assurdità che deriverebbe dalla sua mancata applicazione, pur avendo il giudice riconosciuto la sua commissione ad opera dell'imputato, sol perché commessa sotto il vincolo della continuazione con altro reato più grave. Naturalmente, la pena accessoria dovrà essere determinata sulla scorta della pena irrogata per la singola violazione, senza considerare l'aumento dovuto alla continuazione.

CAPITOLO III
Il riconoscimento del reato continuato
nell'esecuzione penale

1. Caratteri generali dell'esecuzione penale.

Il decimo libro del Codice di procedura penale disciplina l'esecuzione, ovvero quel procedimento consistente essenzialmente in tutte le attività dirette all'attuazione della pretesa punitiva, accertata secondo le regole del processo di cognizione. Essa riveste, pertanto, una funzione complementare o accessoria rispetto quella primaria, presupponendo necessariamente la già affermata colpevolezza dell'imputato, divenuto quindi condannato, e l'irrogazione della pena.

Il fondamento concettuale dell'esecuzione risiede indubbiamente sul giudizio penale, o, per meglio dire, sulla sua irrevocabilità, la quale, più propriamente, segna la prima tappa del percorso esecutivo, rappresentandone il presupposto di natura processuale necessario a consentire l'attuazione del comando contenuto nel provvedimento emesso dal giudice durante il giudizio di cognizione.

Ma ancora a questi punto ci troviamo innanzi all'aspetto potenziale del fenomeno, o, come definito dalla dottrina, alla "esecutività" del provvedimento giurisdizionale, ovvero la sua astratta idoneità a trovare concreta attuazione. Tuttavia, tale idoneità *in abstracto* non necessariamente sfocerà in una vera e propria esecuzione: occorre, a tal fine, un accertamento sull'esistenza in concreto di tutte le condizioni richieste dalla legge perché esso venga materialmente eseguito. Detto in altri termini, il passaggio dalla "esecutività" alla "eseguibilità" è proprio l'oggetto del giudizio di esecuzione: ad esempio, potremo definire esecutiva ma non eseguibile una sentenza di condanna pronunciata a carico di una persona che si trovi in una delle condizioni stabilite dall'art. 146 c.p. (donna incinta, puerpera, persona affetta da AIDS ovvero da altra grave malattia che determini l'incompatibilità per le condizioni di salute con lo stato di detenzione). Anzi, a differenza di quanto accade relativamente al giudizio sulla esecutività del provvedimento del giudice, nel giudizio di eseguibilità possono entrare in gioco elementi di natura transitoria o contingenti, valutabili discrezionalmente (art. 176 c.p.), e, pertanto, possiamo dire che tale giudizio non è fondato su regole rigorosamente oggettive, ma piuttosto variabili.

Come è dato evincere dalla suddetta esposizione, esecutività ed eseguibilità rappresentano due aspetti relativi entrambi all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale, la prima di rilevanza giuridica, la seconda di portata più propriamente pratica. Quindi, la concreta esecuzione del provvedimento del giudice della cognizione si potrà avere solo ed unicamente quando si sia accertato positivamente che questo sia esecutivo ed eseguibile.

Sulla natura giuridica dell'esecuzione penale, dobbiamo precisare che essa

può essere sia amministrativa, nella fase non contenziosa, che giurisdizionale, in quella più propriamente contenziosa. A ciò corrisponde una diversa competenza a decidere, che, nel primo caso, viene affidata al pubblico ministero od al giudice di sorveglianza *de plano*, senza l'intervento dei difensori e senza il metodo dialettico proprio del processo di cognizione, pur conservandosi il principio di impugnabilità di tali decisioni. Nel secondo caso, invece, è prevista la figura del giudice dell'esecuzione o dello stesso magistrato di sorveglianza, i quali, però, devono seguire formule dialettiche simili a quelle del giudizio di cognizione, con l'obbligatoria presenza del difensore e con il principio della ricorribilità in Cassazione.

A tale proposito, ricordiamo come l'art. 655 c.p.p. attribuisca al pubblico ministero il ruolo di organo cui viene affidata la cura dell'esecuzione dei provvedimenti del giudice di cognizione; ma tale disposizione deve essere collegata necessariamente con i principi informativi della riforma del Codice di rito, e più precisamente con la direttiva n. 96 della legge delega n. 81/87, a mente della quale debbono essere riconosciute anche nella fase di esecuzione tutte le «garanzie di giurisdizionalità [...] con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza», nonché la «necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione», oltre alla già ricordata «impugnabilità dei provvedimenti del giudice». Tali elementi inizialmente potevano far nascere il dubbio circa il ruolo rimasto al pubblico ministero, che appariva notevolmente ridotto rispetto al passato, assimilabile piuttosto a quello di semplice parte. Ma, alla fine, la scelta del legislatore si orientò per mantenere al pubblico ministero la posizione di «organo promotore dell'esecuzione penale, attribuendogli anche il potere di emanare provvedimenti che incidono sulla libertà personale dell'individuo», e ciò in quanto «nella fase dell'esecuzione, quando cioè sia stata emanata una sentenza di condanna ormai irrevocabile, non vi è spazio per l'uso di poteri discrezionali, dovendosi, invece, semplicemente dare esecuzione al provvedimento del giudice» (Relazione al progetto preliminare del codice).

Ecco che, alla luce delle suddette considerazioni, la dottrina conferma ancor oggi quell'impostazione per la quale l'esecuzione è un puro e semplice *modus operandi* volto a dare esecuzione al provvedimento del giudice, e collocabile in uno spazio esterno alle funzioni di natura giurisdizionale vere e proprie. Invece, l'esecuzione riacquista nuovamente la connotazione di esercizio di potestà giurisdizionale in ordine alle procedure attraverso le quali il giudice interviene, nella qualità di organo *super partes*, per decidere su questioni riguardanti l'esecuzione del provvedimento stesso.

2. I casi di intervento del giudice dell'esecuzione.

Abbiamo visto come, pur in un contesto — quello dell'esecuzione — nel quale il pubblico ministero conserva un ruolo determinante e, per certi versi, centrale, il “nuovo” Codice di procedura penale abbia tuttavia voluto conferire a tale fase del processo i crismi della giurisdizionalità. Tale obiettivo viene, naturalmente, affidato al giudice dell'esecuzione, il quale interviene ogniqualvolta si verifichi un fatto, sopravvenuto o preesistente, capace di incidere sull'efficacia esecutiva del provvedimento in termini di modifica, limitazione o anche di eliminazione. In altre parole, il giudice interviene tutte le volte in cui si verifica un fatto capace di impedire il regolare svolgimento delle attività esecutive.

Più specificatamente, possiamo individuare quattro ipotesi nelle quali si prefigura l'intervento del giudice, seguendo le regole del procedimento in camera di consiglio ai sensi dell'art. 666 c.p.p.: la prima è relativa all'esistenza di più sentenze irrevocabili emesse per il medesimo fatto contro la stessa persona (art. 669 c.p.p.); la seconda relativa alle questioni circa la sussistenza e la validità del titolo esecutivo penale (art. 670 c.p.p.); la terza — che più direttamente ci riguarda ai fini dell'oggetto della presente trattazione e che, pertanto, tratteremo dettagliatamente appresso — è relativa a questioni di merito sul titolo esecutivo (art. 671 c.p.p.); la quarta, in relazione alle possibili questioni sulla modificazione del titolo dovuta ad un intervento legislativo (artt. 673, 674, 675 c.p.p.).

Accanto queste ipotesi, se ne prefigurano altre, nelle quali viene sempre chiamato ad intervenire il giudice, ma seguendo una procedura molto più snella, improntata alla celerità ed urgenza (procedura *de plano*, o a forma contratta), caratterizzata dall'assenza delle regole del contraddittorio, salva l'ipotesi di sottoposizione del relativo provvedimento del giudice a gravame, nel qual caso si ripristinano le ordinarie procedure di cui all'art. 666 c.p.p. Tali fattispecie sono quelle indicate dagli artt. 667 (dubbio sull'identità fisica della persona arrestata per esecuzione di pena o perché evasa mentre scontava una condanna), 668 (persona condannata per errore di nome), 672, comma 1 (applicazione al condannato dell'amnistia impropria o dell'indulto), 676, comma 1 (estinzione del reato dopo la condanna ed estinzione della pena), 676, comma 3 (tutte le altre questioni conseguenti all'accertamento di causa estintive del reato o della pena diverse da quelle sopra esaminate).

Passando ad esaminare l'ipotesi dell'art. 671 c.p.p. — ovvero il caso in cui debbano essere accertate *in executivis* la continuazione o il concorso formale dei reati — dobbiamo preliminarmente osservare come lo scopo che il legislatore del 1988

si pose, ovvero quello di introdurre valide garanzie di giurisdizionalità anche nella fase di esecuzione, poteva essere raggiunto soltanto conferendo al giudice dell'esecuzione rilevanti e precisi poteri, anche di natura cognitoria, proprio come nel caso della specifica disciplina di cui ci occupiamo in questa sede, ovvero dell'applicazione della continuazione nel corso dell'esecuzione penale, ai sensi dell'art. 671 c.p.p. Vedremo meglio appresso quali importanti conseguenze tale principio porta con sé, soprattutto in ordine al valore del giudicato penale ed alla sua intangibilità.

Rimane tuttavia *in subiecta materia* sempre in vigore il fondamentale principio del *ne procedat iudex ex officio*, per cui tali poteri potranno essere attivati da parte del giudice soltanto dietro espressa e precisa istanza del pubblico ministero, dell'interessato o del proprio difensore.

3. L'art. 671 c.p.p.: i poteri ed i limiti del giudice dell'esecuzione.

L'art. 671, comma 1 c.p.p. stabilisce che quando ci siano diverse sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possano chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che questa possibilità non sia stata esclusa dal giudice della cognizione.

Secondo la lettura fornita dalla Suprema Corte, la norma in esame «rappresenta la necessaria conseguenza della riduzione delle ipotesi di connessione dei procedimenti nella fase di cognizione, perseguita dal legislatore con la tendenziale concentrazione del processo su un'unica imputazione, obiettivo ritenuto fondamentale per la funzionalità del rito accusatorio, ma che costituisce un indubbio pregiudizio del diritto dell'imputato di usufruire dei vantaggi derivanti dalla continuazione. Senza la disposizione in esame, il *favor separationis*, cui s'ispira il vigente codice di rito, avrebbe potuto, a causa dell'indicato pregiudizio, incidere su posizioni soggettive costituzionalmente presidiate» (Cass. pen., 06.11.1992, Chirico, in *Cass. Pen.*, 1992, 1267). Si tratta delle medesime argomentazioni già esaminate nel capitolo precedente (al par. n. 1), con le quali adesso si intende porre in rilievo come l'intervenuta radicale riduzione delle ipotesi di connessione dei procedimenti penali da un lato abbia portato indubbiamente il vantaggio in termini di celerità nella definizione del processo penale, ma dall'altro abbia indubbiamente arrecato un danno a

chi veniva condannato per più reati in procedimenti distinti, conseguendo più condanne che si cumulavano tra di loro, in violazione delle norme in tema di concorso formale e di continuazione. Proprio «per scongiurare tale conseguenza, quel che viene sottratto al giudice dibattimentale deve essere attribuito interamente e senza residui ad un altro organo» (GAITO A., *Esecuzione*, in Conso, Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, 776).

Prendendo spunto proprio da quest'ultima affermazione, sottolineiamo come la Cassazione ritenga unanime che la possibilità di applicare la continuazione in sede esecutiva, *ex art. 671 c.p.p.*, abbia carattere sussidiario rispetto all'applicazione nella competente sede di cognizione (da ultimo, v. Cass. pen., Sez. VI, 13.01.2000, n. 225), dato il carattere più completo dell'accertamento in quella sede e l'insussistenza dei limiti imposti dall'art. 671 c.p.p. e dagli artt. 187 e 188 delle norme di attuazione. Da ciò la conseguenza che il giudice di cognizione, ove ritualmente investito della richiesta *ex art. 81 c.p.*, non può validamente declinarla, rimettendo la decisione al giudice dell'esecuzione. Ancora, permane l'interesse dell'imputato a richiedere l'applicazione della continuazione anche in sede di cognizione, quando ancora la sentenza non sia divenuta definitiva (Cass. pen., Sez. I, 19.03.1992, n. 3223). La facoltà di attivare l'art. 671 c.p.p. non incide, infine, sull'interesse dell'imputato a chiedere l'applicazione dell'art. 81 c.p. al giudice della cognizione, potendo egli, in ipotesi di provvedimento sfavorevole, appellare sia sull'*an* e che sul *quantum* (Cass. pen., Sez. II, 21.02.1992, n. 1996).

Allo stesso tempo, però, non bisogna dimenticare che, nonostante tale carattere sussidiario dell'accertamento *ex art. 671 c.p.p.*, il potere di accertamento del giudice dell'esecuzione — quando sussiste entro i limiti che vedremo meglio appresso — è anche di natura cognitoria. Sostiene infatti la dottrina che, diversamente ragionando, il ruolo del giudice risulterebbe relegato ad un mera funzione “notarile”, limitandosi ad accertare la sussistenza di più condanne a carico del medesimo soggetto, ed, in tal modo, svuotando completamente di significato la portata innovatrice della norma *de qua*.

Bisogna ritenere, quindi, che il giudice dell'esecuzione, allorquando ritenga sussistenti i requisiti della continuazione, abbia il potere di determinare, su richiesta del condannato o del pubblico ministero, una pena unica esercitando gli stessi poteri discrezionali *ex art. 133 c.p.* riconosciuti al giudice della cognizione, ovviamente con il limite di pena previsto dall'art. 671 c.p.p. A tal proposito, afferma la Cassazione che «il giudice dell'esecuzione [...] ha il potere di valutare “ex novo” ciascun singolo episodio [...] con l'unico vincolo derivante dall'osservanza dei limiti

stabiliti dall'art. 81 c.p. e dall'art. 671 c.p.p.» (Cass. pen. Sez. I, 28.11.2002, n. 16984); così come anche in relazione alla pena da infliggere, il giudice dell'esecuzione gode di un potere del tutto analogo a quello del giudice della cognizione, sempre nei limiti indicati dalla disciplina di specie (art. 187 disp. att. c.p.p.) in relazione all'individuazione del reato più grave, ma potendosi, per il resto, «escludere la formazione del giudicato in relazione alla cosiddetta continuazione esterna, potendo il Giudice rideterminare gli aumenti di pena ex novo nel rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p.» (Cass. pen., Sez. I, 05.06.2002, n. 2236; nello stesso senso v. anche Cass. pen., Sez. I, 06.07.2000, n. 4862; Cass. pen., Sez. I, 03.02.2000, n. 6557).

Delineati in questi termini i poteri del giudice dell'esecuzione ex art. 671 c.p.p., bisogna adesso chiarire quali siano i limiti posti al suo operato. In primo luogo, viene in considerazione il limite determinato dall'inciso finale del comma 1 dell'art. 671 c.p.p., ovvero la condizione che il regime della continuazione non sia stato escluso dal giudice della cognizione. Secondo la dottrina tale limite normativo ha essenzialmente la funzione di evitare che le pronunce dei giudici di cognizione e di esecuzione possano porsi in contrasto tra di loro, pur nell'ambito di una disciplina improntata alla deroga dell'intangibilità del giudicato. Allo stesso tempo, possiamo ricavare da tale norma la conferma della natura sussidiaria dell'intervento del giudice dell'esecuzione, rispetto al potere attribuito in via normale al giudice della cognizione: se tale potere è stato esercitato dal suo "principale" titolare — anche in termini negativi, al fine di escludere che si possa configurare il vincolo della continuazione —, resterà preclusa al giudice di esecuzione la possibilità di attivarsi.

E' opportuno precisare che il limite di cui al comma 1 dell'art. 671 c.p.p. si può ritenere sussistente solo ed unicamente quando ci sia stata un'espressa pronuncia negativa in merito, da parte del giudice di cognizione (*Idem, Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 990; v. anche Cass. pen., 27 aprile 1997 C.E.D. n. 200377; Cass. pen., 12 novembre 1997 in *Cass. Pen.*, 1999, 891). Non si potrà, quindi, attribuire alcun significato al silenzio sulla sussistenza del medesimo disegno criminoso, dato che si tratta di un mero comportamento inerte, equivoco e non suscettibile di arbitrarie interpretazioni di parte.

Precisa la giurisprudenza che sono irrilevanti la ricerca e la valutazione delle motivazioni che hanno determinato il giudice della cognizione ad escludere il vincolo della continuazione, dato che l'effetto preclusivo per il giudice dell'esecuzione consegue automaticamente dall'obiettiva circostanza che la disciplina del reato conti-

nuato sia stata già espressamente esclusa in sede di cognizione, cosicché egli non potrà esercitare i poteri di cui all'art. 671 c.p.p., in funzione della pretesa diversità delle motivazioni che avevano indotto il giudice della cognizione ad escludere la disciplina del reato continuato (Cass. pen., Sez. I, 02.12.1992, n. 4097). Non sono, però, mancate pronunce del Giudice di legittimità che hanno invece ritenuto possibile il riconoscimento in fase esecutiva del vincolo della continuazione, quando questo sia stato escluso dal giudice della cognizione non per insussistenza dell'identità del disegno criminoso, ma con la motivazione che il secondo reato sia stato commesso successivamente alla prima condanna (Cass. pen., Sez. I, 06.07.1992, n. 2485; v. anche Cass. pen., Sez. I, 02.12.1992, n. 4292; Cass. pen., Sez. I, 11.01.1993, n. 4568; Cass. pen., Sez. I, 16.01.1991, n. 4507).

Diamo conto, per completezza, di un ulteriore limite individuato dalla Cassazione in tema di pene pecuniarie: le Sezioni Unite del 27 ottobre 1999 (in *Cass. Pen.*, 2000, 1554) hanno stabilito che chi ha pagato quanto dovuto in esecuzione di queste, non possa più ottenere la restituzione delle somme versate, qualora i relativi fatti siano stati ritenuti episodi di un unico reato continuato e per essi sia stato applicato, a titolo di continuazione, un aumento della pena pecuniaria inferiore alla somma già versata.

Circa i limiti fissati dalla legge circa l'entità della pena, rinviamo al successivo paragrafo n. 6 per una disamina più approfondita.

4. Il procedimento.

Le norme di riferimento circa il procedimento d'esecuzione sono fissate dall'art. 666 c.p.p. Nell'interpretazione fornita dalla Suprema corte (Cass. pen., Sez. I, 01.02.1991, n. 4685, in fattispecie in cui la richiesta di applicazione della continuazione in esecuzione era stata respinta senza l'osservanza delle forme e le garanzie di difesa e di contraddittorio previste dai commi terzo e quarto dell'art. 666 c.p.p.), tale norma, data la propria collocazione nella parte iniziale del capo primo, regola le forme di ogni procedimento davanti allo stesso giudice, salvo che la procedura *de plano* sia prevista da norme specifiche quale fase preliminare dell'ordinario procedimento di esecuzione (come nelle ipotesi di cui agli artt. 667, comma primo e 672 comma primo c.p.p.). Sebbene l'art. 671 c.p.p. — allo stesso modo degli altri articoli che disciplinano specifiche materie di competenza del giudice dell'esecuzione — non contenga un espresso riferimento al procedimento disciplinato dall'art. 666

c.p.p., è purtuttavia a tale procedura che bisogna comunque ricondurre la richiesta *ex art. 671 c.p.p.* (in gergo forense chiamata “incidente d'esecuzione”). Ne consegue che, disponendo detta ultima norma che l'udienza deve svolgersi «con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero», si deve ritenere affetta da nullità assoluta, ai sensi dell'art. 179, comma primo c.p.p., l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione abbia provveduto, con procedura *de plano* su una richiesta di applicazione della continuazione in sede esecutiva (Cass. pen., Sez. I, 05.06.1992, n. 2087; Cass. pen., Sez. I, 13.05.1992, n. 36; Cass. pen., Sez. I, 04.02.1992, n. 51; Cass. pen., Sez. I, 06.05.1994, n. 1251; Cass. pen., Sez. I, 02.06.1994, n. 1902. In dottrina v. GAITO, *op. cit.*; GROSSO D., *Continuazione di reati e processo penale tra dogma e riforma*, in Giust. Pen., 1989, III, 622; TRANCHINA G., *op. cit.*, vol. II, 639-640).

Ai sensi dell'art. 41 del D. Lgs. n. 274/2000, la medesima procedura sarà applicabile anche ai casi di procedimento d'esecuzione affidato alla competenza del giudice di pace. In ogni stato e grado del processo, qualora il giudice togato ritiene che il reato appartenga alla competenza del giudice di pace, ai sensi dell'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000, e non si verta nell'ipotesi di concorso formale, dovrà dichiarare la propria incompetenza in relazione a tale reato e, conseguentemente, trasmettere gli atti al pubblico ministero. Tale obbligo si configurerà anche nel caso in cui il giudice togato dovesse giungere alla medesima conclusione a seguito della modifica dell'imputazione *ex art. 516 c.p.p.*, od alla diversa qualificazione giuridica del fatto *ex art. 521 c.p.p.* In ogni caso, però, sarà ugualmente percorribile in sede esecutiva *ex art. 671 c.p.p.* (qualora ne ricorrano le condizioni di legge) la più favorevole ipotesi della continuazione.

Ai fini della individuazione del giudice competente ad applicare in sede esecutiva la disciplina del reato continuato, l'art. 665 c.p.p. stabilisce che la competenza spetta al giudice che ha adottato l'ultimo provvedimento (comma 1); ma (comma 2), se è stato proposto appello ed il provvedimento è stato confermato o riformato soltanto in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, sarà competente il giudice di primo grado, mentre, in caso contrario, competente sarà il giudice di appello. Inoltre, in presenza di una pluralità di provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto per ultimo irrevocabile (comma 4). La stessa norma aggiunge che, se i diversi provvedimenti sono stati emessi da giudici ordinari e speciali, sarà competente in ogni caso il giudice ordinario. Il comma 4-*bis* (aggiunto dall'art. 206, comma 1 del D. Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che ha modificato anche il precedente comma 4 dello stesso

art. 665) stabilisce che se l'esecuzione concerne provvedimenti emessi dal tribunale in composizione monocratica e collegiale, l'esecuzione viene in ogni caso attribuita al collegio.

L'avvio non potrà mai avvenire ad opera del giudice (a pena di nullità insanabile, v. Cass. pen., 12.11.1990, Contreras), ma unicamente su richiesta del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore. Circa il pubblico ministero, esso si identifica in quello che procede presso il giudice competente ex art. 665 c.p.p.; l'interessato, data l'ampia dizione della norma in esame, può essere, oltre al condannato, qualsiasi altro soggetto titolare di situazioni meritevoli di tutela nel procedimento esecutivo (ad esempio, gli eredi del condannato defunto), abbiano o meno preso parte al giudizio di cognizione; il difensore potrà essere quello della cognizione, oppure uno appositamente nominato per l'esecuzione. A tal proposito, la Suprema Corte ha affermato il principio per cui la procura dev'essere riproposta *in executivis*, non essendo consentita l'automatica proroga della procura rilasciata per il processo di cognizione (Cass., 20.05.1992, Caruso; Cass., 30.01.1996, Gironi).

Sostiene la giurisprudenza che persino dopo l'espiazione delle pene inflitte permanga l'interesse alla richiesta dell'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sia «al fine di poter imputare ad altra condanna la pena eventualmente scontata oltre i limiti risultanti dalla rideterminazione della pena ai sensi dell'art. 671 c.p.p., ma anche al fine di escludere o limitare gli effetti penali della condanna in tema di recidiva e di dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato, come pure di consentire (in assenza di precedenti condanne ostative) la concessione della sospensione condizionale in caso di ulteriore eventuale condanna» (Cass. pen., Sez. I, 29.03.2003, n. 21396; Cass. pen., sez. I, 25.02.2003, n. 32276). Nella stessa pronuncia, e più in generale, si ammette la persistenza dell'interesse a chiedere l'incidente di esecuzione qualora intervenga una qualunque altra causa estintiva del reato o della pena.

In assenza di specifica disposizione legislativa, nella richiesta del procedimento di esecuzione, vanno indicati sia il *petitum* che la *causa petendi*. Tuttavia, per una parte della dottrina la richiesta di incidente di esecuzione non ha natura di impugnazione e, pertanto, non potrebbe essere dichiarata inammissibile per il solo fatto che, a sostegno di essa, non ne siano stati enunciati i motivi specifici. La conferma di tale opzione interpretativa sarebbe fornita proprio dalla mancanza, tra i requisiti fissati dall'art. 666 c.p.p. — che limita i casi di inammissibilità dell'istanza alla manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge ed alla mera riproposizione di istanza già rigettata e basata sui medesimi elementi —, di qualunque spe-

cificazione circa le ragioni della richiesta; mentre, d'altro canto, il comma quinto del medesimo articolo impone l'obbligo per il giudice di provvedere d'ufficio all'acquisizione di documenti e informazioni o, ove occorra, all'assunzione di prove.

Il codice prevede espressamente, prima dell'instaurazione del procedimento, il filtro dell'ammissibilità della richiesta da parte del giudice. La giurisprudenza è pacifica nel ritenere infondata la richiesta per «difetto di condizioni di legge» (art. 666, comma 2 c.p.p.) quella rivolta a giudice non competente ai sensi dell'art. 665 c.p.p. Il decreto di inammissibilità viene adottato dal giudice dell'esecuzione «sentito il pubblico ministero», non anche l'interessato o il suo difensore, dando luogo ad una disparità di trattamento fra le parti, in aperto contrasto con le esigenze del contraddittorio e della *par condicio*. Da qui, secondo unanime dottrina e giurisprudenza, l'ovvia conseguenza che la manifesta infondatezza debba essere rilevabile *ictu oculi*, senza richiedere specifici approfondimenti che possano implicare apprezzamenti discrezionali da parte del giudice (Cass. pen., 05.05.1998, P.G.).

L'udienza si svolge secondo le regole della camera di consiglio, «con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero»: come appare evidente, si recupera qui, e pienamente, quell'esigenza di un pieno ed effettivo contraddittorio (l'inosservanza della norma produce nullità assoluta, *ex art. 179, comma 1 c.p.p.*), che appariva invece menomato in ordine al filtro di ammissibilità della richiesta. Da ciò deriva che, se il difensore, regolarmente avvisato, non compare, il giudice è tenuto a nominarne un altro immediatamente reperibile (art. 97, comma 4 c.p.p.).

L'interessato che ne faccia richiesta è sentito personalmente: se questi è legittimamente impedito, quindi, l'udienza dovrà essere rinviata. Ma se si trovi in detenzione o internamento in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice dell'esecuzione, potrà essere sentito, prima del giorno fissato per l'udienza, dal magistrato di sorveglianza di quel luogo, salvo che il giudice non ritenga necessario tradurre l'interessato in udienza.

Il giudice può effettuare una propria istruttoria (comma 5), decidendo poi con ordinanza, che dev'essere comunicata senza ritardo alle parti ed ai difensori. Avverso tale provvedimento è ammesso ricorso in cassazione, ma non con effetto sospensivo «a meno che il giudice [...] disponga diversamente» (comma 7). Se, invece, il provvedimento è stato adottato da giudice di pace, sarà ricorribile — entro quindici giorni dalla notifica all'interessato — per soli motivi di legittimità avanti al tribunale monocratico nel cui circondario ha sede il giudice di pace (art. 41 del D. Lgs. n. 274/2000).

Sostiene la Suprema corte che le decisioni del giudice dell'esecuzione (si tratta, come noto, di ordinanze, come stabilito dal comma 6 dell'art. 666 c.p.p.) sono sempre revocabili ed insuscettibili di passare in giudicato, dato il carattere provvisorio della competenza cognitiva di quel giudice, che non è tale da porre validamente alcun limite neppure alla cognizione del giudice dell'impugnazione nel medesimo procedimento penale.

La dottrina è concorde sul punto (CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, 1980, 184), escludendo qualunque efficacia vincolante alla decisione conclusiva di un incidente di esecuzione, sulla base della considerazione per cui si tratta di un atto che ha valore di decisione provvisoria.

E, per il vero, il tenore letterale delle norme del Codice di rito che disciplinano l'incidente di esecuzione non contengono alcun appiglio per poter sostenere l'efficacia preclusiva delle decisioni adottate dal giudice dell'esecuzione, le quali — sia per l'oggetto che per la struttura — rimangono conseguentemente estranee alla disciplina del *ne bis in idem*.

Logica conseguenza di tali considerazioni è che la richiesta ex art. 671 c.p.p. sarà proponibile in qualunque momento, con il solo limite di cui all'art. 666, comma secondo c.p.p. che la richiesta appaia manifestamente infondata per difetto delle condizioni previste dalla legge ovvero costituisca mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi.

5. Brevi osservazioni circa la prova.

Possiamo prendere in considerazione essenzialmente due prospettive di visuale relative alla problematica della prova: quella del giudice dell'esecuzione e quella del soggetto interessato.

In particolare, il giudice dell'esecuzione è investito del potere-dovere di verificare la fondatezza o meno nel merito dell'istanza, eventualmente acquisendo ed esaminando (anche d'ufficio) le singole sentenze. Dovrà, di conseguenza, esplicitare con adeguata motivazione le ragioni del rigetto o dell'accoglimento dell'istanza stessa (Cass. pen., Sez. I, 06.01.1991, n. 4397), e ciò chiaramente in vista di una possibile impugnazione dell'ordinanza. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, inoltre, molto opportunamente chiarito che — anche nel caso in cui le violazioni unificate ai sensi dell'art. 81 c.p. siano di pari gravità astratta — il giudice ha sempre il potere-dovere di individuare la violazione concretamente più grave, soprattutto

quando alcuni dei parametri di valutazione previsti dall'art. 133 c.p. si rivelino profondamente diversi nei singoli episodi criminosi. E, ciò che è più importante, se tale individuazione non è desumibile dai provvedimenti di condanna, dovrà incaricarsene il giudice dell'esecuzione, esplicitando il contenuto del giudicato ai fini, ad esempio, dell'applicazione dell'amnistia impropria o dell'indulto, come anche ad ogni altra finalità esecutiva, e in particolare, qualora non vi abbia provveduto il giudice della cognizione, può determinare le frazioni di pena riferibili a ciascuno dei reati unificati (Cass. pen., Sez. I, 11.11.1991, n. 3478 del 11.11.1991; Cass. pen., Sez. I, 31.07.1991, n. 2721).

Dal punto di vista del condannato richiedente, si è parlato di un onere di allegazione gravante sul medesimo. Ma, stante il tenore letterale dell'art. 186 disp. att. c.p.p., non si può ritenere che tale obbligo riguardi la materiale allegazione delle copie delle sentenze o dei decreti penali di condanna, essendo comunque sufficiente la loro esatta indicazione; in ogni caso, infatti, il giudice dell'esecuzione ha — a mente della norma prima ricordata — il dovere di acquisirle d'ufficio, quando non siano state allegate alla richiesta di incidente d'esecuzione (Cass. pen., 16 aprile 1991, in *Cass. Pen.* 1992, 980).

Ciò posto, però, bisogna sottolineare che un'attenta valutazione dei meccanismi processuali dovrebbe imporre al difensore di allegare sempre le copie dei precedenti provvedimenti di condanna alla richiesta di incidente, e ciò per due essenziali motivi: intanto, per consentire al giudice di poter giungere alla propria decisione in tempi più rapidi; ma anche — e, diremmo, soprattutto — per poter assolvere al proprio compito in modo più consapevole e responsabile, evitando la proposizione di richieste infondate o poco supportate in punto di fatto e di diritto, rischio sempre troppo presente quando non si siano previamente esaminati i precedenti provvedimenti di condanna, allo scopo di individuare ed evidenziare in maniera precisa e puntuale tutte quelle circostanze dalle quali il giudice possa desumere, più o meno agevolmente, la sussistenza del medesimo disegno criminoso.

A tale scopo, la Cassazione ha a volte ritenuto soddisfatto il c.d. onere di allegazione con la semplice indicazione dei reati cui il nesso della continuazione inerte e degli elementi oggettivi e soggettivi dai quali possa desumersi l'unicità del disegno criminoso (Cass. pen., 14 aprile 1993, in C.E.D. Cass. 195391), salva, in ogni caso, l'acquisizione delle sentenze di condanna *ex officio judicis*. In altre decisioni, invece, l'onere di allegazione è stato individuato nel senso di una generica — e comunque non necessariamente circostanziata — indicazione degli elementi sui quali è fondata la richiesta *ex art.* 671 c.p.p., elementi tali, cioè, da far desumere l'unicità

del disegno criminoso, nonché delle sentenze o i decreti penali di condanna (Cass. pen., 18 marzo 1994, in C.E.D. Cass. 197429).

Da questo punto di vista, la giurisprudenza ha posto in luce il principale e più rilevante aspetto dell'onere di allegazione, da intendersi, quindi, non tanto e non principalmente in senso materiale (in tale accezione soccorrerebbe comunque l'art. 186 disp. att. c.p.p.), quanto piuttosto in senso più propriamente argomentativo-giuridico, ovvero come onere di indicare elementi da cui desumere il medesimo disegno criminoso. E' sempre opportuno ricordare, infatti, che mentre esiste l'obbligo per il giudice di acquisire *ex officio* le copie delle sentenze e dei decreti penali di condanna che non siano stati allegati alla richiesta, non esiste invece alcun obbligo per il medesimo giudice di ricercare autonomamente la sussistenza del medesimo disegno criminoso, allorquando il richiedente nulla abbia dedotto sul punto. Tra i parametri che potranno essere valorizzati dal difensore annoveriamo, in primo luogo, il *tempus commissi delicti*, che, se particolarmente ridotto, potrebbe facilitare di molto la prova della sussistenza del medesimo disegno criminoso (v. *supra*, Cap. I, par. n. 4), ma anche la specie, la natura o l'indole dei diversi reati, le modalità di esecuzione, le circostanze, l'eventuale connessione tra gli stessi.

Apparirà ovvio, sulla scorta di quanto detto all'inizio della presente trattazione circa l'essenza del medesimo disegno criminoso, che tutti quelli prima indicati sono soltanto indizi di sussistenza dello stesso, che dovranno necessariamente essere accompagnati dalla dimostrazione dell'esistenza di un preventivo progetto che, fin dall'inizio, ricompreda idealmente i vari reati, almeno nelle loro linee essenziali, ancorché in assenza di una programmazione specifica. Ricordiamo, infatti, che secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza il medesimo disegno criminoso può spaziare dalla più stretta consequenzialità delle diverse azioni od omissioni alla semplice eventualità dei successivi reati: in ogni caso non si dovrà mai sconfinare nella mera occasionalità, di per sé stessa tale da escludere il vincolo *ex art. 81 c.p.*

In ogni caso, non sarà sufficiente la semplice allegazione della commissione di più azioni od omissioni (Cass. pen., 5 luglio 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 684).

Non sono, tuttavia, mancati orientamenti della giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., 22 marzo 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, 2729), secondo i quali non sarebbe necessaria l'indicazione dei motivi e l'allegazione di una completa documentazione.

6. **La quantificazione della sanzione penale.**

Per concludere sul tema del presente capitolo, torniamo a questo punto sulla questione dei limiti che incontra il potere del giudice di esecuzione *ex art.* 671 c.p.p. per soffermarci sulla quantificazione della sanzione, una volta riconosciuto il medesimo disegno criminoso.

Dato che il meccanismo sanzionatorio previsto è sempre quello del cumulo giuridico, si ripresenta il problema di determinare quale sia il reato più grave sul quale, poi, calcolare l'aumento di pena sino ad un terzo (art. 81, comma 1 c.p.). In fase di esecuzione, però, soccorre in modo inequivoco il dettato dell'art. 187 disp. att. c.p.p., a mente del quale «si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave», per cui il giudice di esecuzione non ha alcun potere discrezionale al riguardo, dovendosi rigorosamente attenere, *quoad poenam*, a quanto determinato dal giudice della cognizione in concreto. Non potrà, quindi, apportare alcuna modifica circa la misura della pena inflitta per il reato più grave tra quelli da unificare *in executivis*, mentre potrà ridurre le pene fissate per i c.d. reati satellite (già tali considerati dal giudice della cognizione, o tali divenuti ai sensi dell'art. 671 c.p.p.).

Sostiene la Cassazione l'impossibilità di un aumento, da parte del giudice dell'esecuzione, della pena complessiva o anche solo per le singole fattispecie (Cass. pen., Sez. I, 04.04.1998, n. 1138), e ciò appare, invero, pienamente condivisibile, dato che, altrimenti argomentando, si finirebbe per contraddire il principio del *favor rei*, cui lo stesso istituto della continuazione — come abbiamo a più riprese affermato — è intrinsecamente ispirato.

Quando il giudice di cognizione non abbia provveduto all'individuazione del reato più grave tra quelli da unificare sotto il vincolo della continuazione, il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di individuare la violazione più grave per ogni finalità inerente all'esecuzione della sentenza di condanna, ivi compresa quella di determinazione della pena-base e di quelle per i reati satelliti (Cass. pen., Sez. I, 21.09.1995, n. 4093; Cass. pen., Sez. I, 27.02.1997, n. 523).

L'inciso finale dell'art. 187 disp. att. c.p.p. specifica che il criterio della pena concreta vale «anche quando per alcuni reati si è proceduto con il giudizio abbreviato». Su questo inciso finale la dottrina si è soffermata per precisare come esso abbia mero valore esemplificativo e non esclusivo: «anzitutto alla luce dell'inquadramento sistematico della continuazione quale istituto in favore dell'imputato e, poi, perché la rideterminazione della pena è sempre la medesima, quale che sia stato il *prius*

sotto il profilo procedimentale e quali che siano la sede, l'organo o il tempo dell'operazione» (GAITO A., in *Conso, Grevi, Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, 901).

Ulteriore limite cui soggiace il potere sanzionatorio del giudice dell'esecuzione è quello risultante dal comma 2 dell'art. 671 c.p.p., secondo il quale «il giudice provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto». Tale norma, per il vero, sembra riecheggiare quella contenuta nell'art. 81, comma 3 c.p., rispondendo alla medesima esigenza di evitare che, a seguito dell'applicazione della continuazione, il trattamento sanzionatorio complessivamente considerato possa risultare addirittura più aspro di quello previsto in via ordinaria. Inoltre, valgono a proposito dell'inciso «in misura non superiore» le medesime considerazioni precedentemente mosse (cap. 2, par. n. 6) in relazione all'inciso del comma 3 dell'art. 81 c.p., per cui «la pena non può essere superiore»: stante il tenore letterale, infatti, sarebbe possibile arrivare ad una quantificazione della pena che sia uguale a quella determinata dalla somma matematica delle pene inflitte con le sentenze o decreti di condanna, ma un'interpretazione che abbia di mira la *ratio* dell'istituto della continuazione imporrebbe di giungere ad un quantum di pena che sia comunque inferiore a tale sommatoria. Secondo tale impostazione — di matrice dottrinarica e rifiutata per lo più dalla giurisprudenza — non avrebbe senso ricorrere al complesso meccanismo dell'art. 671 c.p.p. se poi il risultato finale è una sanzione che sia di pari entità rispetto quella risultante dalle singole sentenze o dai singoli decreti penali di condanna.

CAPITOLO IV

Altri aspetti di natura processuale

1. L'ipotesi del patteggiamento.

La continuazione può essere pronunciata anche quando le condanne siano state inflitte con il procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ssgg. c.p.p.). Sono due le norme che vengono in considerazione a tal proposito: l'art. 137, comma 2 e l'art. 188 disp. att. c.p.p.

La prima stabilisce che «la disciplina del concorso formale e del reato continuato è applicabile anche quando concorrono reati per i quali la pena è applicata su richiesta delle parti». Come chiarisce la Cassazione, la norma si riferisce all'ipotesi in cui esistano una o più sentenze di condanna emesse all'esito di giudizio svoltosi con il rito ordinario ed una o più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (Cass. pen., Sez. I, 01.04.2004), e non quando esistano più sentenze pronunciate tutte ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Questa seconda ipotesi è, infatti, presa in considerazione dall'art. 188 disp. att. c.p.p., per il quale «fermo quanto previsto dall'art. 137, nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, questa e il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, quando concordano sull'entità della sanzione sostitutiva o della pena detentiva, sempre che quest'ultima non superi complessivamente cinque anni, soli o congiunta a pena pecuniaria, ovvero due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, nei casi previsti nel comma 1-bis dell'art. 444 del codice» (testo risultante dalla novella introdotta dall'art. 1 della Legge 2 agosto 2004, n. 205).

Come ci accorgiamo, le due norme disciplinano le due differenti ipotesi in cui la sentenza emessa *ex art. 444 c.p.p.* conviva (art. 137) o meno (art. 188) con altra sentenza emessa a seguito di giudizio ordinario. Ma, allo stesso tempo, emerge altrettanto chiaramente come soltanto l'art. 188 sembri far riferimento espresso ai limiti di pena ivi indicati (che riproducono quelli previsti dai commi 1 ed 1-bis dell'art. 444 c.p.p.). Tale circostanza ha indotto a ritenere che tali limiti non fossero operanti quando si dovesse applicare l'istituto della continuazione nell'ipotesi di più sentenze di condanna emesse a seguito di patteggiamento, in forza proprio dell'inciso iniziale dell'art. 187 disp. att. c.p.p. Ma, molto opportunamente, la Suprema corte ha precisato che la mancata indicazione dei limiti di pena nell'art. 137, comma 2 disp. att. c.p.p. non ha valore significativo, unico scopo della norma essendo quello di stabilire «soltanto l'ammissibilità della continuazione anche quando concorrono reati per i quali sia stata irrogata una pena concordata fra le parti ed al-

tri ai quali tale pena non sia stata applicata» (Cass. pen., Sez. II, 07.03.1997; Cass. pen., Sez. I, 01.04.2004).

Ciò posto, ci soffermiamo adesso sull'art. 188 disp. att. c.p.p., non avendo l'art. 137 dato luogo a particolari problemi interpretativi, oltre quelli già esaminati.

Se tutti i reati da unificare (e non solo una parte di essi, come nella diversa ipotesi dell'art. 137, comma secondo disp. att. c.p.p.) sono stati giudicati mediante il patteggiamento, non sarà applicabile la disciplina del reato continuato ex art. 671 c.p.p. sul solo presupposto dell'esistenza di un medesimo disegno criminoso, non potendo cumularsi in maniera costante e indiscriminata i benefici previsti dagli artt. 81 c.p. e 444 c.p.p.; inoltre, essendo intangibile, a causa della formazione del giudicato, l'effetto premiale del rito di patteggiamento, può rimanere preclusa l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, pur quando ricorrano i presupposti dell'art. 81 c.p. (Cass. pen., Sez. I, 26.04.1993).

Non sarà, cioè, sufficiente la mera sussistenza del medesimo disegno criminoso per poter ritenere operante la continuazione, essendo a tal fine necessari, ai sensi dell'art. 188 disp. att. c.p.p., i seguenti ulteriori requisiti: che l'applicazione della disciplina del reato continuato sia concordemente richiesta dall'interessato e dal pubblico ministero; che, in difetto della precedente condizione, il disaccordo del pubblico ministero sia ritenuto ingiustificato dal giudice dell'esecuzione; che la pena complessiva concordata (o comunque da determinare in concreto, in applicazione dell'art. 81 c.p.) non superi i limiti di cui all'art. 444, commi 1 ed 1-bis c.p.p. e sia ritenuta congrua dal giudice dell'esecuzione (Cass. pen., Sez. I, 08.06.1993, n. 1749; Cass. pen., Sez. I, 14.05.1991, n. 1737, in *Cass. Pen.*, 1992, 518).

L'applicazione in sede esecutiva dell'istituto della continuazione, quindi, è sempre subordinata, ai sensi dell'art. 188 disp. att. c.p.p., al rispetto dei limiti di pena ivi indicati, trovando ciò giustificazione essenzialmente nella complementarità logica della suddetta disposizione normativa rispetto alla generale disciplina del "patteggiamento" (caratterizzata da analogo limite), prevista dall'art. 444 c.p.p. (Cass. pen., Sez. I, 01.12.1995). Tale complementarità appare, in effetti, logica, riconoscibile e giustificabile anche sul piano dei principi dettati dagli artt. 3, comma primo, e 25, comma secondo Cost., ove si consideri che, altrimenti, ovvero postulandosi l'operatività, nell'ipotesi data, del solo art. 671 c.p.p. (che regola in via generale l'applicazione della continuazione in sede esecutiva), oltre a non potersi più individuare la ragion d'essere dell'art. 188 disp. att., si darebbe anche luogo all'incongruenza, costituita dal fatto che l'interessato potrebbe fruire, in sede esecutiva, di vantaggi maggiori di quelli dei quali avrebbe potuto fruire in sede di cogni-

zione. E tutto ciò senza che, in contrario, possa neppure invocarsi il disposto di cui all'art. 137, comma secondo, disp. att. c.p.p., il quale — come precisato in precedenza — riguarda soltanto il diverso caso in cui la continuazione in sede esecutiva venga richiesta fra reati per i quali vi è stato patteggiamento ed altri reati non patteggiati (Cass. pen., Sez. I, 12.02.1996, n. 6208, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 249; Cass. pen., Sez. I, 16.02.1997, n. 5546).

Tale interpretazione trova conferma nella vicenda relativa alla recentissima ordinanza n. 93 del 2005 della Corte Costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 188 vecchia formulazione in relazione all'art. 3, comma 1 Cost., nella parte in cui indicava in complessivi due annidi reclusione o di arresto il limite non superabile di pena in caso di applicazione della disciplina della continuazione in fase d'esecuzione. A parere del giudice *a quo*, tale limite di due anni veniva proprio ad alterare la complementarietà logica rispetto alla generale disciplina del patteggiamento, inizialmente caratterizzata da analogo limite di pena; ma poi, a seguito della riforma del patteggiamento introdotta con la Legge 12 giugno 2003, n. 134, tale limite era stato aumentato da due a cinque anni, determinando in tal modo una disomogeneità che finiva per tradursi in un oggettivo trattamento discriminatorio tra chi poteva ottenere nel giudizio di merito il riconoscimento della continuazione con il limite di pena di cinque anni e chi, invece, era assoggettato al limite di pena di due anni *ex art.* 188 disp. att. c.p.p.

Orbene, la Consulta ordina la restituzione degli atti al giudice *a quo* per le valutazioni del caso in ordine all'applicabilità dello *jus superveniens* alla fattispecie sottoposta al suo esame proprio in considerazione dell'intervenuta novella legislativa del 2004, che ha adeguato i limiti di pena dell'art. 188 disp. att. a quelli dell'art. 444 c.p.p., confermando con ciò il principio per cui tali limiti di pena trovano giustificazione nella complementarietà logica della prima norma rispetto alla seconda.

Altri dubbi di legittimità costituzionale — in relazione agli artt. 101, comma 2, e 27, comma 3, Cost. — erano sorti in ordine all'art. 188 disp. att., in quanto, così come formulato, non consentirebbe al giudice dell'esecuzione alcun tipo di controllo sull'esistenza dei presupposti di fatto e/o di diritto per applicare la disciplina del reato continuato né sulla congruità della pena concordata dalle parti. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 37 del 12 febbraio 1997 dichiarò la questione manifestamente infondata, avendo ritenuto che «al giudice dell'esecuzione spetti senz'altro non solo il potere-dovere di verificare in concreto la sussistenza dei presupposti cui l'ordinamento subordina l'applicazione della disciplina del reato continuato, fra i quali anche, attesi i limiti inerenti alla fase, la mancanza della condizio-

ne espressa ostativa dell'art. 671, comma 1 c.p.p., ma anche quello di valutare la congruità della pena indicata dalle parti ai fini di quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost., tenuto conto della portata generale che assume il principio affermato ed il *decisum* della sentenza n. 313 del 1990».

Successivamente la Corte di Cassazione, dichiarando manifestamente infondata la questione di incostituzionalità, ha di fatto riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 188 disp. att. c.p.p. — in relazione agli artt. 3, 24, comma 2, 25, comma 1, e 76 Cost. — non dando luogo detta disposizione ad alcuna violazione del principio di uguaglianza, del diritto di difesa e della precostituzione del giudice naturale, né sussistendo contrasto alcuno con la direttiva di cui all'art. 2 n. 97 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 (Cass. 27 gennaio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, 529).

Nel caso, poi, di più sentenze di patteggiamento, la richiesta di riconoscimento della continuazione in sede esecutiva deve contenere anche l'indicazione dell'entità della pena o della sanzione sostitutiva da determinare in conseguenza del riconoscimento.

2. La sospensione condizionale della pena.

La sospensione condizionale della pena (artt. 163 ssgg. c.p.) è una delle cause di estinzione del reato (anche se tale qualifica non è affatto pacifica in dottrina: v. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 87), il cui accertamento spetta in via ordinaria al giudice della cognizione, in quanto organo giurisdizionale fornito di tutti gli elementi di valutazione per formare il proprio libero convincimento al riguardo. Tuttavia, ai sensi dell'art. 671, comma 3, anche «il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena [e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale], quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione».

Secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, la pena irrogata per il reato continuato dev'essere valutata unitariamente ai fini dell'applicazione dell'istituto *de quo*. Per cui, qualora i diversi fatti-reato giudicati separatamente siano uniti sotto il vincolo della continuazione, allora le diverse sentenze di condanna andranno considerate unitariamente ai fini della concessione della sospensione condizionale della pena, ed il giudice avrà il compito di stabilire se sussistono le condizioni per estendere il beneficio alla pena unitariamente considerata (Cass.

pen., 30.10.1992, Manzo, C.E.D. 193180, in *Riv. Pen.*, 1993, 1012; Cass. pen., 16.04.1985, C.E.D. 169901, in *Cass. Pen.*, 1987, 100).

Sul punto è intervenuta anche la Corte costituzionale, con la sent. n. 86/1970, che dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 164, comma 2 e 168 c.p. «nella parte in cui dispongono che il giudice non possa esercitare il potere di concedere o negare, per la pena da comminare, il beneficio della sospensione condizionale o debba revocare il diritto alla sospensione già concessa quando il secondo reato si lega con il vincolo della continuazione a quello punito con pena sospesa».

La *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale è abbastanza chiara, oltre che pienamente condivisibile: se il reato continuato si basa proprio sull'unificazione — almeno *quoad poenam*, e senza voler imbarcarsi in tanto complicate quanto astratte dispute sulla pretesa unitarietà, reale o fittizia, o pluralità dello stesso — di più reati, non potrà tale unitarietà essere scissa proprio in relazione al riconoscimento della sospensione condizionale della pena, ovvero ad un beneficio ispirato al medesimo principio del *favor rei*.

Per quanto attiene al riconoscimento del beneficio *in executivis*, il menzionato comma 3 dell'art. 671 c.p.p. ne prevede la possibilità della concessione solo quando ciò consegua al riconoscimento della continuazione ai sensi del comma 1: conseguentemente, ne deve rimanere esclusa l'applicabilità in modo autonomo e svincolato da tale ipotesi. Sotto questo aspetto, risulta evidente come, nell'impostazione del legislatore codicistico, il comma 3 sia quasi un'ulteriore declinazione dell'eccezione all'inderogabilità del giudicato di cui al comma 1: se è possibile derogare all'intangibilità del giudicato ai fini del riconoscimento della continuazione, a maggior ragione tale deroga dovrà operare anche in relazione al beneficio *de quo*. Ed affermando ciò, si deve giungere inevitabilmente ad escludere il riconoscimento del medesimo beneficio allorquando non si versi nell'ipotesi di cui al comma 1. In questo senso si è pronunciata anche la Consulta (ordinanza n. 402 del 2001), dichiarando la manifesta inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione che ne sia stato richiesto di concedere la sospensione condizionale della pena allorquando, per effetto di *abolitio criminis*, la pena residua da scontare rientri nei limiti dell'art. 163 c.p. Non vi è, perciò, violazione del principio di eguaglianza, in quanto la possibilità riconosciuta *ex art. 671 c.p.p.*, comma 3 al giudice dell'esecuzione trova spiegazione razionale proprio nella circostanza per cui in questo caso si tratta di dare applicazione al concorso formale o alla continuazione, e solo in tale evenienza è giustificato il potere ri-

conosciuto al giudice di applicare *in executivis* la sospensione condizionale tra fatti-reato giudicati in procedimenti distinti contro la medesima persona.

Ulteriore e necessaria conseguenza del medesimo principio, secondo la Suprema Corte, è che si dovrà considerare illegittimo il provvedimento con il quale il giudice di esecuzione applichi la sospensione condizionale e, allo stesso tempo, neghi la configurabilità del vincolo di continuazione tra i reati per cui l'interessato abbia subito condanna (Cass. pen., Sez. I, 22.01.1994, n. 5027). Invece, una volta riconosciuta, da parte dello stesso giudice, l'unicità del disegno criminoso tra due fatti, oggetto di due diverse sentenze, e applicata agli stessi la disciplina del reato continuato, la sospensione condizionale della pena già disposta per uno dei due episodi criminosi non può essere automaticamente revocata in conseguenza del secondo fatto, dato che l'unificazione derivante dalla continuazione si porrebbe in contrasto con l'autonomia dei diversi reati considerati dall'art. 168 c.p. ai fini della revoca della sospensione condizionale della pena. Il reato continuato dovrà, invece, essere considerato nel suo complesso dal giudice dell'esecuzione, il quale valuterà se il beneficio già concesso possa estendersi alla pena complessivamente determinata, ovvero debba essere revocato se siano venuti meno i presupposti di legge o se il colpevole non ne appaia meritevole.

Una questione non proprio pacifica è, invece, relativa alla possibilità per lo stesso giudice di esecuzione che riconosca l'esistenza del vincolo della continuazione tra una pluralità di condanne di poter estendere la sospensione condizionale della pena al complesso delle sanzioni inflitte con le diverse sentenze di condanna, anche quando in alcune di esse tale beneficio non sia già stato concesso dal giudice della cognizione, anche se l'orientamento maggioritario della Cassazione sembra propenso alla soluzione favorevole (per tutte, v. Cass. pen., 21.05.1993, Rossetti, in *Cass. Pen.*, 1994, 954).

In ogni caso, il giudice dell'esecuzione non potrà, invece, decidere sul punto relativo alla mancata concessione del beneficio, dato che tale questione avrebbe potuto formare oggetto esclusivamente di impugnazione (Cass. pen., Sez. V, 07.01.1995, n. 4709).

Avevamo in precedenza (v. *supra*, Cap. III, par. n. 4) riferito quel condivisibile orientamento giurisprudenziale per cui l'eventuale intervento di una causa estintiva del reato non fa venir meno l'interesse dell'imputato alla dichiarazione in sede esecutiva della continuazione tra le diverse contestazioni. Ciò risulterà di tutta evidenza in relazione all'oggetto del presente paragrafo, in quanto tale interesse sussiste non solo al fine di poter imputare ad altra condanna la pena eventualmente sconta-

ta oltre i limiti risultanti dalla rideterminazione della pena effettuata ai sensi dell'art. 671 c.p.p., ma anche al fine di escludere o limitare gli effetti penali della condanna in tema di recidiva e di dichiarazione di abitualità o professionalità e di consentire (in assenza di precedenti sentenze divenute definitive) la concessione della sospensione condizionale in caso di una ulteriore condanna (Cass. pen., Sez. I, 30.09.1996, n. 4798; Cass. pen., Sez. I, 16.11.1996, n. 5151).

Ritiene la giurisprudenza che la sospensione condizionale della pena erroneamente concessa possa essere revocata dal giudice dell'esecuzione solo nel caso in cui si possa versi nei casi di revoca obbligatoria (all'art. 168, comma primo, nn. 1 e 2 c.p.), implicando le ipotesi di revoca facoltativa l'esercizio di poteri discrezionali che devono essere considerati riservati al giudice di cognizione. Per cui, quando non debba essere revocata di diritto la sospensione condizionale della pena più grave — che, come sappiamo, funge da base per il calcolo della pena complessiva — il giudice dell'esecuzione potrà irrogare, ex art. 81 c.p., un aumento di pena da far effettivamente eseguire soltanto se tutte le sospensioni condizionali delle pene irrogate con le condanne relative ai reati da unificare siano da revocare di diritto, ovvero se l'aumento di pena sia, da solo, superiore al limite stabilito dall'art. 163 c.p., ma non potrà mai revocare la sospensione già concessa (Cass. pen., Sez. I, 08.09.1997, n. 4220; Cass. pen., Sez. I, 25.03.1995, n. 907; Cass. pen., Sez. I, 23.11.1996, n. 5451).

3. La non menzione della condanna nel casellario giudiziale.

La non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziario (art. 175 c.p.) non ha dato luogo a particolari problemi interpretativi, essendo la giurisprudenza concorde nel ritenere che possa essere concesso tale beneficio, valutando unitariamente la pena comminata per i singoli reati unificati ex art. 81 c.p.

Così come per il caso precedentemente esaminato della sospensione condizionale della pena, la possibilità di applicare la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziario *in executivis* è prevista espressamente dalla legge (art. 671, comma 3 c.p.p.). Il principio che sta alla base di tale orientamento è il medesimo di quello espresso al paragrafo precedente: quando il giudice dell'esecuzione ritenga sussistente il vincolo della continuazione tra più sentenze o decreti penali di condanna pronunciati in diversi procedimenti contro la medesima persona — sempre che la stessa non sia stata esplicitamente esclusa nei provvedi-

menti di cognizione —, la possibilità di deroga al principio dell'intangibilità del giudicato concerne non soltanto la determinazione dell'entità della pena complessiva, ma anche i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (Cass. pen., Sez. I, 26.06.1997, n. 3090).

Naturalmente, il riconoscimento del concorso formale o della continuazione in sede esecutiva costituisce presupposto necessario, ma non sufficiente, perché il giudice dell'esecuzione possa concedere il beneficio della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, essendo comunque attribuito al giudice dell'esecuzione il potere discrezionale di concederlo, da esercitare secondo i criteri e nei limiti indicati dall'art. 175 c.p. (Cass. pen., Sez. I, 10.03.1997, n. 481).

Come nel caso della sospensione condizionale della pena, anche in relazione alla non menzione della condanna nel casellario giudiziale è stata sollevata eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 671 c.p.p., nella parte in cui non prevede la possibilità di ottenere tale beneficio, anche a prescindere dal caso in cui sia applicata la disciplina del concorso formale o della continuazione. Anche in questo caso, non si ritengono violati gli artt. 3, 25 e 27 Cost., perché l'applicazione dell'art. 175 c.p. è esclusiva della fase cognitiva, e la possibilità riconosciuta dal comma 3 dell'art. 671 c.p.p. è da considerarsi eccezione, giustificata proprio dalla applicazione del regime della continuazione e del concorso formale. La Cassazione ha però ritenuto manifestamente infondata la questione per queste ragioni, osservando, inoltre, che spetta al legislatore ordinario la specificazione delle modalità di applicazione dei benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione. In definitiva il potere di applicazione è assegnato soltanto al giudice della cognizione, mediante sentenza o decreto penale di condanna, salvo il caso eccezionale di cui all'art. 671, comma terzo c.p.p., e fuori di quest'ultimo caso il giudice dell'esecuzione non può in alcun modo alterare il contenuto del giudicato (Cass. pen., Sez. VI, 02.06.1998, n. 1681).

4. Continuazione e recidiva.

Per lungo tempo, la giurisprudenza ha negato la compatibilità tra continuazione e recidiva, fornendo essenzialmente la motivazione, ispirata da esigenze general-preventive, per cui il principio di intangibilità del giudicato imponeva di assoggettare al regime della recidiva i reati commessi dopo la sentenza di condanna, e per

gli effetti disponendo il regime del cumulo giuridico (Cass. pen., Sez. un., 04.05.1968, Pierro, C.E.D. 108758, in *Giur. Pen.*, 1968, II, 803; Cass. pen., 26.05.1972, Cinquetti, C.E.D. 122825).

Tale lettura aveva trovato conferma anche da parte di autorevole dottrina (Ambrosetti, Mantovani, Pagliaro), persino dopo la riforma del 1974, che aveva reso facoltativo l'aumento di pena per la recidiva, della quale era però rimasta inalterata l'obbligatoria contestazione.

Ma la giurisprudenza e la dottrina più recenti hanno, invece, sostenuto che la pretesa incompatibilità tra i due istituti non è dimostrata, potendosi, anzi, sostenere che si tratta di due figure autonome, miranti a finalità diverse tra loro, ma perfettamente conciliabili. Infatti, il giudizio di pericolosità sociale del recidivo concerne, a ben vedere, soltanto il singolo reato reiterato, e non si pone affatto in insanabile contrasto (secondo parte della giurisprudenza negatoria, si tratterebbe di un'incompatibilità addirittura strutturale) con la minore riprovevolezza che costituisce, come esaminato in precedenza, il fondamento della continuazione. Per cui, anche per i reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso dopo la sentenza di condanna si applicherà la disciplina della continuazione, congiuntamente o disgiuntamente a quella della recidiva, la quale concorrerà alla determinazione della pena come una qualunque altra circostanza aggravante (da ultimo, vedi Cass. pen., Sez. Un., 17.04.1996, Zucca, C.E.D. 205543, in *Cass. Pen.*, 1997, 354).

Per quanto attiene al riconoscimento della continuazione nella fase esecutiva, richiamiamo in tale sede, ancora una volta, l'ormai noto orientamento giurisprudenziale per il quale persino dopo l'intervento di una causa estintiva del reato o della pena, sussiste sempre l'interesse a chiedere ed ottenere l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sia al fine di imputare, eventualmente, ad altra condanna la pena di fatto sofferta oltre la misura complessiva rideeterminata ai sensi dell'art. 671 c.p.p. e sia, comunque, al fine di escludere o limitare determinati effetti penali delle condanne (come l'ostacolo a futuri benefici derivanti, in mancanza di unificazione ex art. 81 c.p., dal cumulo materiale o giuridico delle condanne stesse, ovvero) nel caso di recidiva e di dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato (Cass. pen., Sez. I, 08.10.1991, n. 3247; Cass. pen., Sez. I, 28.10.1991, n. 3286).

In conclusione, possiamo affermare che, alla luce degli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza più recente, non esiste incompatibilità fra gli istituti della recidiva e della continuazione, per cui, sussistendone i relativi presupposti di applicazione fissati dalla legge, vanno applicati entrambi, praticando sul reato base,

se del caso, prima l'aumento di pena della recidiva e, quindi, quello per la continuazione.

5. L'amnistia e l'indulto.

L'amnistia propria (art. 151 c.p.) si ritiene, pacificamente sia in dottrina che in giurisprudenza, applicabile considerando autonomamente le singole violazioni, ritenendosi quindi estinti tutti i reati che, singolarmente considerati, rientrano — anche dal punto di vista temporale — nell'ambito di operatività del provvedimento di clemenza (Cass. pen., 27.11.1990, Managò, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 1241; Cass. pen., 15.05.1990, Ceccarini, C.E.D. 183468, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 1240). In ogni caso, non si deve tenere conto, ai fini dell'applicazione dell'amnistia, dell'aumento di pena determinato dalla continuazione, per cui andrà presa in considerazione la pena prevista per ciascuna singola violazione.

Non è configurabile, invece, l'applicazione dell'amnistia propria *in executivis*, dato il tenore letterale dell'art. 671 c.p.p., che riferendosi a sentenze di condanna o decreti penali esclude automaticamente ed in radice la possibilità che il giudice di esecuzione possa procedere ai sensi della norma prima indicata. Ancor più chiara la Cassazione, quando afferma categoricamente che «non è consentito unificare, in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., con i reati oggetto di sentenze di condanna, il reato oggetto di sentenza di proscioglimento perché estinto per amnistia propria» (Cass. pen., Sez. I, 06.11.1997, n. 5690).

Più problematica si è presentata la questione relativamente all'amnistia impropria, dato che la considerazione unitaria della pena del reato continuato fungeva da limite all'applicazione dell'amnistia ad alcuni soltanto dei reati unificati sotto il vincolo della continuazione *ex art.* 671 c.p.p. Ma l'ostacolo maggiore era senz'altro rappresentato dall'impossibilità di riconoscere al giudice dell'esecuzione — nel caso in cui la sentenza di condanna non avesse determinato analiticamente l'aumento di pena per ciascuna violazione — il potere di rideterminare la pena per i reati non compresi nel provvedimento di clemenza, e ciò tanto nel caso in cui il reato amnistiato fosse quello più grave, tanto nel caso in cui fossero amnistiati alcuni reati-satellite. La giurisprudenza, dinanzi tale dubbio, propose una tesi abbastanza radicale, per la quale l'amnistia poteva essere concessa soltanto se tutti i reati unificati in continuazione fossero stati ricompresi nel provvedimento di clemenza, ovvero nel caso in cui, a seguito dell'applicazione dell'amnistia, fosse venuto meno l'intero au-

mento per la continuazione (Cass. pen., 16.11.1947, Bussa, in *Giur. Pen.*, 1949, II, 291).

Anche per cercare di porre termine a tali questioni, intervenne il legislatore (art. 2, ultimo comma del D.P.R. 4 agosto 1978, n. 413, novellato dal D.P.R. 18 dicembre 1981, n. 744), statuendo che l'amnistia impropria non si applicasse se il reato più grave ed uno degli altri reati fossero stati esclusi dall'amnistia; se fosse stato escluso solo il reato più grave, allora sarebbero risultati estinti tutti gli altri reati; se, invece, fossero stati esclusi dall'amnistia uno o più reati-satellite si sarebbe estinto soltanto il reato più grave.

Nei successivi provvedimenti di amnistia e di indulto fu stabilito che «quando vi è stata condanna ai sensi dell'art. 81 del codice penale, ove necessario, il giudice dell'esecuzione applica l'amnistia secondo le disposizioni del decreto, determinando le pene corrispondenti ai reati estinti» (art. 3 del D.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865; art. 3 del D.P.R. 12 aprile 1990, n. 75), confermando definitivamente la tesi per la quale l'amnistia impropria ciascun reato facente parte della continuazione debba essere considerato singolarmente. In tal senso anche la Suprema corte, quando afferma che, anche se le violazioni unificate ai sensi dell'art. 81 c.p. siano di pari gravità astratta, il giudice abbia il potere-dovere di individuare la violazione concretamente più grave, soprattutto quando alcuni dei parametri di valutazione previsti dall'art. 133 stesso codice si rivelino profondamente diversi nei singoli episodi criminali. E se tale individuazione non è desumibile dalla sentenza di condanna, deve incaricarsene senz'altro il giudice dell'esecuzione, il quale potrà esplicitare il contenuto del giudicato ai fini dell'applicazione dell'amnistia impropria, come anche ad ogni altra finalità esecutiva, e in particolare, qualora non vi abbia provveduto il giudice della cognizione, può determinare le frazioni di pena riferibili a ciascuno dei reati unificati (Cass. pen., Sez. I, 11.11.1991, n. 3478).

Sostanzialmente simile a quella dell'amnistia impropria è la vicenda dell'indulto (art. 174 c.p.), anzi per certi versi anche più tormentata, se pensiamo che sino alla metà degli anni ottanta del secolo appena trascorso regnava l'incertezza.

Inizialmente la giurisprudenza riteneva impossibile la scissione della pena inflitta per il reato continuato, dato che l'indulto opera sulla pena e non sul reato. La conseguenza ci è già nota: non si dava luogo all'applicazione dell'indulto se non quando tutte le violazioni unificate sotto il vincolo della continuazione erano ricomprese nel provvedimento di clemenza.

Ancora una volta cercò di intervenire il legislatore (art. 7, ultimo comma del citato D.P.R. 413/78), prevedendo che nei casi dell'art. 81 c.p. l'indulto non si applicassi quando erano escluse le pene per il reato più grave e per uno degli altri reati; quando risultasse esclusa la pena per il solo reato più grave, l'indulto si sarebbe dovuto applicare alla pena prevista per gli altri reati; quando, infine, fossero state escluse le pene per uno o più reati-satellite, allora l'indulto si sarebbe dovuto applicare soltanto al reato più grave. Il medesimo principio della scindibilità è stato più recentemente ribadito dal D.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865 e dal D.P.R. 22 dicembre 1990, n. 394, fornendo così l'appiglio alla giurisprudenza per una considerazione autonoma delle singole violazioni, anche ai fini dell'applicazione dell'indulto.

Come suggerisce la dottrina più avveduta sul punto, prima ancora che affaticarsi su «astratte discettazioni» intorno alla pretesa unicità o scissione del reato continuato, sarebbe opportuno tenere presenti le concrete modalità temporali di applicazione del beneficio, al fine di giungere a conclusioni conformi «tanto con il principio del *favor rei* (che, del resto, è alla base anche dell'indulto) quanto con il canone di ragionevolezza e di coerenza intrinseca dell'ordinamento» (CAPPITELLI R., *Il reato continuato nella prospettiva di garanzia tra unitarietà e scissione*, in *Cass. Pen.*, 2003, 3052).

Aderendo a tale impostazione della dottrina, la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sezioni Unite, 24.01.1996, Panigoni, in *Cass. Pen.*, 1996, 2892, n. 1609; in tal senso, v. anche Cass. pen., Sez. I, 31.05.1997, n. 2057), ha affermato che, tanto nel caso in cui solo alcuni tra i reati unificati dal vincolo della continuazione rientrino nel provvedimento di clemenza, quanto nel caso in cui solo alcuni siano stati consumati entro il termine di efficacia temporale del provvedimento di clemenza, in ogni caso si debba ugualmente far ricorso alla tesi della scissione, fatte salve eventuali diverse disposizioni dettate *apertis verbis* dal legislatore con il medesimo provvedimento di concessione dell'indulto.

Muovendo da tale ultima considerazione, la Cassazione ha, se così possiamo dire, generalizzato il principio, affermando che la configurazione del reato continuato quale fenomeno unitario deve essere esclusa — salve le eccezioni stabilite dalla legge — allorché comporti conseguenze sfavorevoli al condannato, considerando che la continuazione è istituito ispirato al *favor rei*: in altre parole, è l'affermazione del «principio secondo cui lo scioglimento del vincolo della continuazione può avere luogo solo quando da esso derivi un vantaggio per l'interessato» (Cass. pen., Sez. III, 10.07.2000).

Come conseguenza deriva che, in tema di revoca dell'indulto, qualora sia stata irrogata una pena unica in ordine a più delitti unificati dalla continuazione, compiuti prima e dopo la data di entrata in vigore del provvedimento di clemenza, il giudice dell'esecuzione deve chiarire la portata del giudicato ed individuare, nell'ambito dei plurimi episodi unificati, quello più grave e la pena per esso inflitta; e se, per nessuno dei fatti delittuosi commessi successivamente alla predetta data dovesse ritenersi inflitta una pena detentiva che raggiunga il limite previsto per la revoca, il concesso indulto non sarebbe comunque revocabile (Cass. pen., Sez. I, 11.05.1998).

Infine, appare di qualche interesse dare conto in questa sede di una recentissima pronuncia della Cassazione in tema di indulto relativo alle pene accessorie temporanee, secondo la quale — in base agli art. 9 D.P.R. n. 865/86 e 2 D.P.R. n. 394/90 — questo verrebbe concesso, per intero, «quando il beneficio “è applicato”, anche solo in parte, alle pene principali per cui è stata pronunciata condanna; ne consegue che non sono condonabili le pene accessorie relative a reati oggettivamente esclusi dal provvedimento di clemenza, ancorché legati ad altri dal vincolo della continuazione, poiché il beneficio non è applicabile neppure in parte alle relative pene principali, dovendo quest'ultime, a seguito dello scioglimento del vincolo ex art. 81 c.p., essere escluse dal cumulo materiale e giuridico» (Cass. pen., Sez. I, 30.04.2003, C.E.D. 226112).

6. La prescrizione.

L'art. 158, comma 1 c.p. stabilisce che il termine per la prescrizione per il reato continuato decorre dal giorno dal giorno in cui è cessata la continuazione.

A fronte di un dato normativo tanto chiaro non dovrebbero esserci dubbi interpretativi, eppure qualche Autore (ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1991, 470) ha ritenuto di dover riportare l'intero fenomeno della prescrizione in ordine al reato continuato fra le ipotesi di unificazione *tout court*. Ma, a ben guardare, tale tesi risulta troppo semplificatrice, in quanto ignora un ulteriore aspetto che meriterebbe autonoma analisi, ovvero il problema “del tempo necessario a prescrivere”. Sotto tale aspetto, altra dottrina (MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992, 503; ZAGREBELSKY V., voce *Reato continuato*, Enc. Dir. XXXVIII, 1997, 850/1) ha affermato che debba farsi riferimento ai singoli reati unificati ex art. 81 c.p.

Tale tesi troverebbe conferma nell'art. 172, comma 6 c.p., per il quale «nel caso di concorso di reati si ha riguardo, per l'estinzione della pena, a ciascuno di essi, anche se le pene sono state inflitte con la medesima sentenza». Come detto all'inizio della presente trattazione, il reato continuato è un istituto avente una propria autonoma disciplina, ma pur sempre rientrante nella più generale categoria del concorso di reati.

La giurisprudenza della Cassazione conferma tale assunto, essendo frequentemente richiamata nelle proprie pronunzie la distinzione tra fissazione del momento iniziale della decorrenza del termine di prescrizione ed individuazione del termine utile riguardante le singole violazioni unificate sotto il vincolo della continuazione (Cass. pen., Sez. VI, 09.06.1975, Nesti, in *Cass. Pen.*, 1977, 355, n. 419; Cass. pen., Sez. II, 19.11.1967, Burchschwenter, *ivi*, 1978, 57, n. 71; Cass. pen., Sez. III, 19.02.1980, Resta, *ivi*, 1982, 104, n. 57).

Conclusivamente sul punto, possiamo notare con la dottrina (CAPPITELLI R., *Op. ult. cit.*) che per quanto attiene alla prescrizione, il reato continuato viene in considerazione quale “caso grigio”, ovvero condivide per alcuni aspetti (determinazione del momento iniziale della decorrenza del termine) la natura unitaria, per altri aspetti (tempo necessario a prescrivere) la natura plurima delle singole violazioni di cui si compone.

7. L'aggravante dell'art. 61, n. 2 c.p.

Si è discusso, soprattutto in passato, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla possibilità di ritenere operante la circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 2 c.p. quando, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, un reato sia stato commesso per eseguirne od occultarne un altro. Secondo alcuni autori (Fiandaca, Mantovani), infatti, vi sarebbe assoluta incompatibilità tra tale aggravante e la continuazione, perché il nesso teleologico e consequenziale finiscono con l'identificarsi con il medesimo disegno criminoso, e lo stesso elemento psicologico non potrebbe produrre effetti contrastanti. Si sarebbe prodotta, insomma, una sorta di abrogazione dell'art. 61, n. 2 c.p., a seguito della riforma del 1974 e della estensione della continuazione anche alle ipotesi di eterogeneità delle violazioni.

Tale tesi presenta l'indubbio vantaggio di rispondere alla *ratio* dell'istituto della continuazione, ispirato chiaramente al *favor rei*. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che il nesso teleologico non è requisito indefettibile ed interno del disegno crimi-

noso, e che, quindi, può essere progettata una serie di violazioni, senza che una debba necessariamente essere legata all'altra da un rapporto di mezzo a fine. In questo modo, all'interno della continuazione sarebbero variegata le possibili relazioni tra differenti reati e potrebbe così configurarsi anche quella rilevante ai fini dell'art. 61, n. 2 c.p., valutabile, tra l'altro, anche ai fini dell'individuazione del reato più grave.

8. Continuazione e sentenza straniera.

La Cassazione ha costantemente e monoliticamente negato la possibilità di unificare sotto il vincolo della continuazione le violazioni accertate in Italia con quelle accertate all'estero, sulla base della motivazione per cui «le sentenze pronunciate all'estero acquistano efficacia giuridica nel nostro ordinamento solo in seguito a formale riconoscimento, sia perché i fini ed i limiti del riconoscimento della sentenza penale straniera sono solo quelli indicati dall'art. 12 c.p.» (Cass. pen., 07.03.1996, Avogadro, C.E.D. 204519; Cass. pen., 15.11.1982, Di Trani, C.E.D. 159299, in *Cass. Pen.*, 1984, 1659). Più recentemente il Giudice di legittimità ha motivato la stessa tesi negatoria adducendo, oltre l'argomentazione dell'art. 12 c.p., anche la circostanza per cui «il regime del reato continuato [...] presuppone un giudizio di merito e, quindi, il riferimento a categorie di diritto sostanziale (reati e pene) che si qualificano soltanto in ragione del diritto interno» (Cass. pen., Sez. I, 04.11.2003).

Tale ultima argomentazione appare convincente e preferibile, nonostante l'opinione possibilista di parte della dottrina più recente, che, prendendo spunto dall'estensione della disciplina della continuazione anche alla fase esecutiva operata dall'attuale Codice di rito penale, tende ad aprire qualche varco in più al riguardo (Dean, *Applicabile nella fase esecutiva la disciplina della continuazione a condanne riportate all'estero?*, in *Dir. Proc. Pen.*, 1997, I, 1387). Ricordiamo, inoltre, che sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale (sent. n. 72 del 1997, in *Dir. Proc. Pen.*, 1997, 547), ritenendo non fondata la questione di legittimità dell'art. 12 c.p. nella parte in cui non prevede la riconoscibilità della sentenza straniera ai fini della continuazione.

9. **Questioni riguardanti le sanzioni sostitutive.**

La legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha apportato modifiche al sistema penale, ha adottato una particolare disciplina in ordine all'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, nel caso di concorso di reati *ex art. 81 c.p.* (continuazione e concorso formale). L'art. 53, ultimo comma stabilisce che «nei casi previsti dall'art. 81 del codice penale, quando per ciascun reato è consentita la sostituzione della pena detentiva, si tiene conto dei limiti indicati dal primo comma soltanto per la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave. Quando la sostituzione della pena detentiva è ammissibile soltanto per alcuni reati, il giudice, se ritiene di doverla disporre, determina, al solo fine della sostituzione, la parte di pena per i reati per i quali opera la sostituzione».

Un primo problema si presenta circa le previste condizioni per la sostituzione delle pene detentive brevi, nell'ipotesi di reato continuato. A tal proposito, sono evidenti le ragioni che hanno indotto il legislatore a stabilire il riferimento ai limiti indicati al comma 1 dell'art. 53 della legge 689/81, esclusivamente riguardo il reato più grave. Sarebbe, cioè, apparso in stridente contrasto con la *ratio* ispiratrice della continuazione — ovvero il *favor rei* — che, proprio nell'ambito delle sanzioni sostitutive, tale trattamento potesse rivelarsi svantaggioso per l'imputato. Se il legislatore non avesse ristretto al solo reato più grave i limiti per la sostituzione della pena detentiva, sarebbe stato quasi sempre inevitabile che, anche in presenza di reati per i quali fosse stata singolarmente ammissibile la sostituzione *ex art. 53*, comma 1, il cumulo giuridico delle pene detentive fosse precluso dalla possibilità di applicare l'art. 53 della l. 689/81.

Altro punto problematico è dato dall'assenza di una norma che indichi i limiti massimi delle sanzioni sostitutive nel caso di continuazione. Risulta, infatti, controverso se sia lecito o meno superare i limiti massimi previsti dall'art. 53, comma 1 ai fini della sostituzione delle pene detentive e se, in ogni caso, vadano rispettate le regole stabilite dall'art. 70, comma 2 della l. 689/81, nella disciplina dell'esecuzione delle sanzioni sostitutive per i reati commessi in concorso materiale.

Merita attenzione anche la seconda parte dell'ultimo comma dello stesso art. 53, nella quale viene disciplinata l'ipotesi in cui la sostituzione della pena detentiva risulti ammissibile soltanto per alcuni degli illeciti uniti dal nesso della continuazione. Tale norma prevede che il giudice, qualora ritenga di disporre la sostituzione della pena detentiva, determini, esclusivamente a tal fine, quale sia la parte di pena per i singoli reati nei cui confronti è applicabile l'art. 53. Orbene, questo meccani-

smo genera un peculiare trattamento sanzionatorio, in quanto il giudice dovrà, innanzitutto, calcolare ai sensi dell'art. 81 c.p. la pena detentiva astrattamente irrogabile, e, solo dopo tale operazione, ed al solo fine della sostituzione, determinare le parti di sanzione relativa ai reati nei cui confronti è applicabile l'art. 53. Da tale norma si ricaverebbe, insomma, un'implicita deroga alla regola per cui il reato continuato è valutato dal legislatore *quoad poenam* in modo unitario.

10. Continuazione ed illecito amministrativo.

Un ultimo interessante argomento da esaminare in questa sede riguarda la possibilità di applicare l'istituto di matrice penalistica anche al settore degli illeciti amministrativi, riformato ad opera della già citata (v. par. precedente) legge 24 novembre 1981, n. 689.

Il punto di partenza del ragionamento — secondo la dottrina quasi unanime e dalla giurisprudenza sia della Cassazione che, come vedremo subito appresso, della Consulta — è basato sulla indiscussa radicale diversità ed incompatibilità dei sistemi penale ed amministrativo, che non può consentire in alcun modo di ipotizzare una continuazione tra illecito penale ed amministrativo. E ciò non soltanto per le antichissime e diverse matrici storiche, dalle quali sono andate nei tempi a delinearsi le loro attuali fisionomie, ma anche perché i due diversi sistemi adempiono a funzioni diverse tramite un loro valore specifico.

Ci possiamo, semmai, interrogare circa la possibilità di estendere l'istituto della continuazione dell'illecito amministrativo, previsto per le sole violazioni di leggi in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie dalla disposizione del secondo comma dell'art. 8 della legge n. 689/81 — introdotto dall'art. 1-*sexies* del D.L. 2 dicembre 1985, n.688 e convertito con modifiche dalla legge 31 gennaio 1986, n. 11 —, anche all'intero settore delle violazioni che comportano sanzioni pecuniarie punitive.

Come anticipato, con le ordinanze n. 420 e 421 del 19 novembre 1987 la Corte costituzionale ha concluso nel senso che «fra le due categorie di illeciti esistono sostanziali diversità», sia sul piano costituzionale che su quello della normazione ordinaria. Tuttavia, nell'ordinanza n. 421, che si doveva esprimere proprio sulla questione specifica della continuazione, la Corte aggiunge due *obiter dicta*: il primo, relativamente alla scontata diversità tra concorso formale e continuazione, dovendosi l'una necessariamente realizzare tramite una pluralità di azioni illecite mentre

l'altra riguarda il caso di più violazioni di legge commesse tramite un'unica azione; il secondo, ben più rilevante ai fini del nostro ragionamento, per cui l'istituto della continuazione si fonda essenzialmente sull'esistenza di un medesimo disegno criminoso per il cui accertamento si richiede un'indagine di tipo psicologico che risulta «irrilevante per l'illecito amministrativo». Subito dopo tale affermazione, però, e molto curiosamente, si cita tra parentesi l'art. 3 della legge n. 689 del 1981, a mente del quale «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Ci accorgiamo subito come tale disposizione non sia altro se non una riscrittura dell'art. 42, comma 4 c.p., il che comporta, secondo acclarata dottrina (DOLCINI, *Commentario delle «modifiche al Sistema penale»*, Milano 1982, artt. 1-12), non solo che il fondamento della responsabilità dell'illecito amministrativo riposa sul dolo o, quanto meno, sulla colpa, ma anche che è richiesto lo stesso accertamento dell'elemento psicologico secondo i principi del diritto penale anche per l'illecito amministrativo.

La Consulta, affermando l'opposta tesi per cui tale indagine psicologica verrebbe preclusa nel settore dell'illecito amministrativo, ha parafrasato una pronuncia del Consiglio di Stato dell'otto marzo 1974 (sent. n. 222), secondo la quale «non è necessaria la ricerca del dolo o della colpa per le sanzioni amministrative, in quanto è sufficiente la volontarietà dell'azione». Ma il Consiglio di Stato, nel momento in cui si è pronunciato in questi termini (ben sette anni prima della data di entrata in vigore della legge di riforma dell'illecito amministrativo), non poteva prendere a base della propria decisione l'art. 3 della l. n. 689/81, che dichiara l'esatto contrario.

Partendo da tali considerazioni, parte della dottrina ha affermato, quindi, la sostanziale identità tra la disciplina dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale (vedi, in tal senso, GALLO E., *Illecito amministrativo e continuazione*, Nomos, 1989, 4, pag. 45). Partendo da questa "svista" della Corte costituzionale, lo stesso Autore prende ad esaminare alcuni punti essenziali della legge n. 689/81 per dimostrare come, ferma restando la distinzione tra illecito amministrativo e penale, entrambi i sistemi tendano in realtà ad identiche finalità general-preventive e siano ispirati ai medesimi principi generali. La vera differenza tra i due sistemi risiede piuttosto nel carattere "quantitativo", in termini di maggiore (sanzione penale) o minore (sanzione amministrativa) gravità degli illeciti, tenuto ben presente il carattere sussidiario della risposta punitiva, il quale suggerisce di preferire lo strumento sanzionatorio amministrativo quando ciò sia sufficientemente efficace e tale da escludere la necessità della prima.

Nel ripercorrere tale ricostruzione, possiamo iniziare questo nostro breve *excursus* dall'art. 1 della l. n. 689/81, secondo il quale «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Tale norma riproduce il principio di legalità vigente in diritto penale, per cui esso si arricchisce dei tre corollari pacificamente ammessi anche nel campo penalistico: riserva tendenzialmente assoluta di legge, tassatività e determinatezza della fattispecie, irretroattività della sanzione amministrativa. Tale considerazione varrà a maggior ragione quando si esamini il secondo comma dello stesso art. 1: «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati», che, evidentemente, introduce nel sistema sanzionatorio amministrativo il principio di divieto di analogia *in malam partem*.

Allo stesso modo l'art. 2 («Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o chi non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato») afferma a chiare lettere l'altro principio di matrice penalistica dell'imputabilità, per i cui criteri di accertamento è la stessa legge a rinviare al Codice penale.

Sull'art. 3 abbiamo già detto in precedenza, e potremmo qui aggiungere che il suo secondo comma («Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa»), come nell'art. 47 c.p., conferisce rilievo scusante all'errore, completando in tal modo i principi di colpevolezza di cui al primo comma, similmente all'impostazione penalistica.

Soltanto per completezza di esposizione, e non potendoci in questa sede soffermare singolarmente e compiutamente su ciascuna questione, appare opportuno richiamare anche gli artt. 4 (cause di esclusione della responsabilità quali adempimento di un dovere, esercizio di una facoltà legittima, stato di necessità e legittima difesa), 5 (concorso di persone nella violazione amministrativa), 6 (solidarietà della responsabilità), 7 (intrasmissibilità agli eredi), 9 (principio di specialità, per il quale in presenza di uno stesso fatto punito sia dalla legge penale che amministrativa si applicherà la disposizione speciale: in altre parole, non viene fissato il principio dell'assoluta prevalenza della norma penale, potendo, anzi, prevalere la norma sanzionatoria amministrativa quando questa risulti speciale rispetto quella penale. In tal modo, la sanzione amministrativa viene a tutti gli effetti parificata a quella pena-

le, e ciò persino — ai sensi del secondo comma — quando si tratti di sanzioni stabilite da legge regionale, la quale, di norma, cede a fronte di una norma penale statale, ma se si tratta di disposizione penale «applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali» essa torna a prevalere sulla legge penale stessa).

Dalle precedenti considerazioni, emerge come «le affinità e le omogeneità fra i due sistemi sono così evidenti e numerose, e toccano tali e tanti *principi generali comuni*, da doversi escludere che esista fra di essi quell'assoluta incompatibilità che renda improponibile *a priori* l'estensibilità all'illecito amministrativo dell'istituto della continuazione» (GALLO E., *op. ult. cit.*, pag. 52). Insomma, non sembrano esistere ostacoli né di natura strutturale, né riguardanti la natura giuridica dell'istituto per l'applicabilità della formula dell'art. 81 cpv. c.p. al sistema sanzionatorio amministrativo. Riguardo la struttura, bisogna dire che anche l'illecito amministrativo può essere posto in essere mediante molteplici violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge, in esecuzione del medesimo disegno, inteso qui come ideazione mentale anticipata e rappresentativa di massima delle singole violazioni, unificate teleologicamente dal comune scopo perseguito. Ma nemmeno riguardo la natura giuridica esistono ostacoli di sorta, dato che, sia con riferimento alla tesi dell'unità reale che alla tesi della *fictione juris*, ognuna di tali ricostruzioni può senza alcuna difficoltà essere trasferita nel settore dell'illecito amministrativo.

Ed è a questo punto del ragionamento che il discorso diviene di primario interesse, ai fini dell'argomento di cui ci occupiamo in questa sede. Infatti, ciò che appare evidente è che se l'istituto della continuazione ha la funzione di mitigare l'eccessiva repressività che deriverebbe dall'applicazione del criterio del cumulo materiale (*favor rei*), quando ricorrano le condizioni di cui all'art. 81 c.p., e stante l'assenza di ragioni di carattere sistematico e costituzionale che si oppongano all'estensione della continuazione anche nel settore delle sanzioni amministrative punitive, allora ci si dovrà chiedere se, addirittura, non possa essere considerata costituzionalmente obbligatoria, sul piano razionale, l'introduzione dell'illecito amministrativo continuato nella disciplina generale dell'illecito amministrativo. Questa tesi potrebbe essere portata avanti — ed effettivamente è stata sollevata più di una volta — alla luce dell'art. 3 Cost., nel senso dell'irragionevolezza della sua mancata previsione nel contesto generale del sistema sanzionatorio amministrativo.

A tale considerazione si è opposta sia la dottrina che la giurisprudenza della Corte costituzionale. La prima asserendo che debba ritenersi «escluso che la continuazione rappresenti una risposta necessaria, nella disciplina del concorso di illeciti, alle esigenze di prevenzione generale e speciale, sottese sia alle sanzioni penali

sia a quelle amministrative» (DOLCINI, op. cit., pag. 584; nello stesso senso, ma argomentando dall'assenza di una precisa *voluntas legis*, vedi SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Casa Editrice Dott. Eugenio Novene, Napoli, 1983, 137 ss.). Mentre, la Consulta ha dichiarato, per usare le parole della più volte richiamata ordinanza n. 421 del 19.11.1987, «*ictu oculi* priva di qualsiasi fondamento la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. 24 novembre 1981 n. 689 nella parte in cui [...] non estende all'illecito amministrativo il regime previsto dall'art. 81 c.p. per il reato continuato, in riferimento all'art. 3 Cost.», sul già menzionato presupposto della non omogeneità tra le situazioni poste a raffronto, considerate le «importanti diversità» tra la disciplina penale e quella amministrativa, ravvisabili sia sul piano costituzionale (art. 27 Cost.), che sul piano della legge ordinaria. In una successiva pronuncia (ord. del 27 luglio 1989, n. 468) la Corte è tornata sull'argomento per sostenere ancora una volta la manifesta inammissibilità della questione, questa volta richiamando, a sostegno della decisione, l'ostacolo rappresentato dalla discrezionalità del legislatore nel «configurare il concorso tra violazioni eterogenee, nonché (e soprattutto) nel predisporre un'adeguata disciplina organizzativa in ordine all'accertamento ed alla contestazione della continuazione». A conferma di un indirizzo ormai pietrificato, possiamo richiamare la più recente ordinanza n. 280 del 30 giugno 1999, con la quale viene dichiarata, ancora una volta, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. 689/81, con riferimento all'art. 3 Cost., «in quanto analoghe questioni sono state già dichiarate manifestamente infondate con ord. n. 421 del 1987, 468 del 1989 e 23 del 1995 e non è stato prospettato alcun nuovo argomento».

Tuttavia, nonostante tale decisa e più volte confermata posizione del Giudice delle leggi, rimangono le perplessità prima avanzate. Ed anzi, ulteriori riflessioni possono essere mosse alla luce dello specifico profilo della discriminazione operata dall'art. 8, comma secondo della legge n. 689 del 1981. Sappiamo infatti che le violazioni in materia previdenziale e di assicurazioni obbligatorie, tanto per i loro possibili contenuti inerenti la lesione a carico di una pluralità di soggetti, quanto per la loro natura incline ad una reiterazione piuttosto frequente, sono state sempre viste con diffidenza dal legislatore. Ciò che risulta pienamente condivisibile, alla luce della particolare rilevanza degli interessi protetti da tali norme, finalizzate a salvaguardare efficacemente la posizione del lavoratore, parte economicamente più debole del rapporto di lavoro. Ebbene, quando, con la modifica apportata all'art. 8 della legge n. 689 del 1981, venne inserito il secondo comma in questione, finirono per risultare beneficiati, in virtù di uno *jus singulare* manifestamente iniquo, una «categoria di

soggetti spregiatori di principi fondamentali della Costituzione, in azioni, socialmente dannose, compiute per fini di lucro» (GALLO E., *op. ult. cit.*, pag. 58).

In conclusione, si può, a ragion veduta, sostenere che il cumulo materiale delle sanzioni amministrative punitive, quando dipende da più violazioni esecutive di un medesimo disegno, è costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., poiché, in tali casi, la risposta sanzionatoria all'illecito amministrativo continuato viola il principio di ragionevole proporzione rispetto all'entità dell'illecito. In tal senso, un'apertura possibile viene fornita dall'ordinanza n. 468 del 1989 della Consulta, la quale rimanda alla discrezionalità del legislatore per una possibile deroga al concorso materiale, e «soprattutto per un'idonea disciplina organizzativa».

**Appendice di aggiornamento:
Il Ddl Camera n. 2055**

1. Giunti al termine della nostra indagine, appare opportuno, per ragioni di completezza, dare conto — sebbene in sintesi e senza la pretesa di svolgere un'analisi completa e dettagliata al riguardo — dell'avvenuta approvazione alla Camera dei Deputati, il 16 dicembre 2004, del Disegno di legge n. 2055, intitolato *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi*.

Tale provvedimento, nell'ottica di un generale inasprimento delle norme relative ad alcuni reati, tra i quali quelli di mafia, e della riduzione dei termini di prescrizione con modifiche all'art.157 c.p., verrebbe ad incidere significativamente, qualora approvato anche al Senato in questa stessa formulazione, sull'art. 81 c.p. e sul regime della continuazione. Ci soffermiamo in questa sede su tre modifiche rilevanti per il tema *de quo*.

L'art. 3 del citato Ddl stabilisce, sostituendo l'art. 99 del c.p., che *«Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo reato. La pena può essere aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.*

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.

Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi. In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato.

Se si tratta di uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto».

L'articolo 3-bis del Ddl, infatti, aggiunge al terzo comma dell'art. 81 c.p. il seguente quarto comma: *«Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena sta-*

bilata per il reato più grave».

Correlativamente, e sempre nel medesimo art. 3-*bis*, comma secondo, viene aggiunto all'art. 671 c.p.p., dopo il secondo comma, il comma 2-*bis*: «*Si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, quarto comma, del codice penale*».

2. Ad una prima lettura, appare evidente come le modifiche che in questa sede prendiamo in considerazione siano chiaramente improntate all'inasprimento delle pene nei confronti di coloro che ricadono nella commissione di reati gravi e che, conseguentemente, destano allarme sociale. La risposta punitiva fornita nel Ddl è nel senso di un aumento generalizzato delle pene — passando dall'attuale aumento previsto dal comma 1 dell'art. 99 c.p. “fino ad un sesto” a quello “di un terzo” secco — e, parallelamente, dell'eliminazione della discrezionalità del giudice nel comminare o meno gli aumenti di pena per la recidiva. Gli ulteriori aumenti previsti dal comma secondo alle lettere *a)*, *b)* e *c)* passano dall'attuale “fino ad un terzo” all'aumento “fino alla metà”. Al terzo comma, che prevede il caso in cui concorrano più circostanze tra quelle indicate dal comma precedente l'aumento passi dall'attuale “può essere fino alla metà” alla dizione “è della metà”. Il quarto comma prevede, con la stessa tecnica, il passaggio da facoltativo ad obbligatorio dell'aumento di pena per i casi ivi contemplati.

La modifica più evidente riguarda il comma 5 del vecchio art. 99, che viene totalmente ridisegnato, cancellando il divieto di superare, con l'aumento di pena per effetto della recidiva, il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti la commissione del nuovo reato. La nuova formulazione, piuttosto, prevede che nel caso di recidiva per i delitti *ex art. 407, comma 2, lettera a)* c.p.p. l'aumento di pena debba essere, ancora una volta, obbligatorio e, nei casi di cui al comma 2, non potrà essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

Per quanto riguarda la modifica all'art. 81 c.p., questa risente proprio della nuova formulazione dell'art. 99, comma quarto c.p., stabilendo che, nel caso in cui i reati commessi in continuazione con quello più grave siano stati commessi ai sensi di tale disposizione, l'aumento della quantità di pena non può comunque essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

Parallelamente, viene inserito nell'art. 671 c.p.p. il comma 2-*bis*, per il quale tale normativa dovrà obbligatoriamente essere applicata anche dal giudice dell'esecuzione.

L'approvazione del citato Ddl, però, dall'altro lato, favorirebbe — nella parte relativa all'abbreviazione dei tempi per la prescrizione — la cancellazione di una se-

rie di gravi reati contro il patrimonio, fatto che di per sé ha suscitato forti e legittime perplessità del Capo dello Stato.

Bibliografia

- AMBROSETTI E. M. – MAZZACUVA N.
voce *Reato continuato*, Enc. giur. Treccani, Vol. XXVI, Roma, 1989, 1.
- BARTOLI R. *La determinazione della pena nel reato continuato*, Studium Juris, 2002, 650.
- ID. *La struttura del reato continuato*, ibidem, 1070.
- BONSIGNORE R. *Reato continuato: la violazione più grave alla luce del nuovo codice di procedura penale*, Arch. Proc. Pen., 1992, 149.
- BRUNO E. *Le violazioni plurime di norme penali, mediante una sola condotta, esecutive di uno stesso disegno criminoso, risolvibili in base all'art. 81, 2° comma. Un ottimo esempio di analogia in bonam partem*, dal sito «www.diritto.it».
- CAPPITELLI R. *Il reato continuato nella prospettiva di garanzia tra unitarietà e scissione*, Cass. Pen., 2003, 3040.
- CASSETTA E. voce *Illecito amministrativo*, Dig. Disc. Pubbl., Vol. VIII, Torino, 1993, 89.
- ID. voce *Sanzione amministrativa*, Dig. Disc. Pubbl., Vol. XIII, Torino, 1997, 598.
- COPPI F. voce *Reato continuato* Dig. pen., Vol. XI, Torino, 1997, 222.
- ID. *Reato continuato e cosa giudicata: accertamento della violazione più grave dopo la sentenza e nuova determinazione della pena-base*, Giur. Mer., 1970, II, 89.
- D'ASCOLA V. *Limiti all'applicazione della disciplina del reato continuato nella fase dell'esecuzione*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1991, 1280.

- DE ROBERTO G. *Oscillazioni giurisprudenziali in ordine ai rapporti tra continuazione e cosa giudicata*, Giur. It., 1988, II, 281.
- ESPOSITO F. *Continuazione tra reato associativo e reato fine*, Riv. Pen., 1999, 293.
- FASOLI F. P. *L'applicazione del cumulo giuridico ai sensi dell'art. 81 c.p. quando le pene previste per i reati della fattispecie siano eterogenee*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1992, 1425.
- FIANDACA G. – MUSCO E.
Diritto Penale. Parte Generale, Bologna, 2004.
- GAITO A. *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1989, 990.
- GALLO E. *Illecito amministrativo e «continuazione»*, Nomos, 1989, 33
- GAZZANIGA E. *Sui poteri del giudice dell'esecuzione in tema di computo della pena per il reato continuato*, Cass. Pen., 1996, 337.
- GROSSO D. *Continuazione di reati e processo penale tra dogma e riforma*, Giust. Pen., 1989, III, 590.
- GUERRINI F. *Reato continuato e pene eterogenee*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1979, 1383.
- INGROIA A. *Osservazioni su continuazione e reati puniti con pene eterogenee*, Foro It., 1989, I, 1774.
- LATTANZI G. – LUPO E.
Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1989 n. 689. I – Depenalizzazione e illecito amministrativo, Teoria e Pratica del diritto, Sez. III: Diritto e Procedura penale, n. 22, Milano, 1982, 181.

- LEPRI F. *Continuazione tra reati, cumulo giuridico ed individuazione della «violazione più grave»: l'ultima parola delle Sezioni Unite?*, Riv. Pen., 1992, 1062.
- LI VECCHI R. *Reato più grave di quello già giudicato ed applicabilità della continuazione*, Riv. Pen., 1988, 3.
- LORUSSO S. *Procedimento applicativo della disciplina relativa al concorso formale ed al reato continuato in executivis e garanzie giurisdizionali*, Cass. Pen., 1994, 2126.
- LOTITO G. *Note minime in ordine alla competenza per territorio nel nuovo codice di procedura penale nei casi di reato continuato*, Arch. Proc. Pen., 1990, 205.
- MARAFIOTI L. *Giudice dell'esecuzione, reato continuato ed art. 671 c.p.p. 1988*, Giur. It., 1990, 327.
- MODICA C. *Illegittimità amministrativa ed illiceità penale*, relazione al Convegno di Catania del 26 e 27 aprile 1996, dal sito «www.diritto.it».
- NAPPI A. *Reato continuato e pene diverse nel genere*, Cass. Pen., 1986, 62, m. 30.
- NIZZOLI A. *Sulle caratteristiche del medesimo disegno criminoso*, Cass. Pen., 1995, 1231.
- PAGLIARO A. *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2004.
- PALLOTTA S. *Il sistema della legge n. 689/1981 disciplina l'illecito amministrativo ambientale continuato?*, dal sito «www.dirittoambiente.com».
- PALLOTTA S. – SANTOLOCI M. *Pluralità di episodi nel trasporto illecito di rifiuti: sanzione unica o pluralità di sanzioni?*, dal sito «www.dirittoambiente.com».

- RAMPIONI R. *Sull'ammissibilità della continuazione criminosa tra delitti e contravvenzioni*, Cass. Pen., 1976, 157.
- RIVELLO P. P. *Nel concorso di delitti e contravvenzioni è la tipologia del reato ad avere valore decisivo*, Guida al diritto – Il Sole 24 Ore, 1998, n. 11, 64.
- ROMEO G. *La continuazione ancora senza certezze*, Cass. Pen., 1994, II, 2027.
- ID. *Sulla determinazione della pena nel reato continuato*, Cass. Pen., 1978, 1018.
- RUSSO C. *nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sent. 26.11.1997*, Foro It., 1999, II, 404.
- RUSSO L. *Reato continuato e cosa giudicata: problemi applicativi e prospettive normative in una recente pronuncia della Corte Costituzionale*, Giur. Cost., 1987, I, 3028.
- SANDULLI M. A. *voce Sanzione, IV) Sanzioni amministrative*, Enc. giur. Trecani, Vol. XXVIII, Roma, 1989, 1.
- SARTIRANA B. *Reato continuato e criteri per la determinazione della pena in fase di esecuzione*, Ventiquattro Avvocato – Il Sole 24 Ore, 2005, n. 1, 70.
- SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ
Diritto processuale penale, voll. I e II, Milano, 2004.
- SORRENTINO F. V. *Il nuovo intervento della Corte Costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*, Cass. Pen., 1988, 1583.
- TORCHIA A. *Reato continuato e cosa giudicata tra vecchio e nuovo codice di procedura penale*, Giur. It., 1989, IV, 394.

Bibliografia

- VENAFRO E. *Circostanze del danno e reato continuato*, Studium Juris, 2001, 706.
- ZAGREBELSKY V. voce *Reato continuato*, Enc. Dir., XXXVIII, Milano, 1997, 839.