

NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E REATO CONTINUATO: VERSO UNA POSSIBILE COMPATIBILITÀ?

di Francesco Nigro Imperiale

*Nota a [Cass., Sez. III, sent. 4 ottobre 2019 \(dep. 11 dicembre 2019\),
n. 50002, Pres. Izzo, Est. Galterio](#)*

SOMMARIO: 1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: un costante stimolo per gli interpreti. – 2. Il caso. – 3. Alcuni “punti fermi” sull’interpretazione del terzo comma dell’art. 131-bis c.p. – 4. La particolare tenuità del reato continuato: gli orientamenti in giurisprudenza. – 5. Possibili interazioni tra il reato continuato e l’abitudine del comportamento preclusiva della particolare tenuità del fatto. – 6. Conclusioni.

1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: un costante stimolo per gli interpreti.

A distanza ormai di cinque anni dalla sua entrata in vigore¹, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto continua ad essere di costante stimolo per gli interpreti perchè fornisce sempre nuovi spunti di riflessione e porta all’attenzione della giurisprudenza questioni che spesso non vengono risolte in modo univoco².

La ragione della presenza di interpretazioni differenti sul punto è da ricercare anzitutto nell’ampia discrezionalità attribuita al giudice nell’esaminare i due criteri della particolare tenuità dell’offesa e della non abitudine del comportamento necessari per

¹ L’art. 131bis c.p. - rubricato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto” - è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Per riferimenti al retroterra culturale e ai fattori di stimolo a tale riforma si veda AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p. (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2015, 9, 968 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, QUATTROCOLO (a cura di), Torino, 2015, 3 ss.

² V. con particolare riferimento alla controversa nozione di “comportamento non abituale” CORBO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2016, 6S, 34 s.: «Numerose sono le questioni non definitivamente risolte o, addirittura, oggetto di contrasto giurisprudenziale. Si pensi, ad esempio, alla esatta individuazione dell’ambito operativo del requisito della “non abitudine del comportamento”»; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 9; PENCO, *(Ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in *Giur. it.* 2018, 6, 1506; ROSSI, *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.* 2016, 4, 542 ss.

dichiarare il fatto non punibile *ex art. 131bis c.p.*³. Il legislatore, infatti, in vista dello scopo politico-criminale da perseguire, ha evitato di fissare rigidi parametri di valutazione al fine di consentire la più ampia applicazione della disciplina a tutti i casi concreti che risultassero conformi alla *ratio* della particolare tenuità del fatto. L'altra "faccia della medaglia" di questa scelta, però, è rappresentata da incertezze interpretative relative a istituti di comune rilevanza nella prassi applicativa⁴. Con l'introduzione della causa di non punibilità in parola l'intento del legislatore è stato quello realizzare una "depenalizzazione in concreto", coerentemente con la natura di *extrema ratio* propria del diritto penale⁵, con il principio di proporzione tra risposta sanzionatoria e offensività del fatto, con un obiettivo di deflazione processuale e con il principio della finalità rieducativa della pena: il giudice deve procedere ad una valutazione di meritevolezza della pena nel caso concreto, constatando se quel fatto di reato – astrattamente integrato in tutti i suoi elementi costitutivi – abbia una carica offensiva esigua tale per cui l'irrogazione di una sanzione penale anche nel minimo risulterebbe inadeguata⁶.

Si iscrive nell'alveo delle questioni controverse il rapporto tra la particolare tenuità del fatto e l'istituto del reato continuato. Ci si chiede, in particolare, se il riconoscimento della continuazione al caso di specie precluda automaticamente al giudice la possibilità di concedere la causa di non punibilità di cui all'art. 131bis c.p. in quanto configurerebbe *ex se* un'ipotesi di "comportamento abituale" oppure imponga, comunque, al giudicante un'indagine nel caso concreto per accertare l'effettiva abitualità

³ Sulla discrezionalità attribuita all'organo giudicante v. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità*, in *Arch. pen. online* 2015, 2, 26 ss.

⁴ Chiare le osservazioni sul tema di AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Riv. pen.* 2019, 1, 7. V., altresì, BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 6, 662, secondo cui, in tema di depenalizzazione in concreto «assumono importanza centrale gli indici di valutazione della particolare tenuità». In particolare, l'Autore osserva che se sono pochi i parametri fissati dal legislatore si avrà una maggiore applicazione dell'istituto ed un maggior perseguimento degli obiettivi di politica criminale prefissati, con il rischio, però, di estendere la causa di non punibilità anche a fatti che complessivamente non risultano particolarmente tenui; al contrario, se i "paletti" fissati dal legislatore sono numerosi e stringenti le finalità dell'istituto saranno maggiormente frustrate, perchè sarà imposto all'organo giudicante un «maggior rigore nella valutazione della tenuità complessiva».

⁵ Con riferimento ai fondamenti del principio di *ultima ratio* e ai suoi rapporti con il principio di meritevolezza della pena e gli altri cardini del diritto penale v. DEMURO, *Ultima ratio: Alla ricerca di limiti all'espansione penale del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.* 2013, 3, 1656 ss.

⁶ Sul punto AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, in *Enc. dir. Annali*, X, 2017, I; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 5, 517 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 9 ss.; LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Giur. it.* 2018, 8-9, 2000 ss.; MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.* 2015, 7, 321 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 8^{ed.}, 2019, 463; PADOVANI, *Codice Penale*, Milano, 7^{ed.}, 2019, 927 ss.; RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2016, 2, 460 ss. La *ratio* di questa causa di non punibilità è stata messa ben in luce anche da Cass. Sez. Un. "Tushaj" 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Pluris* e da Corte Cost. Ord. 10 ottobre 2017, n. 279, in *De Jure*.

Sul tema della depenalizzazione, sia in astratto che in concreto, rimane fondamentale il lavoro di PALIERO, *"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 627 ss.

della condotta del reo⁷. La giurisprudenza nel corso degli anni ha dato risposte diverse a queste domande⁸ e testimonianza dell'oscillante orientamento sul tema è la sentenza che qui si annota. Vediamo, dunque, di ricostruire la vicenda oggetto di esame, così da ripercorrere le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità.

2. Il caso.

La vicenda trae origine dal mancato versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali sulle retribuzioni dei propri dipendenti da parte del rappresentante legale di una s.r.l. in stato di liquidazione. La Suprema Corte ha ritenuto l'imputato responsabile del reato di cui all'art. 2, comma 1*bis*, del D.l. n. 463 del 1983 (convertito nella Legge n. 638 del 1983) avendo l'agente posto in essere la condotta vietata dalla norma per tre annualità consecutive (dal 2011 al 2013), confermando – in tal senso – la sentenza della Corte d'Appello e dichiarando il ricorso inammissibile perchè tutti i motivi sono stati ritenuti infondati⁹.

In particolare, nel secondo motivo di ricorso, l'imputato censurava la violazione di legge (e il conseguente vizio di motivazione) della sentenza di secondo grado con riferimento all'art. 131*bis* c.p. in quanto, ad opinione del ricorrente, la Corte d'Appello non aveva fornito alcuna risposta alla doglianza secondo cui la continuazione – riconosciuta dai giudici tra i reati commessi nelle diverse annualità dall'imputato – non fosse ostativa *ex se* all'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, quanto meno nell'ipotesi in cui le singole condotte, isolatamente considerate, fossero risultate di lieve entità¹⁰.

Nell'esame di tale motivo, la Corte di Cassazione risolve il problema "a monte", avvalorando le ragioni della sentenza impugnata che negava la causa di non punibilità perchè ritenuto carente il primo dei due criteri previsti dall'art. 131*bis* c.p. e, cioè, la particolare tenuità dell'offesa, impossibile da ravvisare nella reiterazione temporale delle condotte (tre annualità) e nell'elevato margine di scostamento dalla soglia di punibilità prevista dalla Legge n. 638 del 1983¹¹.

⁷ Ci si chiede, inoltre, a quale delle tre ipotesi di comportamento abituale indicate dal terzo comma dell'art. 131*bis* c.p. attenga la continuazione.

⁸ In tal senso AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 13, il quale già osservava che «Il limite dell'abitudine stabilito nel comma 3 sembra costituire un ostacolo insormontabile anche nel caso di reati avvinti dal vincolo della continuazione, o per quelli in concorso materiale tra loro»; successivamente lo stesso Autore in AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., 7, nota che: «Esiste, invece, ancora una disomogeneità interpretativa in relazione al reato continuato, confrontandosi sul punto due orientamenti opposti»; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto: presupposti ed efficacia dell'istituto*, in *Riv. pen.*, 2018, 4, 320 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 465; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937. Dubbi sul punto erano stati sollevati anche da MANTOVANI, *La non punibilità*, cit., 322.

⁹ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, in *Pluris*.

¹⁰ A sostegno di tale doglianza il ricorso richiama Cass. Sez. III, 5 aprile 2017, n. 38849, in *Pluris*.

¹¹ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

Considerando che i due requisiti della particolare tenuità dell'offesa e della non abitudine del comportamento previsti dall'art. 131bis c.p. sono necessariamente cumulativi ai fini della concessione di questa causa di non punibilità, è sufficiente che venga meno uno dei due per portare il giudice a negare il beneficio nel caso concreto¹². La Suprema Corte, pertanto, avrebbe potuto concludere sinteticamente la motivazione sul punto¹³, ma, nonostante ciò, si è dilungata nell'esposizione degli indirizzi giurisprudenziali concernenti il rapporto tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato, perché – ci sembra – l'importanza della questione (soprattutto nella prassi) e l'assenza di una posizione univoca sul tema esigevano un chiarimento più preciso da parte della giurisprudenza di legittimità.

3. Alcuni “punti fermi” sull'interpretazione del terzo comma dell'art. 131-bis c.p.

Prima di analizzare tali orientamenti, occorre prendere le mosse da un'asserzione delle Sezioni Unite che appare fondamentale ai nostri fini: le tre ipotesi di comportamento abituale descritte dal terzo comma dell'art. 131bis c.p. sono state ritenute tassative dal massimo consesso: è una norma – osserva la Corte – di tipizzazione dell'abitudine che intende escludere dall'ambito della causa di non punibilità i comportamenti indici di una "serialità" criminosa dell'agente¹⁴. Di conseguenza, affinché la condotta del reo sia qualificabile come abituale (e, per questa ragione, ostativa all'applicazione dell'art. 131bis c.p.) va necessariamente inquadrata o nell'ipotesi di commissione di più reati della stessa indole, o in una fattispecie di reato che abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate oppure deve essere riferita ad un soggetto che sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza.

L'accertamento di quest'ultimo *status* non pone problemi interpretativi in quanto richiede una precedente pronuncia giudiziaria che abbia dichiarato l'imputato delinquente abituale, professionale o per tendenza: la pericolosità sociale già dimostrata

¹² In proposito chiarisce GULLO, *Art. 131bis. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Codice penale commentato. Tomo I*, Milano, 4^{ed.}, 2015, 1953 ss., che «L'art. 131bis non stabilisce, infine, alcuna gerarchia tra i diversi criteri enunciati, i quali dunque devono entrambi sussistere affinché sia possibile formulare il giudizio di particolare tenuità del fatto». V. anche ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2017, 3, 407: «L'art. 131bis c.p. esclude la punibilità in presenza due presupposti applicativi [...] Si tratta di presupposti entrambi necessari». In tal senso anche Cass. Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *Pluris*, secondo cui, il tenore letterale della disposizione richiede «congiuntamente e non alternativamente» la sussistenza dei due criteri.

¹³ V. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

¹⁴ Chiare sul punto le Sez. Un. "Tushaj" 25 febbraio 2016, cit. V., altresì, ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 408: «Tali ipotesi paiono essere tassative, anche in considerazione del fatto che il legislatore non fornisce una definizione positiva di comportamento non abituale, a cui ricondurre ulteriori casi di comportamento abituale»; AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17: «Tale elenco, peraltro, nonostante il diverso parere originario del legislatore storico, è stato considerato tassativo e non meramente esemplificativo»; RAMPIONI, *La non punibilità*, cit., 467.

dall'agente preclude il riconoscimento del beneficio¹⁵. Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per le altre due ipotesi descritte dalla norma: nell'analisi della pluralità di reati della stessa indole ovvero del reato che abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate non è richiesta, invero, una precedente statuizione del giudice¹⁶.

In particolare, rientrano nell'ambito della pluralità di reati della stessa indole anche condanne non ancora passate in giudicato, reati accertati incidentalmente e dichiarati non punibili *ex art. 131bis* c.p. (il tenore letterale della disposizione è chiaro sul punto), condotte criminose successive a quella in esame e, persino, fatti rilevanti nel medesimo procedimento al vaglio dell'organo giudicante utili per apprezzare la capacità a delinquere dell'agente e l'abitudine delittuosa del suo comportamento¹⁷. Nel caso di più violazioni della stessa norma incriminatrice o di disposizioni penali aventi "caratteri fondamentali comuni", l'episodio criminale nel suo complesso assume una gravità incompatibile con la finalità della causa di non punibilità, a prescindere dall'eventuale particolare tenuità – e dalla conseguente esenzione da pena *ex art. 131bis* c.p. – delle singole violazioni che lo compongono¹⁸.

Requisito essenziale per l'operatività di questa condizione ostativa è rappresentato dal fatto che i reati della stessa indole commessi dall'agente devono essere in totale almeno tre: il reato in relazione al quale si discute l'applicabilità dell'*art. 131bis* c.p. in aggiunta ad almeno altri due illeciti, precedenti o successivi a quello in esame. È in questo modo che si realizza quella serialità del comportamento del reo che preclude l'applicazione della particolare tenuità del fatto¹⁹.

¹⁵ In proposito BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.* 2016, 9, 3276; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 936: «Mentre il riferimento agli istituti codicistici relativi alla dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere non pone alcun problema ermeneutico, l'attenzione sia della giurisprudenza che della dottrina si è concentrata sulle altre ipotesi di abitudine del comportamento indicate dall'*art. 131bis* c. 3».

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, in *Pluris*.

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «La pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza». Sul punto anche GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1957.

¹⁸ In tal senso Cass. Sez. III, 4 aprile 2017, n. 776, in *Pluris*: «Quando il soggetto agente abbia violato più volte la stessa o più disposizioni penali sorrette dalla medesima *ratio punendi*, [si ritiene che] egli non possa avvantaggiarsi della menzionata causa di non punibilità, in quanto, in tale evenienza, è la stessa norma a considerare il "fatto", secondo una valutazione complessiva in cui perde rilevanza l'eventuale particolare tenuità dei singoli segmenti in cui esso si articola, connotato, nella sua dimensione "plurima", da una gravità tale da non potere essere considerato di particolare tenuità»; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1957: «La logica sottostante è quella di non riconoscere la causa di non punibilità nei confronti di chi abbia dimostrato una capacità a delinquere che indizia il carattere "non bagatellare" dell'autore».

¹⁹ Lo mette ben in luce la giurisprudenza sul punto: v., da ultimo, Cass. Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 6551, in *DeJure*. Secondo l'insegnamento delle Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «Il tenore letterale lascia intendere che [...] il terzo illecito della medesima indole dà legalmente luogo alla serialità che osta all'applicazione dell'istituto». Per ulteriori riferimenti in dottrina v. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 409; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 30: l'unica recidiva ostativa sarebbe quella reiterata e specifica, tuttavia, poiché la norma non fa riferimento alla necessità che essa sia riconosciuta e applicata, l'abitudine del comportamento potrà essere integrata anche in mancanza della dichiarazione di recidiva; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 936. Per un ulteriore commento in merito all'ampiezza dell'interpretazione del concetto di

Ai sensi dell'art. 101 c.p., nell'analisi dell'indole degli illeciti commessi, il giudice è chiamato a effettuare un esame di tutte le circostanze del caso concreto per verificare se i reati in questione presentino "caratteri fondamentali comuni" alla luce della "natura dei fatti che li costituiscono" o dei "motivi che li determinarono"²⁰. Il più significativo parametro da utilizzare in questa indagine è il bene giuridico protetto dalle norme violate, in seguito sarà utile osservare anche le modalità esecutive, il contesto spazio-temporale dei reati e gli aspetti della natura del reo che rendano evidente un'inclinazione verso una particolare tipologia criminosa; dal punto di vista soggettivo, invece, andranno considerate soprattutto le finalità dell'azione²¹.

Per quanto concerne l'ultima ipotesi di comportamento abituale prevista dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., ad avviso della Suprema Corte è necessario attribuire un significato distinto alle tre nozioni ivi contenute al fine di evitare un'inutile ripetizione semantica: si dovranno, quindi, intendere per "plurime" le condotte anche disomogenee che intervengono un numero considerevole (almeno tre) di volte, per "abituale" le condotte non episodiche poste in essere con una certa metodicità e per "reiterate" quelle condotte ripetute nel tempo con le stesse modalità fenomeniche²².

Secondo parte della dottrina, nel concetto di condotte abituali e reiterate rientrerebbero non solo i reati necessariamente abituali, ma anche i reati eventualmente abituali, mentre nell'ambito delle condotte plurime troverebbero spazio quelle fattispecie astratte in cui sono tipizzate condotte progressive²³. In ogni caso, ci troviamo di fronte a reati che presentano come elemento costitutivo della fattispecie la serialità, intesa come abitualità della condotta o come successione nel tempo di diverse azioni, ciascuna delle quali penalmente rilevante²⁴.

La *ratio* di questa previsione normativa consiste nel precludere l'applicabilità dell'art. 131bis c.p. a quei reati aventi una struttura intrinsecamente abituale e come tali

pluralità di reati della stessa indole fornita dalle Sezioni Unite v. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giur. it.* 2016, 7, 1740.

²⁰ Così Cass. Sez. V, 30 maggio 2018, n. 53401, in *Pluris*.

²¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit. con nota di BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740.

²² Così Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, in *Pluris*. In precedenza Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit., le quali portano i seguenti esempi: reato di lesioni colpose commesso con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, generato dalla mancata adozione di distinte misure di prevenzione e da un consolidato disinteresse per la sicurezza (condotte plurime), reato di maltrattamenti in famiglia (condotte abituali), reato di atti persecutori (condotte reiterate). *Contra* GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1958, il quale, richiamando il dibattito parlamentare sullo schema di decreto (p. 18 del resoconto stenografico della seduta del 28.01.2015 della Commissione Giustizia della Camera), osserva che «emerge chiaramente come retroterra dell'esclusione compiuta fossero i reati abituali». Secondo l'Autore, quindi, le tre qualificazioni delle condotte devono essere lette in una logica unitaria, facendo riferimento ai reati necessariamente abituali. In questa direzione si è mossa anche Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit., la quale sintetizza la preclusione in parola con l'espressione «reato a struttura abituale».

²³ In tal senso BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740, il quale porta l'esempio della promessa e della dazione laddove entrambe le condotte vengano realizzate.

²⁴ In argomento ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 409 ss.; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 542. Sulle difficoltà di ricostruire tale condizione preclusiva come riferita ad una pluralità di reati o ad un singolo reato v. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità*, cit., 16.

incompatibili con lo scopo perseguito dalla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto²⁵.

Quanto emerge da tale disamina è la volontà del legislatore di attribuire alla nozione di "comportamento abituale" rilevante ai fini dell'esclusione dall'art. 131*bis* c.p. un significato proprio della causa di non punibilità in questione, autonomo e indipendente da altri istituti o concetti già propri del diritto penale (come la recidiva o l'occasionalità nel reato) e, pertanto, non sovrapponibile *tout court* ad essi, bensì da valutare alla stregua dell'apposito sottosistema fornito nella disposizione legislativa²⁶.

A ciò si aggiunga che l'assenza di una definizione normativa di "comportamento non abituale", unitamente all'elencazione di ipotesi tassative in cui – al contrario – il comportamento è qualificabile come tale, induce a ritenere che sarà sempre il giudice a dover verificare, nell'esercizio del suo potere discrezionale e sulla base delle peculiarità del caso concreto, la sussistenza di questo criterio soggettivo²⁷.

4. La particolare tenuità del reato continuato: gli orientamenti in giurisprudenza.

Veniamo ora ad esaminare il controverso rapporto, prospettato in giurisprudenza, tra la figura del reato continuato e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il primo indirizzo si fa risalire a quelle pronunce che escludono automaticamente l'applicabilità della causa di non punibilità ai reati avvinti dal vincolo della continuazione in forza dell'assunto per cui il reato continuato rappresenterebbe un'ipotesi di "comportamento abituale" ostativa *ex se* al riconoscimento del beneficio, in quanto «la reiterazione delle condotte penalmente rilevanti» costituirebbe «il segno di una devianza non occasionale» dell'agente²⁸. In tale circostanza la Corte ha inquadrato il reato continuato nella terza fattispecie preclusiva del terzo comma dell'art. 131*bis* c.p.

²⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317.

²⁶ Sul punto Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «Il nuovo istituto dell'abitualità è frutto del sottosistema generato dalla riforma ed al suo interno deve essere letto»; Cass. Sez. VI, 28 marzo 2017, n. 26867, in *Pluris*, la quale ribadisce che la condizione ostativa del comportamento abituale «non può essere confusa con la recidiva o con una generica proclività a delinquere dell'imputato»; Cass. Sez. IV, 7 gennaio 2016, n. 7905, in *Pluris*, in tema di autonomia di giudizio tra sospensione condizionale della pena e particolare tenuità perché la presenza di un precedente penale (che preclude la concessione della prima) non è ostativa a priori all'applicazione della seconda. V., altresì, AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17, il quale afferma che «il concetto di abitualità debba essere [...] ricostruito alla luce della *ratio* della riforma di escludere dall'ambito della particolare tenuità le cosiddette condotte "seriali" a prescindere da precedenti sentenze definitive»; BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*. cit., 1740 sull'ampia nozione di "comportamento abituale" accolta dalla giurisprudenza; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1955 ss. sulle differenze tra le nozioni di "recidiva", "occasionalità" del reato e "non abitualità" del comportamento; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 464, secondo cui, il concetto di "non abitualità" è più ampio di quello di "occasionalità".

²⁷ In tal senso ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 408; AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17, che definisce "vago" ed "elastico" tale criterio; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 935.

²⁸ Si esprime in questi termini Cass. Sez. II, 5 aprile 2017, n. 28341, in *Pluris*.

(condotte plurime, abituali e reiterate), ma ciò non toglie che si sarebbe potuta escludere la particolare tenuità del fatto anche in altro senso, avendo il caso di specie ad oggetto una pluralità di reati della stessa indole. Questo principio di diritto – già espresso in una precedente sentenza della Seconda Sezione, in cui si aggiungeva che la sussistenza della continuazione, seppur alla presenza di un'unitaria spinta criminale, darebbe vita a una progressione criminosa incompatibile con i requisiti dell'occasionalità e della non reiterazione delle condotte richieste dall'art. 131*bis* c.p.²⁹ – è stato fatto proprio anche da sentenze successive³⁰, soprattutto avuto riguardo a reati continuati che si sono consumati in lungo arco temporale³¹.

Precisamente, in un arresto della Terza Sezione la Corte di Cassazione ribadisce che, poichè a una «lettura non superficiale del disposto dell'art. 131 *bis* c.p., comma 3» l'ipotesi ostativa della commissione di una pluralità di reati della stessa indole può ricorrere anche in assenza di precedenti condanne definitive, il reato continuato, in quanto fattispecie connotata da una dimensione "plurima", non rientra nell'ambito di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto³². In tale occasione, dunque, la Suprema Corte ha equiparato, nell'economia dell'art. 131*bis* c.p., l'istituto del reato continuato alla fattispecie della pluralità di reati della stessa indole e, alla luce dell'ampia portata di tale condizione ostativa, ha ritenuto persino "ridondante" l'ulteriore richiamo alle "condotte plurime, abituali e reiterate". Da ultimo, la Quarta Sezione riafferma lo stesso principio con riferimento al caso di una pluralità di cessioni di stupefacenti uniti dal vincolo della continuazione³³.

Di contro, non sono mancate aperture della giurisprudenza di legittimità nel senso di una compatibilità tra i due istituti. Tra le più recenti pronunce, la Corte di Cassazione ha affermato che considerare una pluralità di condotte avvinte dalla continuazione automaticamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 131*bis* c.p. anche quando «la contestualità di esse deponga inequivocabilmente nel senso della unicità della volizione antidoverosa dell'agente» comporterebbe un'ingiustificabile disparità di trattamento con la figura del concorso formale di reati (art. 81, primo comma, c.p.) che consente l'eventuale applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. Inoltre, sempre ad opinione della Cassazione, appare «più conforme allo stesso tenore letterale della disposizione in questione» e maggiormente coerente con una lettura sistematica della normativa di

²⁹ Cfr. Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit.: «Il riconoscimento della continuazione [...] non elide la circostanza che osta al riconoscimento del beneficio, ovvero la "oggettiva" reiterazione di condotte penalmente rilevanti». Ancora in precedenza Cass. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, in *Pluris*, ad opinione della quale, lo sbarramento deriverebbe dalle ultime due condizioni preclusive indicate nel terzo comma dell'art. 131*bis* c.p.

³⁰ Cfr., ad esempio, Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 3353, in *C.E.D. Cass.* 272123-01: «La causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto non può essere dichiarata in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, perchè anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale" per la reiterazione di condotte penalmente rilevanti, ostativa in base all'ultima porzione [dell'art. 131-bis c.p.](#), comma 1, al riconoscimento del beneficio, perchè denota una devianza "non occasionale"».

³¹ Cfr., da ultimo, Cass. Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 6550, in *DeJure*.

³² Così Cass. Sez. III, 29 marzo 2018, n. 19159, in *Pluris*.

³³ Cfr. Cass. Sez. IV, 25 settembre 2018, n. 44896, in *Pluris*.

settore l'esito secondo cui «non costituisce elemento ostativo alla applicazione dell'art. 131 bis c.p., la presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, qualora questi riguardino azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo e nei confronti della medesima persona» atteso che da tali elementi emerge una «unitaria e circoscritta deliberazione criminosa» che è compatibile con il criterio della non abitudine del comportamento del reo³⁴. Questo argomento è utile alla Suprema Corte per escludere nel caso di specie la reiterazione delle condotte (la terza condizione ostativa del terzo comma dell'art. 131bis c.p.), dopo aver negato l'identità dell'indole criminosa dei reati in concorso.

Sulla stessa lunghezza d'onda, la Seconda Sezione aveva dichiarato che la continuazione non si identificherebbe automaticamente con l'abitudine nel reato perchè non è indicativa *ex se* di serialità della condotta o di proclività dell'agente a violare la legge. Più precisamente, il reato continuato potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto quando concerne «azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo», imponendo in tal caso al giudice di apprezzare in concreto la reale offensività del singolo episodio delittuoso (alla stregua del pregiudizio ai beni giuridici tutelati, delle modalità esecutive, della colpevolezza e degli altri fattori dell'art. 133 c.p.) e «rifuggendo dal rischio di elevare a indice di abitudine il criterio moderatore dell'art. 81 c.p., comma 2»³⁵. La Corte ritiene, in quest'ultima pronuncia, che due reati della stessa indole uniti dalla continuazione e commessi nel medesimo contesto spazio-temporale non precludano l'applicazione dell'art. 131bis c.p.

Si può notare che il principio in questione non è nuovo nel panorama giurisprudenziale. A parere della Quinta Sezione, infatti, l'ipotesi del reato continuato sarebbe equiparabile a quella del concorso formale di reati quando le diverse condotte esecutive del medesimo disegno criminoso vengano poste in essere nello stesso contesto spazio-temporale: in tal modo le condotte risulterebbero "estemporanee" e, di conseguenza, inidonee a fondare un giudizio di abitudine criminale del reo poichè la volontà dell'agente si delineerebbe come sostanzialmente unica, stante la contemporanea esecuzione delle distinte azioni delittuose³⁶. Pertanto, nella ricostruzione data dalla Cassazione in quest'ultimo arresto, l'unicità di contesto spazio-temporale risulta idonea a rendere compatibili due reati della stessa indole oggetto di continuazione con il regime dell'art. 131bis c.p. (bypassando, così, la seconda fattispecie ostativa prevista dal terzo comma della disposizione in commento).

³⁴ È il principio enunciato da Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit. In particolare, già Cass. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, in *Pluris*, aveva già asserito che il concorso formale di reati non rende operabile lo sbarramento dell'abitudine del comportamento per via dell'unicità di azione o omissione che lo caratterizza. A ciò si aggiunga l'incompatibilità di *ratio* tra l'abitudine preclusiva dell'art. 131bis c.p. e l'istituto del concorso formale.

³⁵ Così Cass. Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9495, in *Pluris*: «Il riconoscimento del vincolo della continuazione tra più reati, quando le violazioni non siano in numero tale da costituire *ex se* dimostrazione di serialità ovvero di progressione criminosa espressiva di particolare intensità del dolo o ancora di versatilità offensiva, non possa ritenersi automaticamente ostativo all'applicabilità dell'esimente ex art. 131 bis c.p.».

³⁶ Sul punto Cass. Sez. V, 31 maggio 2017, n. 35590, in *Pluris*; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 321.

Ancora in precedenza, ad avviso della Seconda Sezione, l'identificazione *tout court* tra continuazione e abitudine frusterebbe sia l'intenzione del legislatore del 2015 di attribuire un autonomo e (per certi versi ampio) significato di "comportamento non abituale", sia il perseguimento degli obiettivi avuti di mira dalla norma (tra i quali, soprattutto, la deflazione processuale) e manifesterebbe una contraddittorietà di fondo nel considerare un istituto di favore *quoad poenam* per l'imputato quale fattispecie preclusiva dell'accesso a una causa di non punibilità. Il reato continuato, pertanto, non sarebbe sovrapponibile *in toto* né alla circostanza della commissione di più reati della stessa indole, né a quella di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Tale constatazione, ovviamente, non permette di affermare che la sussistenza della continuazione consenta sempre la concessione del beneficio della particolare tenuità, bensì che l'organo giudicante «dovrà "soppesare" l'incidenza della continuazione in tutti i suoi aspetti [...] per giungere ad esprimere un giudizio di meritevolezza o meno al riconoscimento della causa di non punibilità»³⁷. Qui la Suprema Corte ha escluso, nuovamente, che due reati della stessa indole commessi in un lasso di tempo circoscritto possano integrare un'ipotesi di comportamento abituale (viene meno, anche in questo caso, la seconda condizione preclusiva del terzo comma dell'art. 131bis c.p.).

In breve, emerge una giurisprudenza oscillante per quanto concerne la precisa sussunzione del reato continuato all'interno delle due fattispecie ostative della pluralità dei reati della stessa indole o dei reati che abbiano a oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Nello stesso senso, quando i giudici di legittimità introducono il criterio della contestualità spazio-temporale delle condotte per conciliare l'istituto della continuazione con la non abitudine del comportamento, non indicano chiaramente se tale criterio sia idoneo a superare la condizione preclusiva della pluralità di reati della stessa indole (come hanno reputato nella maggior parte delle pronunce menzionate, ma a ben vedere – trattandosi spesso nei casi di specie di due soli reati della stessa indole – nelle stesse vicende si sarebbe potuta escludere l'abitudine del comportamento senza ricorrere a tale criterio³⁸) o la fattispecie ostativa dei reati a condotte plurime, abituali e reiterate (come è stato anche ritenuto dagli stessi, sebbene in pronunce più isolate).

Pertanto, si può dedurre che la Corte di Cassazione adoperi il criterio della sostanziale contemporaneità delle condotte e dell'unicità della volontà criminosa soltanto per escludere l'automatismo tra il reato continuato e l'abitudine del comportamento incompatibile con l'art. 131bis c.p., rinviando al giudice di merito per una più approfondita analisi del fatto concreto al fine di verificare se è possibile ritenere insussistenti sia la pluralità dei reati della stessa indole che le condotte plurime, abituali e reiterate. Infatti, è la stessa giurisprudenza che afferma, con riferimento al principio

³⁷ Cfr. Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, in *Pluris*, con nota di BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p. e la "continuazione non abituale": oltre l'ossimoro apparente*, in *Giust. pen.* 2017, 6, 330 ss. Per ulteriori considerazioni su questa pronuncia v. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., 7; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato. Nota a G.I.P. Rovereto, sent. 16 marzo 2017, n. 38*, *Giud. Dies*, in *Dir. pen. cont.* 2017, 6, 314 s.

³⁸ V. *supra* (par. 3).

della contestualità spazio-temporale, che esso richiede di volta in volta delle opportune precisazioni connesse alle peculiarità dei casi di specie³⁹.

In conclusione, ci sembra maggiormente condivisibile il secondo orientamento della Suprema Corte, perchè più coerente con la *ratio* e gli obiettivi della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: se, invero, il reato continuato non è incluso *prima facie* fra le ipotesi tassative di comportamento abituale definite dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., per poter concludere per una sua esclusione dall'ambito di applicazione della norma, il giudice deve verificare in concreto se – alla luce di tutte le caratteristiche del caso di specie – il reato continuato possa essere inquadrato nella categoria della pluralità dei reati della stessa indole oppure qualificato come reato avente ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate⁴⁰.

Precludere *ab origine* una tale valutazione contrasterebbe con il fondamento dell'attribuzione all'organo giudicante del potere discrezionale necessario per accertare la meritevolezza della pena nel caso di specie, pregiudicando in questo modo l'obiettivo di depenalizzazione in concreto e di, conseguente, deflazione processuale cui ambiva il legislatore, nonché frustrando i principi di proporzione, *extrema ratio* e finalità rieducativa sottesi all'introduzione della causa di non punibilità in questione⁴¹.

A ulteriore sostegno dell'impraticabilità della soluzione dell'automatica sovrapposizione tra continuazione e comportamento abituale militerebbe anche la constatazione dell'autonomia della nozione di "comportamento non abituale" rilevante *ex art. 131bis c.p.*, che – come visto – è indipendente da simili concetti o principi già propri del diritto penale.

A ciò si aggiunga che, nella sistematica del codice penale, il reato continuato è progettato come un istituto improntato al *favor rei*, finalizzato a mitigare il trattamento sanzionatorio dell'agente che commetta una pluralità di reati (per mezzo di una pluralità di azioni od omissioni) in esecuzione di un "medesimo disegno criminoso", rispetto all'ipotesi del concorso materiale in cui manchi un'unitaria volontà criminale⁴². Pertanto, ritenere che un istituto pensato a vantaggio del reo possa astrattamente – senza

³⁹ Cfr. Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit. «Questa stessa Corte ha espresso un orientamento che, seppure con qualche opportuna precisazione connessa alla peculiarità del caso di volta in volta sottoposto alla sua attenzione, appare decisamente mitigare la rigidità e la apparentemente generale applicazione del principio quale dianzi esposto [cioè del principio di automatica preclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al reato continuato]».

⁴⁰ In tal senso anche ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 544, a parere del quale, la mera constatazione della continuazione non è sufficiente per escludere la particolare tenuità del fatto, perchè il giudice deve sempre valutare se il comportamento dell'agente realizzi una pluralità di reati della stessa indole o abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 314.

⁴¹ Così BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 333.

⁴² In argomento, nella manualistica, v. ANTOLISEI, CONTI (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 16°ed., 2003, 526 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 4°ed., 2001, 510: «Nel reato continuato la riprovevolezza complessiva dell'agente viene ritenuta minore che nei normali casi di concorso»; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 589: «la *ratio* storica dell'istituto risiede nell'attenuazione delle pesanti conseguenze derivanti dal cumulo materiale delle pene».

valutazioni in concreto – precludergli l'accesso ad un beneficio come la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto apparirebbe una contraddizione del sistema⁴³.

5. Possibili interazioni tra il reato continuato e l'abitudine del comportamento preclusiva della particolare tenuità del fatto.

Per cercare una risposta al secondo quesito da cui siamo partiti (e cioè a quale delle ipotesi di comportamento abituale di cui al terzo comma dell'art. 131*bis* c.p. il reato continuato debba essere ricondotto), iniziamo con l'analizzare la relazione che intercorre tra l'istituto della continuazione e la pluralità di reati della stessa indole.

Qualificando il reato continuato come fattispecie a dimensione plurima, in quanto si manifesta sul piano naturalistico in una molteplicità di illeciti commessi per mezzo di distinte condotte⁴⁴, sarà integrata la causa ostativa della pluralità di reati della stessa indole se i fatti commessi siano in numero non inferiore a tre e se vi sia coincidenza tra i significati di "disegno criminoso" e "indole criminosa": solo in questo caso sarà ravvisabile una totale sovrapposizione tra la disposizione dell'art. 81, secondo comma, c.p. e quella dell'art. 131*bis*, terzo comma (seconda parte), c.p. L'analisi si sposta, dunque, su quest'ultimo fronte.

Il medesimo disegno criminoso è definito come il programma dell'agente di commettere una pluralità di reati, ideati nelle loro linee essenziali e sorretti dall'unitaria volontà di realizzarli⁴⁵; parte integrante di tale disegno, ad avviso della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria, deve essere anche l'unicità di scopo perseguito dal reo, condizione che renderebbe le distinte violazioni non più autonome, bensì un frammento dell'insieme⁴⁶.

⁴³ In proposito Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.; BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3279; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 315: appare «poco coerente [...] un'eventuale preclusione assoluta di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. rispetto ad un istituto ispirato alla logica del *favor rei*».

⁴⁴ Sul punto MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 593: a seguito della riforma del 1974 «i reati legati dal vincolo della continuazione devono considerarsi unificati soltanto ai fini della pena principale [...] nonché ad altri limitati effetti [...] per i quali la considerazione unitaria del reato continuato torna a favore dell'agente. [...] Al di fuori di questa limitata sfera di istituti, i reati uniti dal vincolo della continuazione conservano invece la loro autonomia: si considerano cioè come reati distinti». Il reato continuato, in particolare, sarebbe unico per alcuni effetti e plurimo per altri: così Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2009, n. 3286, in *DeJure*.

⁴⁵ Così MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 589 s.; Cass. Sez. Un. 18 maggio 2017, n. 28659, in *C.E.D. Cass.* n. 270074, secondo cui, adottando una soluzione intermedia nel definire il contenuto del disegno criminoso, al momento della commissione del primo reato, gli altri illeciti devono essere stati programmati nelle loro linee essenziali.

⁴⁶ In tal senso Cass. Sez. III, 17 novembre 2015, n. 896, in *C.E.D. Cass.* n. 266179; Cass. Sez. V, 3 ottobre 2013, n. 5599, in *C.E.D. Cass.* n. 258862; ANTOLISEI, CONTI (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 528; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 7^{ed.}, 2014, 707 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 512. Sul punto, tuttavia, non esiste universalità di vedute: v. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 590 s.

Da una lettura delle disposizioni dell'art. 81, secondo comma, c.p. e dell'art. 101 c.p. si potrebbe affermare che la nozione di reati della stessa indole abbia un raggio d'azione più ampio rispetto al medesimo disegno criminoso: a titolo esemplificativo, la prima condizione include anche reati colposi (ontologicamente incompatibili con il reato continuato), ricorre anche in caso di reati commessi semplicemente per effetto degli stessi impulsi o motivi a delinquere (fattispecie da cui la Suprema Corte ha, invece, escluso che possa desumersi la sussistenza del medesimo disegno criminoso⁴⁷) e attiene ad un duplice ambito, sia oggettivo ("la natura dei fatti") che soggettivo ("i motivi che li determinarono"), da cui desumere quei "caratteri fondamentali comuni" che qualificano l'indole criminale di un soggetto.

Ma si può concludere, allora, che la continuazione rientri sempre nell'alveo della pluralità di reati della stessa indole? *Nulla quaestio* se i reati oggetto del disegno criminoso consistano in più violazioni della stessa norma incriminatrice (c.d. concorso "omogeneo"), perchè, ai sensi della prima parte dell'art. 101 c.p., questa circostanza configura sempre una pluralità di reati della stessa indole⁴⁸.

Anche nel caso di reati eterogenei la prassi applicativa tenderà spesso a far coincidere le due nozioni, soprattutto quando il vincolo della continuazione attenga a (almeno tre) reati che mirano a un obiettivo unitario, ledono lo stesso bene giuridico e sono commessi con le medesime modalità esecutive anche in relazione al contesto spazio-temporale di riferimento, quando – cioè – emerga, per il numero e per le peculiarità dei fatti commessi, quella serialità ostativa alla *ratio* dell'art. 131bis c.p.⁴⁹. Tuttavia, non sempre ricorrerà tale evenienza: ad esempio, in presenza di reati uniti dal vincolo della continuazione che non perseguano un unico scopo, che pregiudichino beni giuridici non omogenei o che vengano commessi con modalità esecutive differenti⁵⁰ potrebbero non ricorrere i "caratteri fondamentali comuni" in ragione delle non univoche spinte a delinquere o della diversa natura dei fatti e, di conseguenza, potrebbe non sussistere la stessa indole criminosa tra i vari illeciti⁵¹.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. I, 8 gennaio 2016, n. 15955, in *C.E.D. Cass.* n. 266615.

⁴⁸ È il caso, ad esempio, della sentenza che qui si annota. Così BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3277: «Ferma l'inapplicabilità assoluta dell'art. 131-bis c.p. rispetto alle ipotesi di concorso tra reati *omogenei*, si dovrebbe procedere ad una valutazione *caso per caso* rispetto alle ipotesi di concorso tra reati *eterogenei*».

⁴⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. 18 maggio 2017, n. 28659, cit., secondo cui, l'omogeneità delle violazioni e del bene giuridico protetto, la distanza temporale fra le condotte e le condizioni di tempo e di luogo possono essere indicatori della sussistenza del disegno criminoso. A ben vedere, sono gli stessi indicatori presi in esame da Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit. con nota di BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740, nell'individuazione dell'identità dell'indole criminosa (v. *supra* par. 3).

⁵⁰ Sul punto Cass. Sez. III, 17 novembre 2015, cit., che esclude l'unicità del disegno criminoso quando il reato non è stato preventivato inizialmente ma è il risultato di decisioni prese nel corso dell'esecuzione del programma. *A contrario*, secondo MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 590, «l'unità del disegno criminoso non viene meno quando le modalità esecutive di uno dei reati programmati mutino a causa dell'evolversi degli eventi».

⁵¹ In tal senso BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 333 ss.; BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3277 ss., a parere del quale, se i reati avvinti dalla continuazione presentano "tratti fondamentali comuni" non si può pervenire all'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, altrimenti, se non si ravvisa tale elemento «nulla potrebbe opporsi all'applicabilità dell'art. 131-bis c.p.»; Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.

Da quanto detto discende che, per risolvere i dubbi sul punto, è necessaria ogni volta una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto a opera dell'organo giudicante, come – tra l'altro – espressamente stabilito dall'art. 101 c.p.⁵².

Si può affermare con maggior certezza, invece, che la presenza di precedenti penali per reati di indole diversa da quello contestato non costituisce un motivo di negazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto⁵³.

Se, al contrario, si aderisse all'opinione di quella parte di giurisprudenza sopra menzionata che qualifica il reato continuato come un unico reato se commesso nello stesso contesto spazio-temporale, o di quella dottrina che opta per una connotazione unitaria dell'istituto soprattutto se analizzato in relazione ad effetti favorevoli al reo⁵⁴, non sarà ravvisabile alcuna interferenza con la condizione ostativa della pluralità dei reati della stessa indole (che, appunto, richiede la sussistenza di almeno tre distinti illeciti) e, pertanto, non potrà essere negato il beneficio della non punibilità sulla base di tale motivazione⁵⁵.

Più complicato, invece, appare il rapporto tra il reato continuato e la terza condizione preclusiva prevista dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., soprattutto a causa della difficile ricostruzione dell'espressione "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate".

Partendo dal presupposto che il legislatore abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 131bis c.p. i reati intrinsecamente abituali, cioè gli illeciti che nella loro struttura oggettiva presentino tratti di serialità e nei quali la reiterazione delle condotte è elemento tipico della fattispecie (ad esempio gli atti persecutori o i maltrattamenti in famiglia) e che, quindi, abbia fatto riferimento a singole figure criminose⁵⁶, non si pongono problemi di interferenza con l'istituto del reato continuato. La continuazione, infatti, attiene ad una pluralità – sul piano naturalistico – di illeciti commessi (si tratta pur sempre di un concorso materiale di reati) e, pertanto, se oggetto del disegno criminoso fossero reati intrinsecamente abituali, l'agente non potrebbe beneficiare della causa di non punibilità in parola, ma non perchè sia ostativo il vincolo

⁵² Cfr. Cass. Sez. V, 30 maggio 2018, n. 53401, in *Pluris*, che impone al giudice di merito un accertamento in concreto e con specifiche indagini per verificare la ricorrenza della stessa indole criminale.

⁵³ Così FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317 ss.; Cass. Sez. III, 23 novembre 2016, n. 35757, in *Pluris*.

⁵⁴ V. *supra* (par. 4) MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 593; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 666; BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 332, secondo cui, nell'ottica di *favor rei*, il reato continuato va considerato unitariamente per superare gli sbarramenti del terzo comma dell'art. 131bis c.p.

⁵⁵ In tal senso BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3281 ss.; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 543.; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 315, ad avviso della quale, se il reato continuato può essere considerato un reato unitario - anche per effetti non espressamente previsti dalla legge - purché ciò garantisca un risultato favorevole al reo «difetterebbe quel requisito della pluralità di reati necessario per integrare la presunzione di abitudine del comportamento».

⁵⁶ V. *supra* (par. 3) Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.; Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit.; Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1958.

della continuazione, bensì perchè è il singolo reato da lui commesso incompatibile con le finalità della non punibilità per particolare tenuità del fatto⁵⁷.

Diverso è il caso in cui all'espressione "condotte plurime, abituali e reiterate" sia attribuito un significato più ampio, andando esso a ricomprendere non solo i reati intrinsecamente abituali, ma anche quelli eventualmente abituali, le fattispecie a condotte progressive, o le ipotesi di pluralità di azioni distinte e ripetute che si susseguono nello sviluppo degli accadimenti ognuna delle quali è idonea a integrare un reato, ma che possono essere considerate un unico illecito se commesse in un contesto spazio-temporale unitario e ai danni della medesima persona offesa⁵⁸.

In questa evenienza, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto potrà essere più facilmente negata sulla base dell'assunto per cui i reati uniti dal vincolo della continuazione – che per definizione legislativa riguarda "più azioni od omissioni" commesse "anche in tempi diversi" – possono rientrare nella nozione di condotte "plurime" o "reiterate", non richiedendo tale fattispecie ostativa alcun requisito ulteriore (quale possa essere l'identità dell'indole criminosa come nell'ipotesi prima vagliata) per la sua operatività⁵⁹. Pertanto, anche laddove oggetto del medesimo disegno criminoso non siano reati a struttura necessariamente abituale, potrebbe essere preclusa l'applicabilità dell'art. 131bis c.p., con la precisazione che – anche in questo caso – se si accede all'interpretazione di "condotte plurime" fornita dalla giurisprudenza sopra indicata, le condotte incriminate devono essere almeno tre.

Inoltre, a causa della polivalente interpretazione dell'espressione "condotte plurime, abituali e reiterate", a nulla rilevarebbe considerare il reato continuato come un'unitaria fattispecie criminosa per escluderlo dalla sussunzione in tale nozione.

Tuttavia, sotto diverso profilo, appare evidente che, nella costruzione della terza condizione preclusiva di cui all'art. 131bis, terzo comma, c.p., il legislatore non abbia ripreso l'inciso "anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità" utilizzato con riferimento alla pluralità di reati della stessa indole: un'interpretazione sistematica e *a contrario*, quindi, fornirebbe la possibilità al giudice di verificare la particolare tenuità delle singole condotte plurime legate dalla continuazione per arrivare a escludere la sussistenza della condizione ostativa e, di conseguenza, concedere la causa di non punibilità se i singoli reati isolatamente considerati non risultino essere meritevoli di sanzione penale all'esito di una valutazione in concreto alla stregua dei parametri indicati nell'art. 131bis c.p.⁶⁰. Anche per questo motivo, dunque,

⁵⁷ In proposito Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit., la quale asserisce che il reato continuato non è suscumbibile nella locuzione "condotte plurime, abituali e reiterate" perchè questa fa riferimento ai reati strutturalmente abituali o che richiedono condotte reiterate nel tempo.

⁵⁸ V. *supra* (par. 3) Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit.; BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 318; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 542.

⁵⁹ Questa soluzione è quella che «sembrerebbe essere, ad una prima analisi, la più convincente, almeno stando alla *littera legis*», perchè, sulla base delle caratteristiche naturalistiche dell'istituto, il reato continuato si sostanzia in una pluralità di condotte: così BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3278 ss.

⁶⁰ Per aperture della giurisprudenza in tal senso v. Cass. Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 45947, in *Pluris*: «Tale scelta del legislatore lascerebbe aperta la possibilità, in caso di "reati che abbiano ad oggetto condotte

andrebbe negata ogni automatica sovrapposizione anche tra l'istituto della continuazione e la fattispecie preclusiva dei "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"⁶¹.

Non si può omettere, infine, che il reato continuato, per via della forte caratterizzazione dolosa dell'istituto, data dalla presenza di un disegno criminoso che l'agente idea e persegue, può rilevare sul piano della tenuità dell'offesa *ex art. 131bis*, secondo comma, c.p.: l'organo giudicante, infatti, potrebbe negare l'applicazione della causa di non punibilità perchè l'intensità dell'elemento soggettivo del reato può determinare un'offesa non particolarmente tenue a prescindere da ogni esame circa l'abitudine del comportamento del suo autore⁶².

6. Conclusioni.

La sentenza in commento, come abbiamo visto, risolve il caso di specie sul piano della non particolare tenuità dell'offesa, ritenendo non integrato il primo dei due requisiti strutturali dell'art. 131bis c.p. a causa della reiterazione temporale delle condotte poste in essere dall'imputato e dell'elevato margine di scostamento dalla soglia di punibilità prevista dalla legge.

L'occasione, tuttavia, è utile alla Cassazione per tornare su un tema di particolare rilevanza nella prassi applicativa – ovverosia quello della compatibilità del reato continuato con la causa di non punibilità *ex art. 131bis* c.p. – e rispetto al quale pare sussistere una sotterranea frattura in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Da un lato, infatti, si afferma che il reato continuato configurerebbe *ex se* un'ipotesi di comportamento abituale ostativa all'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in quanto la reiterazione delle condotte penalmente rilevanti, unitamente alla dimensione plurima dell'istituto, costituirebbe indice di una devianza non occasionale dell'agente incompatibile con la *ratio* della

plurime, abituali e reiterate", di applicare l'art. 131-bis c.p., all'esito di una valutazione di particolare tenuità delle singole condotte o dei singoli fatti»; Cass. Sez. III, 5 aprile 2017, n. 38849, in *Pluris*. Sul punto v., altresì, ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410: «La possibilità per il giudice di applicare l'art. 131 bis c.p. al reato continuato deriverebbe dall'inclusione di tale ipotesi nell'ambito dei "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate", in relazione alle quali è consentito valutare la gravità in concreto delle singole condotte per escludere la punibilità nel caso esse siano, singolarmente considerate, di particolare tenuità»; BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 332.

⁶¹ Sul punto ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410: «Si tratta di ipotesi che [...] non determinano un'automatica esclusione della particolare tenuità, ma sono suscettibili di una valutazione concreta da parte del giudice, chiamato a vagliare la tenuità di ciascuna condotta»; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 318.

⁶² Così Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, 16502, cit.: le violazioni oggetto di continuazione possono essere «indicative di una particolare intensità del dolo [...] tali da porre in evidenza un insanabile contrasto con il giudizio di particolare tenuità dell'offesa in tal modo arrecata»; Cass. Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9495, cit.; ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410. Sull'inclusione anche dell'elemento soggettivo del reato tra i criteri di valutazione della particolare tenuità dell'offesa *ex art. 131bis*, secondo comma, c.p. v., per tutte, Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.

norma; dall'altro lato, invece, la Corte di Cassazione nega la tesi dell'automatica identificazione tra continuazione e abitudine del comportamento, in particolare nei casi in cui ricorrano l'unicità del contesto spazio-temporale dell'azione e l'unitaria volontà criminosa del suo autore e – per ragioni di coerenza sistematica con il principio del *favor rei* e con l'istituto del concorso formale di reati – si dimostra favorevole a un'analisi della situazione di fatto da parte dell'organo giudicante al fine di verificare se l'art. 131*bis* c.p. sia suscettibile di applicazione nel caso concreto ai reati avvinti dalla continuazione⁶³.

La pronuncia qui annotata si presenta di interesse sia per la sintesi dei due orientamenti in campo, sia per il fatto che, pur non prendendo esplicita posizione sulla questione, i giudici di legittimità sembrano aderire alla tesi secondo cui la sussistenza della continuazione «non può ritenersi ostativa al diniego dell'art. 131 *bis* c.p., posto che anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale", ostativa al riconoscimento del beneficio»⁶⁴.

In ogni caso, la Suprema Corte osserva che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, il comportamento dell'agente sarebbe risultato abituale perchè l'imputato ha commesso tre violazioni della stessa norma incriminatrice ripetute a distanza nel tempo (immediata, dunque, la riconduzione nell'ipotesi ostativa della pluralità di reati della stessa indole)⁶⁵.

È agevole prevedere, inoltre, che – in mancanza di un chiarimento da parte delle Sezioni Unite o del legislatore – le ambiguità del testo dell'art. 131*bis* c.p. in punto di preclusione del beneficio per i comportamenti abituali⁶⁶ e le diverse soluzioni prospettabili con riferimento al reato continuato daranno luogo a ulteriori contrasti in giurisprudenza. Il tenore letterale della disposizione in questione, infatti, attribuisce di fatto al giudice un ampio potere discrezionale nel vagliare gli elementi da cui evincere la meritevolezza di pena del caso di specie, soprattutto in relazione al suddetto criterio della non abitudine del comportamento del reo.

Ci sembra, però, che residuino possibilità di assicurare un margine di applicazione dell'art. 131*bis* c.p. anche sul versante dei reati uniti dal vincolo della continuazione: questi ultimi, infatti, possono sfuggire allo sbarramento della pluralità dei reati della stessa indole se si attribuisce loro una connotazione unitaria ovvero – se considerati a dimensione plurima – laddove siano in numero inferiore a tre o non presentino caratteri fondamentali comuni; sarà possibile, inoltre, superare la condizione ostativa delle "condotte plurime, abituali e reiterate" nel caso in cui si interpreti tale espressione come riferita ai reati necessariamente abituali, altrimenti, se le singole violazioni isolatamente considerate si dimostrino essere particolarmente tenui.

Non resta che auspicare, ad ogni modo, che l'organo giudicante si astenga da ogni automatismo in ordine alla preclusione astratta di applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. al reato continuato, avendo cura di indagare le specificità del caso concreto da cui

⁶³ V. *supra* (par. 4).

⁶⁴ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

⁶⁵ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

⁶⁶ Ricordiamo, in particolare, il richiamo ai "reati ad aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate" «che certo sconta margini di ambiguità e imprecisione»: così GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 31.

desumere che i reati uniti dalla continuazione risultino o meno nel loro complesso particolarmente tenui, con tutto ciò che ne consegue in termini di esenzione da pena per il singolo protagonista della vicenda criminosa in considerazione.