

Questioni problematiche in tema di individuazione del *tempus commissi delicti*

Relazione al Corso SSM P24012 – Napoli 4 marzo 2024

Consigliere Irene Scordamaglia

1. Il fondamento garantista del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

1.1. Il principio secondo il quale <<La legge non ha effetto che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo>> ha trovato espressione generale nell'art. 11, comma 1, delle Preleggi.

Soltanto nella materia penale, tuttavia, esso è stato costituzionalizzato. Nell'art. 25, comma 2, Cost. si legge, infatti, che: <<Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso>>: trattandosi dell'applicazione delle più gravi sanzioni giuridiche, la Costituzione ha inteso, infatti, particolarmente garantire i soggetti attraverso la *'prævia lex scripta'*¹.

La disposizione ricalca quella contenuta nell'art. 2, comma 1, cod. pen., che, nello stabilire che: <<Nessuno può essere punito per un fatto che, **'secondo la legge del tempo in cui fu commesso'**, non costituiva reato>>, ha cristallizzato il principio di **irretroattività della norma penale sfavorevole**.

1.2. L'**irretroattività della norma penale sfavorevole**² – e non di quella favorevole, per la quale vale, in linea di massima, il principio della ultrattività (come sancito dall'art. 2, commi 2 e 4, cod. pen.: <<Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali>>; <<Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile>> - fonda nell'esigenza di <<**garantire** ai cittadini, attraverso la **"possibilità" di conoscenza** delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, **libere scelte d'azione**>> e svela, pertanto, << la funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali>>³. Esso mira, in sostanza, a salvaguardare <<**l'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria**

¹ Corte cost., sentenza n. 364/1988.

² Principio che riguarda non solo le norme incriminatrici, ma anche a quelle che «incidono sulla qualità e quantità della pena», come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 306/1993, in tema di benefici penitenziari.

³ Corte Cost., sentenza n. 364/1988.

condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale>>⁴ (funzione, questa, che il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole condivide con il principio di determinatezza).

1.3. Coerente con la lusingata *ratio* di garanzia del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è l'art. 7, par. 1, CEDU, che stabilisce che: <<Nessuno può essere condannato per **una azione o una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato** secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più severa di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso>>; disposizione, questa, che la Corte Edu ha ritenuto rispettata dagli ordinamenti degli Stati aderenti <<**Se, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha comportato l'esercizio dell'azione penale e la condanna**, esisteva una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile>> e se <<la pena inflitta non eccedeva i limiti fissati da tale disposizione>>⁵. Quel che è richiesto agli Stati, in ultima analisi, è di assicurare ai destinatari delle norme penali sia la loro **accessibilità**, sia la <<**prevedibilità** della definizione di un reato e della pena che quest'ultimo implica>>⁶.

2. L'individuazione del '*tempus commissi delicti*'

2.1. Una disputa, originata dal riferimento <<alla legge del tempo in cui il **fatto** fu commesso>>, contenuto nella disposizione di cui all'art. 2, comma 1, cod. pen., e, invece, <<alla legge del tempo in cui il **reato** fu commesso>>, contenuto nella disposizione di cui all'art. 2, comma 4, cod. pen., è sorta in seno alla giurisprudenza di legittimità in ordine all'individuazione del '**tempus commissi delicti**' nei reati di evento: se, cioè si debba avere riguardo al momento in cui la **condotta** integrante il fatto di reato è stata **commessa** ovvero al momento in cui il **reato**, nella triade dei suoi elementi costitutivi: condotta – nesso causale – evento naturalistico, è giunto a **consumazione**.

2.2. La diatriba è stata composta dalle Sezioni Unite della Cassazione, che, nella sentenza n. 40986 del 19/07/2018, Pittalà, prima di risolvere la questione loro rimessa – ossia, quella << Se, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, debba trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta ovvero quella vigente al momento dell'evento>> - hanno sviluppato considerazioni intorno alla nozione di *tempus commissi delicti*

⁴ Corte cost., sentenza n. 394/2006

⁵ Corte Edu, Rohlena c. Repubblica Ceca [GC], n. 59552/08, § 50; Coëme e altri c. Belgio, n. 32492/96, § 145; Achour c. Francia [GC], n. 67335/01, § 43;

⁶ Corte Edu, Kokkinakis c. Grecia n. 14307/88, §§ 40-41; Cantoni c. Francia n. 17862/91, § 29; Coëme e altri, sopra citata, § 145; E.K. c. Turchia n. 28496/95, § 51.

suscettibili di esplicitare una funzione orientativa e chiarificatrice di portata generale, in relazione, cioè, all'applicazione di tutte quelle fattispecie incriminatrici caratterizzate da una loro **proiezione nel tempo**.

2.3. La Corte ha, in primo luogo, affermato che l'individuazione del *tempus commissi delicti* non può essere delineata in termini generalizzanti, ma va riferita **ai singoli istituti** e ricostruita sulla base della **ratio** di ciascuno di essi e dei **principi**, prima di tutto costituzionali, che li governano.

Ciò sta a significare che, mentre per istituti, quali la *prescrizione* e la *sospensione condizionale della pena*, è chiara la scelta legislativa di ancorare il *tempus commissi delicti* al momento della <<consumazione del reato>> (artt. 157, comma 2, e 163, commi 2 e 3, cod. pen.), non altrettanto può dirsi per istituti quali i reati diversi da quelli istantanei: di modo che, in relazione ad essi, l'interprete, nella soluzione del problema dell'individuazione del *tempus commissi delicti*, deve ispirarsi proprio a quella **irrinunciabile istanza di garanzia**⁷ della persona sottesa al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Se così è, prosegue il giudice di legittimità: <<E' dunque **la condotta** il punto di riferimento temporale essenziale a garantire **la 'calcolabilità' delle conseguenze penali**>> del proprio agire da parte del destinatario della norma incriminatrice: <<spostare in avanti>> l'operatività del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., correlandola all'evento del reato, qualora alla condotta interamente posta in essere nella vigenza di una legge penale sia sopravvenuta una normativa penale più sfavorevole, significherebbe svuotare di effettività la garanzia di autodeterminazione della persona quanto al rispetto o meno dei beni giuridici tutelati dalla norma penale, posto che nel momento di verifica dell'evento, successivo alla realizzazione della condotta, non le sarebbe più possibile "calcolare" le conseguenze penali del proprio agire.

La *ratio* di garanzia del principio di irretroattività della norma sfavorevole e il suo necessario riferimento alla valutabilità anticipata delle conseguenze penali delle proprie azioni sono, dunque, decisivi nell'indirizzare la soluzione del problema dell'individuazione del '*tempus commissi delicti*' nei reati di evento verso il "criterio della condotta": è in quest'ultima – infatti, sottolineano le Sezioni Unite citando le espressioni del Costituente – che <<si realizza **il contrasto tra la volontà imputabile del delinquente e la volontà della legge**>>.

Se, del resto, nell'individuazione del '*tempus commissi delicti*', non si tenesse conto del momento in cui avviene la consapevole e volontaria **rivolta** verso i valori protetti dalla norma penale,

⁷ Nel senso che il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. in tutte le sue espressioni, e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso si connota in termini di <<valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali>>, Corte cost., sentenza n. 394/2006 e sentenza n. 236/2011.

previamente conosciuta, verrebbe meno il **collegamento inscindibile tra la volontà colpevole e la pena**, che legittima **le funzioni** della stessa sul piano costituzionale. Poiché, infatti, è nel momento della condotta che l'agente si pone in contrasto con la **funzione di orientamento della norma penale**, è in quel momento che anche **la funzione di prevenzione generale della pena** può in concreto esplicarsi. Parimenti, la **funzione rieducativa della pena** trova il proprio fondamento nella **rimproverabilità** della condotta, che presuppone la possibilità per il soggetto agente <<di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo - sulla base dell'*affidamento* nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto - quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione [...]: aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua **commissione** non costituiva reato, o era punito meno severamente>>⁸.

Che il criterio della commissione del fatto, inteso come realizzazione della condotta incriminata, sia quello per il quale optare nell'individuazione del '*tempus commissi delicti*' in caso di successione di leggi penali trova definitiva conferma – conclude il Collegio di vertice – nell'interpretazione che il diritto vivente ha offerto della questione dell'individuazione della norma penale applicabile in caso di **declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma più favorevole**: è stato, infatti, escluso che la norma incriminatrice più severa, ripristinata per effetto della pronuncia di incostituzionalità di una successiva norma penale di favore, possa essere applicata ai fatti commessi durante la vigenza di quest'ultima, perché rispetto a questi non avrebbe potuto spiegare **alcuna funzione di orientamento e di limite rispetto alle scelte di comportamento dell'agente**, che non poteva non essersi confrontato se non con la norma vigente al momento della commissione del fatto⁹.

3. I reati ad evento differito

Affrontando la questione loro specificamente rimessa, ossia se della morte di un soggetto, come conseguenza di una condotta inosservante delle norme della circolazione stradale, l'automobilista che ne era stato autore dovesse rispondere secondo la norma vigente al momento della condotta, vale a

⁸ Corte cost., sentenza n. 364/1988, *cit.*

⁹In tal senso si sono espresse le Sezioni Unite Piccillo, sentenza n. 2977 del 06/03/1992, Rv. 189399, che, muovendo dal rilievo della **natura di trattamento penale di favore rivestita dalla riduzione di pena per il giudizio abbreviato**, hanno affermato che: <<La sentenza della Corte Costituzionale n. 176 del 23 aprile 1991, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui ammetteva al giudizio abbreviato l'imputato cui fosse addebitato un reato punibile con l'ergastolo, non può determinare effetti svantaggiosi per gli imputati di reati punibili con l'ergastolo che abbiano richiesto il giudizio abbreviato prima della dichiarazione dell'illegittimità costituzionale del detto art. 442, comma 2, cod. proc. pen.. **Per questi imputati deve rimanere fermo il trattamento penale di favore di cui hanno goduto in collegamento con il procedimento speciale i cui atti di conseguenza non possono essere annullati**>>. Nello stesso senso, Sez. 4, n. 46415 del 22/06/2018, Rv. 273990; Sez. 3, n. 4185 del 19/10/2016, dep. 2017, Rv. 269068; Sez. 3, n. 28233 del 03/03/2016, Rv. 267410; Sez. 4, n. 44808 del 26/09/2014, Rv. 260735.

dire quella più favorevole di cui all'art. 589, comma 2, cod. pen. (che per la fattispecie di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale comminava la pena della reclusione da 2 a 7 anni, **con la possibilità di bilanciare, ai sensi dell'art. 69 cod. pen., la circostanza aggravante con le circostanze attenuanti**, consentendo l'irrogazione di una pena da 6 mesi a 5 anni di reclusione), oppure secondo la norma vigente al momento dell'evento, verificatosi a distanza di un significativo lasso temporale rispetto alla realizzazione della condotta, vale a dire quella di cui all'art. 589-bis cod. pen., introdotta dalla legge n. 41 del 2016, che, nel delineare la figura dell'omicidio stradale, l'ha configurata come **autonoma fattispecie incriminatrice**, punita con una pena da 2 a sette anni, con la conseguenza di potere irrogare, in caso di riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, una pena minima non inferiore ad 1 anno e mesi 4 di reclusione, le Sezioni Unite Pittalà hanno espresso convinta adesione all'orientamento interpretativo – sostenuto in seno alla giurisprudenza delle Sezioni Semplici dalla sentenza Sez. 4, n. 8448 del 05/10/1972, Bartesaghi, Rv. 122686 – secondo cui, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, **deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta**.

Infatti, secondo l'argomentare di quel divisamento, se vi sono reati nei quali commissione e consumazione coincidono, come nei reati istantanei, ve ne sono altri nei quali il momento della consumazione, col realizzarsi dell'evento, si verifica successivamente o può verificarsi successivamente rispetto a quella della commissione della condotta. In riferimento a tali reati, al fine di stabilire la legge applicabile, non si tratta di individuare il momento della consumazione, ma quello **nel quale il reato è stato commesso, come espressamente stabilito dalla legge** (art. 2, commi 1 e 4, cod. pen., che fa riferimento **al momento della commissione** del fatto o del reato). Poiché il legislatore ha voluto distinguere tra commissione e consumazione del reato, non è consentito, dunque, all'interprete superare il dato letterale: ciò tanto più perché il precetto penale, alla cui violazione consegue quella determinata sanzione, è rivolto al soggetto **condizionandone l'attività psichica**.

A ritenere diversamente, si giungerebbe, all'assurdo di legittimare, proprio, **l'applicazione retroattiva della legge**, nel caso di nuove o più gravi statuizioni penali, ancorché la condotta si sia esaurita sotto l'imperio di una legge che non prevedeva il fatto come reato, o che lo prevedeva meno grave di quanto non sia stato considerato dalla nuova. In tal modo, il reo verrebbe ad essere punito più gravemente **per il fatto puramente casuale che nel periodo di tempo intercorrente tra la sua condotta e l'evento sia sopraggiunta la nuova legge**, così determinandosi quell'**incertezza** sul grado di illiceità del comportamento umano che è escluso in modo assoluto dal principio di irretroattività.

Dunque, secondo il diritto vivente, nelle fattispecie di reato ad evento differito, il *tempus commissi delicti* va individuato avendo riguardo alla legge in vigore al momento della condotta.

3. I reati di durata

Nei reati strutturalmente caratterizzati dalla **proiezione temporale della condotta**, vi è la possibilità che, quando la condotta sia ancora in corso, sopravvenga la nuova legge sfavorevole; in presenza dei reati cd. **'a tempi plurimi'**, allora, la questione della **individuazione del segmento di azione rilevante** ai fini della regolazione degli effetti del fenomeno successorio della legge penale assume decisivo rilievo perché da essa dipende l'applicazione del principio di irretroattività.

Il riferimento è non solo ai **reati permanenti**, per la cui sussistenza è richiesto il **protrarsi costante** nel tempo della condotta e dell'offesa al bene giuridico tutelato (come, ad esempio, nel sequestro di persona), ma anche ai **reati abituali**, per la cui sussistenza è necessaria la **reiterazione nel tempo di condotte della stessa specie** (come, ad esempio, negli atti persecutori e nei maltrattamenti in famiglia).

Con riferimento al **reato permanente**, le Sezioni Unite Pittalà hanno ricordato come la giurisprudenza di legittimità abbia individuato il *tempus commissi delicti*, ai fini della successione di leggi penali, nella **cessazione della permanenza**¹⁰. Condividendo il principio di diritto secondo quale, qualora la condotta antigiuridica si protragga nel vigore della nuova legge, è quest'ultima che deve trovare applicazione, hanno spiegato che: <<il protrarsi della condotta sotto la vigenza della nuova, più sfavorevole, legge penale **assicura la calcolabilità delle conseguenze della condotta stessa**, che dà corpo alla *ratio* garantistica del principio di irretroattività>>, posto che la possibilità, di regola assicurata dalla *vacatio legis*, di conoscere il *novum* precettivo, consente al soggetto agente di adeguare al relativo contenuto la propria condotta.

E', dunque, la legge sfavorevole vigente al momento della cessazione della permanenza che deve trovare applicazione, ferma restando la necessità che sotto la vigenza della legge più severa

¹⁰ Sez. 3, n. 43597 del 09/09/2015, secondo cui, in tema di tutela penale del paesaggio, il reato previsto dall'art. 181, comma 1-bis del d.lgs. n. 42 del 2004 ha natura permanente e si consuma con la definitiva ultimazione dei lavori ovvero con l'interruzione della condotta per qualsiasi motivo (nella specie, l'intervento del sequestro), con la conseguenza che **nell'ipotesi di condotta protrattasi unitariamente sotto l'imperio di due diverse leggi, l'ultima delle quali abbia aggravato il regime sanzionatorio del fatto, elevandolo da contravvenzione a delitto, va applicata solo la disposizione vigente alla data della cessazione della permanenza** e, per l'effetto, il più lungo termine di prescrizione; Sez. 5, n. 45860 del 10/10/2012, Rv. 254458, secondo cui, nell'ipotesi di reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, in cui la condotta, iniziata prima della l. 24 luglio 2008 n. 125, introduttiva di un regime sanzionatorio più severo, sia proseguita anche dopo l'entrata in vigore di quest'ultima, **sussiste un unico reato permanente e si applica la disciplina sanzionatoria in vigore al momento in cui la condotta associativa è venuta a cessare**; Sez. 3, n. 13225 del 05/02/2008, Rv. 239847, secondo cui, in tema di inquinamento atmosferico, ove la condotta di esercizio di impianto di emissione in atmosfera senza autorizzazione, già iniziato nella vigenza dell'art. 25 d.P.R. n. 203 del 1988, abbia a protrarsi nel vigore del nuovo art. 279 d.lgs. n. 152 del 2006, **va fatta applicazione di quest'ultima disciplina per essersi la consumazione di detto reato, di natura permanente, esaurita sotto l'impero della legge successiva**.

si siano realizzati tutti gli elementi del fatto-reato: quindi, ad esempio, per il sequestro di persona, **un'apprezzabile durata della limitazione della libertà personale della vittima.**

Con riferimento al **reato abituale**, le Sezioni Unite hanno ribadito che, ai fini della successione di leggi penali, il *tempus commissi delicti* coincide con **la realizzazione dell'ultima condotta tipica integrante il fatto di reato.**

In proposito, hanno, però, chiarito, richiamando gli approdi della giurisprudenza delle Sezioni Semplici in tema di atti persecutori¹¹, che: <<per l'applicabilità della nuova norma non è sufficiente che sia stato compiuto l'ultimo atto dopo la sua entrata in vigore, ma occorre che tale atto **sia preceduto da altri comportamenti tipici ugualmente compiuti sotto la vigenza della nuova norma incriminatrice**>>¹².

Quindi, in tema di reati abituali, perché possa trovare applicazione lo *ius superveniens* sfavorevole, non è sufficiente che dopo la sua entrata in vigore sia stata posta in essere una sola condotta della serie abituale, ma è necessario che siano state posti in essere atti idonei ad integrare tutti gli elementi costitutivi del reato.

3.1. L'individuazione del *tempus commissi delicti* nei reati permanenti a contestazione aperta.

Come anticipato, il reato permanente è **un reato unitario**, in cui il fatto si protrae nel tempo finché perdura la situazione antigiuridica dovuta alla condotta volontaria del reo, di modo che il *tempus commissi delicti* è, di regola, individuato nel *momento di cessazione della condotta*, dovuta all'iniziativa dello stesso autore ovvero ad altra evenienza esterna (la liberazione dell'ostaggio da parte della Polizia Giudiziaria in caso di sequestro di persona ovvero il sequestro del manufatto abusivo in caso di violazione paesaggistica) o, ancora, conseguente all'accertamento processuale del fatto tipico

In riferimento a tale tipologia di reato, il problema sostanziale dell'individuazione del *tempus commissi delicti*, ai fini della regolazione del fenomeno successorio di leggi, si interseca con quello processuale della modalità di sua **contestazione**: ossia, in forma cd. '**aperta**', con l'indicazione

¹¹ Sez. 5, n. 48268 del 27/05/2016, Rv. 268162, secondo cui, è configurabile il delitto di atti persecutori (cosiddetto reato di "*stalking*") nella ipotesi in cui, pur essendo la condotta persecutoria iniziata in epoca anteriore all'entrata in vigore della norma incriminatrice, si accerti **la commissione reiterata, anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38, di atti di aggressione e di molestia** idonei a creare nella vittima lo "*status*" di persona lesa nella propria libertà morale, in quanto condizionata da costante stato di ansia e di paura; conf. Sez. 5, n. 18999 del 19/02/2014, Rv. 260410 e Sez. 5, n. 10388 del 06/11/2012, dep. 2013, Rv. 255330.

¹² Sez. 5, n. 54308 del 25/09/2017, non massimata.

nell'imputazione della sola data di inizio del reato permanente, ovvero in forma **'chiusa'**, con l'indicazione, cioè, di un **termine finale**.

La questione di quale sia la legge da applicare al reato permanente, contestato in forma aperta, in caso di successione normativa che ne abbia modificato "*in peius*" il trattamento sanzionatorio, si è posta in tema di *reati associativi*: segnatamente, con riferimento alla possibilità di applicare la pena più severa comminata per il delitto di cui all'art. **416-bis, commi 1 e 4, cod. pen. (da dodici a venti anni) dall'art. 5 della legge n. 69 del 27 maggio 2015**.

Al riguardo, nella giurisprudenza di legittimità si fronteggiano due posizioni ermeneutiche:

per la prima posizione, nei reati permanenti in cui la contestazione sia effettuata nella forma cd. "aperta" o a "consumazione in atto", senza indicazione della data di cessazione della condotta illecita, la regola processuale secondo cui la permanenza si considera cessata con la pronuncia della sentenza di primo grado non equivale a presunzione di colpevolezza fino a quella data, **spettando all'accusa l'onere di fornire la prova a carico dell'imputato in ordine al protrarsi della condotta criminosa fino all'indicato ultimo limite processuale** e all'imputato l'onere di allegazione di eventuali fatti interruttivi della partecipazione al sodalizio¹³; diversamente, nel caso specifico del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen., il trattamento peggiorativo finirebbe per essere applicato all'imputato sulla base di una **presunzione di permanenza**, slegata da ogni onere probatorio in capo alla pubblica accusa circa l'effettività della persistenza del vincolo associativo dalla data dell'accertamento dei fatti sintomatici della intraneità dell'imputato sino a quella (convenzionalmente individuata) della sentenza di primo grado;

per la seconda posizione, invece, nel reato permanente, se nel capo d'accusa è indicata **la sola data di inizio o di accertamento della condotta**, la pertinenza dell'addebito al tempo intercorrente **fino alla sentenza di primo grado**, comporta che, **ai fini della determinazione della cessazione della permanenza, a questa data debba farsi riferimento**¹⁴, di modo che, in riferimento al reato associativo, si è affermato che **l'accertamento contenuto nella sentenza di condanna** delimita la protrazione temporale della permanenza del reato con riferimento alla data finale cui si riferisce l'imputazione ovvero alla diversa data ritenuta in sentenza, o, nel caso di **contestazione c.d. 'aperta', alla data della pronuncia di primo grado**, con la conseguenza che la successiva prosecuzione della medesima condotta illecita oggetto di accertamento può essere valutata esclusivamente quale

¹³ Sez. 2, n. 37104 del 13/06/2023, Rv. 285414; Sez. 2, n. 23343 del 01/03/2016, Rv. 267080; Sez. 1, n. 39221 del 26/02/2014, Rv. 260511; Sez. 1, n. 37335 del 26/09/2007, Rv. 237506; Sez. 5, n. 25578 del 15/05/2007, Rv. 237707;

¹⁴ Sez. 1, n. 44704 del 05/05/2015, Rv. 265253; Sez. 5, n. 21294 del 01/04/2014, Rv. 260227; Sez. 6, n. 49525 del 24/09/2003, Rv. 229504.

presupposto per il riconoscimento del vincolo della continuazione tra i vari episodi¹⁵; da ciò si è fatto discendere che, **in tema di successione di leggi penali nel tempo, il regime sanzionatorio applicabile al reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. deve determinarsi con riferimento alla data di cessazione della permanenza così come contestata¹⁶, sicché, qualora il reato sia stato contestato senza specificazione del termine finale della condotta, deve applicarsi il trattamento sanzionatorio previsto al momento della sentenza di primo grado**, a meno che la condotta non risulti cessata in precedenza per effetto dell'estinzione della consorceria criminale o dell'accertato recesso o esclusione dell'imputato dal sodalizio, che non conseguono automaticamente al sopravvenuto stato detentivo¹⁷.

Così delineati i termini della divergenza interpretativa, è, tuttavia, possibile stemperarne gli accenti contrastanti.

Giova, infatti, evidenziare che il diritto vivente – con le Sezioni Unite **Montanari**, sentenza n. 11021 del 13/07/1998, Rv. 211385 e con le Sezioni Unite **Polizzi**, n. 11930 del 11/11/1994 - si è espresso in tema di individuazione del *tempus commissi delicti* nei reati permanenti a contestazione aperta, affermando che <<Quando il capo di imputazione **contenuto nel decreto di rinvio a giudizio** relativo ad un reato permanente si limiti ad indicare soltanto la data iniziale del fatto o quella della denuncia, ma non anche la data di cessazione della permanenza, **l'intrinseca idoneità di tale tipo di reato a durare nel tempo**, anche dopo l'avverarsi dei suoi elementi costitutivi, comporta che l'originaria contestazione si estenda all'intero sviluppo della fattispecie criminosa e che l'imputato sia conseguentemente chiamato a difendersi, fin dall'origine, non soltanto in ordine alla parte già realizzatasi di tale fattispecie, ma anche con riguardo a quella successiva perdurante fino alla cessazione della condotta o dell'offesa e comunque non oltre la sentenza di primo grado. In tal caso il giudice del dibattimento deve tener conto, pertanto, ai fini della condanna o comunque **ad ogni effetto penale**, anche della persistenza della condotta oltre quelle date, come emersa dall'istruttoria dibattimentale, senza che sia necessaria un'ulteriore specifica contestazione da parte del pubblico ministero>> (in tali termini, Sezioni Unite Polizzi).

Fatto proprio il rilievo del Giudice delle leggi [Corte costituzionale sentenza n. 520 del 17/12/1987 (oggi trasposto nella sentenza n. 53 dell'8 marzo 2018)] secondo cui la natura **permanente o istantanea** del reato non dipende da un'**apodittica** qualificazione del legislatore ma dalla **sua naturale essenza**, trattandosi di un **carattere che inerisce alla qualità della condotta** così come si presenta nella realtà, di modo che nel reato permanente la consumazione protratta nel tempo

¹⁵ Sez. 2, n. 680 del 19/11/2019 - dep. 10/01/2020, Rv. 277788; Sez. 6, n. 3054 del 14/12/2017 – dep. 23/01/2018, Rv. 272138.

¹⁶ Sez. 2, n. 20098 del 03/06/2020, Rv. 279476.

¹⁷ Sez. 2, n. 2709 del 13/07/2018, dep. 2019, Rv. 274893.

rileva sotto il profilo della stessa **tipicità**, che il legislatore ha concepito come unitaria, sussumendo nella fattispecie la caratteristica fenomenologica del permanere dell'azione e del perdurare dell'offesa che la coscienza sociale già percepisce come una situazione ontologicamente unica, la sentenza Montanari, in particolare, ha argomentato - sulla base, oltretutto, di una lettura <<coordinata delle norme positive>> (cfr. pagg. 6) – nel senso che, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale (cfr. pag. 8), **quel che solo rileva è la natura unitaria del reato permanente**, nel quale, cioè, **il fatto che lo costituisce non si esaurisce 'uno acto' e 'uno tempore' ma si protrae nel tempo** finché perdura la situazione antiggiuridica dovuta alla condotta volontaria del reo e, quindi, finché questi, quindi, non la faccia cessare. Donde, ribadita la distinzione tra la **contestazione**, che esprime la manifestazione della pretesa punitiva dello Stato in riferimento ad un reato caratterizzato dal dato fattuale della permanenza, il quale assume rilevanza essenziale nella stessa tipizzazione della fattispecie, e la **prova**, che attiene alla dimostrazione della fondatezza o infondatezza della contestazione, il Collegio di vertice ha concluso affermando che: << .. nel caso in cui la contestazione abbia per oggetto un reato permanente con l'indicazione della data iniziale della permanenza (o della data dell'accertamento), la permanenza stessa, intesa come **dato della realtà**, è compresa nella imputazione per la logica ed essenziale connotazione del fatto storico che integra l'accusa. La contestazione, per l'intrinseca natura del fatto che enuncia, contiene già l'elemento del perdurare della condotta ed assume una sua " *vis expansiva* " fino alla pronuncia della sentenza>> (cfr. pag. 8).

Trasfuse tali nitide enunciazioni di principio nella specifica materia che occupa, nella quale sia il Giudice delle leggi che il diritto vivente hanno costantemente sostenuto che **la partecipazione ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso**, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e **capace di protrarsi nel tempo**¹⁸, una volta acclarata l'offerta dell'imputato di contribuzione al sodalizio, **non 'ad acta' ma permanente ai fini sociali**, l'offesa al bene-interesse tutelato, ossia all'ordine pubblico¹⁹, sussiste finché perdura quella "offerta di contribuzione"²⁰; offerta, questa, la cui perpetuazione resta valida e produttiva di effetti fino al recesso (spontaneo o efficacemente provocato ab externo²¹) dell'interessato ovvero fino alla sentenza di primo grado, che, in difetto di recesso, contrassegna, appunto, l'accertamento processuale della condotta contestata.

¹⁸ Corte cost. sentenze n. 253 del 2019, n. 48 del 2015, n. 213 del 2013, n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011; ordinanza n. 136 del 2017; Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Rv. 231670.

¹⁹ Sez. 2, n. 1688 del 26/10/2021, dep. 2022, Rv. 282516; Sez. 2, n. 34615 del 10/06/2021, Rv. 281961.

²⁰ Offerta che, per giurisprudenza costante della Corte di legittimità, non viene meno neppure in caso di sopravvenuto stato detentivo del partecipe all'associazione, Sez. 6, n. 1162 del 14/10/2021, dep. 2022, Rv. 282661; Sez. 2, n. 17100 del 22/03/2011, Rv. 250021.

²¹ Sez. 1, n. 46103 del 07/10/2014, Rv. 261272.

L'illustrato approdo interpretativo è, del resto, quello fatto proprio dalle **Sezioni Unite Modaffari**, sentenza n. 36958 del 27/05/2021. La Corte di legittimità, infatti, nel delineare la partecipazione ad associazione di tipo mafioso come la condotta che si caratterizza per lo stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione, idoneo, per le specifiche caratteristiche del caso concreto, ad attestare la sua 'messa a disposizione' in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi (Rv. 281889), ha chiarito che è tale la "**messa a disposizione**" del sodalizio che assuma: <<i caratteri della **serietà** e della **continuità** attraverso comportamenti di fatto - precedenti e/o successivi al rituale di affiliazione - non necessariamente attuativi delle finalità criminali dell'associazione, ma tuttavia **capaci di dimostrare in concreto** l'adesione libera e volontaria a quella consapevole scelta e di rivelare una **reciproca vocazione di "irrevocabilità"** (intesa, nel senso di una **stabile e duratura relazione, potenzialmente permanente**), testimoniandosi in fatto e non solo nelle intenzioni il rapporto organico tra singolo e struttura>> (in motivazione).

Può, dunque, sostenersi che, ove la condotta del reato associativo si sia protratta sotto l'imperio di due diverse leggi, l'ultima delle quali ne abbia aggravato il regime sanzionatorio, va fatta applicazione della disposizione vigente alla data della cessazione della permanenza, che, in assenza di prova della dissoluzione della consorterìa criminale o del recesso o dell'esclusione del partecipe, s'identifica con la pronuncia della sentenza di primo grado; il che, tuttavia, comporta, sul piano della concreta dinamica processuale, che, se, in forza del principio '**onus probandi incumbit ei qui dicit**', sull'**accusa** incombe la necessaria **prova del fatto contestato come permanente**, ossia della **stabile messa a disposizione** dell'imputato a favore del sodalizio, sulla **difesa** dell'imputato incombe l'eventuale **onere di allegazione** di elementi oggettivi suscettibili di rendere ragione della **rescissione** del rapporto organico con l'associazione o, almeno, del suo **irreversibile allontanamento** dalla compagine criminale.

3.2. I reati abituali.

Come accennato, il problema della individuazione del *tempus commissi delicti*, al fine di determinare la disciplina applicabile in caso di successione di leggi, si è posto anche per i reati abituali.

Il **reato necessariamente abituale** ('*proprio*') si perfeziona con il compimento di quell'atto che, unendosi ai precedenti, sia in grado di superare **una determinata soglia di intensità di disvalore di azione e di evento**, che coincide con l'integrazione di quel *minimum* essenziale ai fini della

realizzazione dell'offesa all'interesse giuridicamente protetto: dunque, è nel momento del raggiungimento di questa soglia che va individuato *il tempus commissi delicti*, che segna anche il riferimento cronologico cui ancorare la disciplina applicabile.

Quid iuris, tuttavia, quando una legge creatrice, abrogatrice o meramente modificativa, rispettivamente di un nuovo reato abituale, di un reato abituale preesistente e di un reato abituale persistente intervenga quando la ripetizione degli atti suscettibili di arrecare nocumento al bene giuridico tutelato sia in corso?

I. In caso di legge creatrice di un **nuovo reato abituale**, vale il criterio elaborato per il delitto di *'stalking'*²²: ossia, considerata la natura unitaria del reato abituale – come tale, dunque, inscindibile e non scomponibile –, che si consuma quando gli atti che lo integrano, in ragione del loro ripetersi, cagionino un'apprezzabile offesa al bene giuridico tutelato, l'applicazione della norma incriminatrice alle condotte precedenti alla sua entrata in vigore è legittima a condizione che, dopo la relativa data, siano posti in essere ulteriori atti che, sommandosi ai precedenti, determinino un apprezzabile nocumento all'interesse giuridico protetto.

II. In caso di *abolitio criminis*, vale lo stesso criterio: la nuova legge dispiegherà il suo effetto abrogatore rispetto a tutti gli atti che integrano il reato abituale, sia quelli successivi che quelli anteriori alla sua entrata in vigore.

III. In caso di successione di legge **soltanto modificativa in peius**, il criterio per l'individuazione del *tempus commissi delicti* rilevante ai fini della regolazione del fenomeno successorio non è univoco.

III. A. Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, per individuare il *tempus commissi delicti* nei reati abituali occorre far riferimento **all'ultimo atto che compone la condotta anti giuridica**, con la conseguenza che, se una porzione della stessa è stata posta in essere nella vigenza di una legge che introduce un trattamento più severo, l'intera condotta sarà regolata dalla disciplina introdotta successivamente; così, è stato affermato: che il reato di maltrattamenti, in quanto reato abituale, si consuma nel momento in cui ha luogo la cessazione della condotta, sicché eventuali modifiche del regime sanzionatorio trovano applicazione anche se intervenute dopo l'inizio della consumazione, ma prima della cessazione della abitualità²³; che il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti - già previsto dall'art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e,

²² Sez. 5, n. 18999 del 19/02/2014, Rv. 260410;

²³ Sez. 6, n. 2979 del 03/12/2020, dep. 2021, Rv. 280590 (Fattispecie in cui è stata ritenuta applicabile, ai fini della determinazione del termine di fase della custodia cautelare, la norma introdotta dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, che ha trasformato l'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies* cod. pen. in una aggravante ad effetto speciale della fattispecie base dei maltrattamenti).

successivamente, disciplinato, ai sensi degli artt. 7 e 8 del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, dall'art. 452-*quaterdecies* cod. pen., in quanto necessariamente caratterizzato da una pluralità di condotte, alcune delle quali, se singolarmente considerate, potrebbero non costituire reato, ha natura di reato abituale proprio e si consuma, pertanto, con la cessazione dell'attività organizzata finalizzata al traffico illecito²⁴; il reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria – che pure ha natura solo eventualmente abituale, potendosi risolvere tanto in un'unica condotta idonea a configurarlo quanto nella reiterazione di più condotte omogenee che danno vita ad uno stesso reato -, ove si manifesti in forma abituale, in ipotesi di condotta protrattasi sotto la vigenza di due differenti regimi normativi, sottostà alla sola disposizione vigente alla data della **consumazione**²⁵; il delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale (previsto dall'art. 9 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 ed ora dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), che è reato necessariamente abituale, in quanto è configurabile soltanto nel caso di plurimi e stabili contatti e frequentazioni con pregiudicati²⁶, si consuma nel momento in cui cessa la condotta abituale di frequentazione, con la conseguenza che un più grave regime sanzionatorio è applicabile anche se solo una parte della condotta è stata posta in essere dopo l'entrata in vigore della legge più sfavorevole²⁷.

Due gli assunti a sostegno del detto orientamento: il primo, che il reato abituale è un reato unitario e, quindi, per sua connotazione strutturale non frazionabile; il secondo, che, considerata la detta natura unitaria, solo l'ultimo atto della condotta abituale segna la sua consumazione, di modo che è a quel momento che occorre far riferimento per individuare la legge applicabile. Né, seguendo tale impostazione, vi sarebbe il rischio di un'applicazione retroattiva della legge sfavorevole, perché il soggetto agente che sta realizzando il reato si trova nelle condizioni di interrompere la condotta a fronte dell'intervento della legge più sfavorevole: infatti, la *vacatio legis*, che di norma precede l'entrata in vigore della disciplina di sfavore, consente all'autore della condotta abituale di autodeterminarsi se porvi termine o persistervi, andando incontro consapevolmente alle più gravi conseguenze sanzionatorie introdotte dal legislatore.

III. B. La più recente giurisprudenza di legittimità ha, invece, affermato che, a fronte della modifica in senso **sfavorevole** del trattamento sanzionatorio di un reato abituale, il *tempus commissi delicti* può radicarsi nel periodo di vigenza della disciplina più severa sopravvenuta soltanto qualora

²⁴ Sez. 3, n. 16036 del 28/02/2019, Rv. 275395.

²⁵ Sez. 5, n. 8026 del 14/12/2016, dep. 2017, Rv. 269451 (In applicazione del principio, la Corte ha applicato il nuovo e più grave regime sanzionatorio previsto dall'art. 39 della legge n. 262 del 2005).

²⁶ Sez. 1, n. 14149 del 20/02/2020, Rv. 278942 - 0

²⁷ Sez. 1, n. 20334 del 11/05/2006, Rv. 234284, secondo cui la modifica apportata all'art. 9 l. 1423 del 1956, dalla legge 31 luglio 2005 n. 155, che aveva trasformato la contravvenzione in delitto, era applicabile anche se solo una parte della condotta era stata posta in essere dopo l'entrata in vigore della legge più sfavorevole, in quanto l'art. 2, comma 4, cod. pen. fa riferimento al tempo in cui è stato commesso il reato e cioè a quello in cui si è consumato.

il reo, dopo la modifica, realizzi **nuovamente quella “serie minima” di condotte necessaria ad integrare il reato**, non essendo viceversa sufficiente la commissione di una singola condotta: principio, questo, enunciato in tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi, in riferimento al quale si è ritenuto che, ove parte della condotta sia commessa sotto la vigenza della disposizione incriminatrice di cui all’art. 572 cod. pen., come modificata in senso peggiorativo dall’art. 4, comma 1, lett. d), legge 1 ottobre 2012, n. 172, trova applicazione **la norma sopravvenuta sfavorevole al reo nel solo caso in cui si collochi dopo la sua entrata in vigore un segmento di condotta sufficiente, di per sé, a integrare l’abitudine del reato**²⁸.

Al riguardo, si è osservato che, nei **reati (necessariamente) abituali**, la fattispecie incriminatrice può dirsi perfezionata soltanto qualora venga compiuto «quell’atto che, unendosi ai precedenti, sia in grado di superare **una determinata soglia di intensità di disvalore di azione e di evento**, integrando quel *minimum* essenziale ai fini della realizzazione dell’offesa all’interesse giuridicamente protetto»: dopo questo momento di “perfezione” o di prima consumazione del reato, la condotta può proseguire nel tempo, nei casi in cui, «nonostante si sia già realizzato il minimo rilevante livello di offesa dell’interesse tutelato, nuove azioni od omissioni vengano successivamente commesse» e, in queste ipotesi, il reato abituale prosegue e «si consuma in via definitiva in un momento successivo, quando cioè gli atti integrativi della condotta sono terminati».

Si è spiegato che, se la «*individuazione del tempus commissi delicti* [...] si collega strettamente con la necessità di fare riferimento **alla condotta e alla funzione della pena**, il principio costituzionale di irretroattività impone di scongiurare il rischio di realizzare, attraverso il fenomeno successorio, **una retroattività occulta della norma sopravvenuta sfavorevole** in quanto sganciata dal criterio della condotta»: perciò, onde evitare tale rischio, è necessario che *il tempus commissi delicti* venga a coincidere con un “**segmento autosufficiente**” della condotta abituale, capace cioè, ove autonomamente considerato, di integrare la fattispecie incriminatrice.

Si è concluso, pertanto, che, nei reati necessariamente abituali, ove il **minimo necessario** per realizzare il reato **non può consistere in una singola manifestazione criminosa**, un’eventuale modifica in senso peggiorativo della disciplina potrà essere applicata all’intera condotta abituale **soltanto se <<il soggetto compia segmenti di condotta abituale autosufficienti prima e dopo la norma modificativa sfavorevole sopravvenuta>>**. Viceversa, qualora <<sotto la vigenza della nuova legge si realizzi un segmento insignificante di “abitudine”, un singolo episodio>>, l’applicazione della nuova cornice sanzionatoria rappresenterebbe una violazione del principio di irretroattività, tale singolo episodio non potendosi considerare espressivo della **tipicità** del fatto.

²⁸ Sez. 6, n. 28218 del 24/01/2023, Rv. 284788

La riportata conclusione è stata, peraltro, ritenuta la sola in linea con la giurisprudenza della Corte EDU. Infatti, la Grande Camera, con la sentenza 27 gennaio 2015, **Rholena c. Repubblica Ceca**, ha stabilito che la condanna inflitta al ricorrente per il reato di maltrattamenti in famiglia, introdotto nel codice penale della Repubblica Ceca nel 2004 - con l'inserimento dell'art. 215 a -, **sia per gli atti commessi prima di tale data che per quelli successivi**, non aveva costituito applicazione retroattiva della legge penale più sfavorevole, vietata dalla Convenzione: questo perché - ha spiegato - <<Tenuto conto di queste circostanze – ossia del fatto che <<le condotte del ricorrente.... equivalevano a reati punibili ai sensi degli artt. 197a o 221 comma 1 del codice penale e **riunivano gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 215 a**>> - e della chiarezza del testo delle norme nazionali pertinenti, precisate anche dall'interpretazione dei giudici nazionali, ... il ricorrente **poteva e doveva aspettarsi, eventualmente facendo ricorso a consulenti giuridici competenti, di essere giudicato per un reato continuato, valutato sulla base della disposizione di legge in vigore alla data della sua ultima manifestazione**, ossia l'articolo 215a del codice penale>> e, dunque, avrebbe dovuto <<**regolare la sua condotta di conseguenza**>>. Né l'applicazione a tutti i comportamenti maltrattanti della disciplina più sfavorevole prevista dall'art. 215 a del codice penale ceco aveva comportato per il ricorrente un aggravio del carico sanzionatorio, perché <<Se, invece, i fatti da lui commessi prima del 1° giugno 2004 e quelli posteriori a tale data fossero stati valutati separatamente, la norma pertinente di fissazione delle pene posta dall'art. 35, comma 1, del codice penale si sarebbe tradotta, comunque, in una determinazione della pena sulla base della disposizione di legge che regola il reato più grave, ossia l'art. 215a del codice penale: ... al ricorrente sarebbe dunque stata inflitta una pena che non avrebbe potuto essere inferiore a quella imposta in realtà, e che sarebbe potuta essere anche più severa, in quanto l'esistenza di una pluralità di reati sarebbe stata verosimilmente considerata una circostanza aggravante ai sensi dell'art. 34 k del codice penale>>.