



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
IN CONVENZIONE CON L'UNIVERSITÀ DI FOGGIA

CICLO XXXIII

***CONCORSO APPARENTE DI NORME E NE BIS IN IDEM
SOSTANZIALE***

CANDIDATO: DANIELE LABIANCA

TUTOR: CHIAR.MO PROF. ELIO ROMANO BELFIORE

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AD UN'INDAGINE SULLA PLURALITÀ APPARENTE

<i>Abstract</i>	8
1. Premessa	10
2. Prime classificazioni. Teorie moniste e teorie pluraliste	15
3. Inquadramento del problema nell'ambito dell'approccio funzionalistico al sistema penale	18
4. Nuovi scenari del rapporto tra concorso apparente di norme e <i>ne bis in idem</i> sostanziale alla luce dell'esperienza "europea". Il ruolo del principio di proporzione della reazione sanzionatoria	25
5. <i>Ne bis in idem</i> , principio di proporzione e doppio binario sanzionatorio	38

CAPITOLO SECONDO

RICOSTRUZIONI DOGMATICHE

1. Precisazioni terminologiche.....	45
2. Sistemazione topografica del concorso apparente di norme e sua collocazione nell'ambito della validità o dell'efficacia della norma penale.....	47
3. I presupposti della convergenza apparente	50
4. La fisionomia del rapporto strutturale tra fattispecie astratte.....	55

5. La risoluzione del concorso mediante lo svolgimento del giudizio di tipicità. Il concorso omogeneo apparente per capacità di continenza della singola fattispecie incriminatrice. Le norme a più fattispecie e le disposizioni a più norme.....	61
6. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità	67
7. L'istituto del concorso apparente di norme nella sistematica del Codice Rocco. L'adesione al principio di specialità mediato dal riferimento al bene giuridico	67
8. Le teorie moniste	73
8.1. <i>Critica della specialità in concreto</i>	77
8.2. <i>Tesi moniste e specialità bilaterale o reciproca. Critica dello strutturalismo</i>	78
9. Le teorie pluraliste	86
9.1. <i>La sussidiarietà</i>	88
9.2. <i>La consunzione (o assorbimento)</i>	90
9.3. <i>L'alternatività</i>	94
9.4. <i>Critica delle teorie pluraliste</i>	95
10. Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale quale possibile chiave di lettura del concorso apparente di norme.....	96
10.1. <i>L'inafferrabile vaghezza contenutistica del ne bis in idem sostanziale quale criterio risolutore della convergenza apparente e la sua valorizzazione quale criterio ermeneutico</i>	98
11. Il fondamento codicistico del <i>ne bis in idem</i> sostanziale.....	101
12. Possibile fondamento costituzionale del <i>ne bis in idem</i> sostanziale quale limite alla plurima valutazione sanzionatoria di un disvalore unitario	106

CAPITOLO TERZO

ITINERARI GIURISPRUDENZIALI

1. Introduzione. La tendenziale adesione ai criteri strutturali	112
1.1. Un "cortocircuito" emblematico: i rapporti tra il reato previsto dall'art. 334 c.p. e l'illecito amministrativo ex art. 213 del Codice della Strada.....	116
2. Gli orientamenti fondati sulle teorie moniste "spurie"	121
2.1. L'indirizzo strutturale mediato dal riferimento all'interesse protetto	121
2.2. Le elaborazioni giurisprudenziali agganciate alla specialità in concreto ..	124
3. Gli indirizzi fondati sull'adesione alle teorie moniste "pure"	125
3.1. Il rapporto tra la ricettazione e le fattispecie in tema di tutela del diritto d'autore.....	125
3.2. I rapporti tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato.....	129
3.3. Le interferenze tra malversazione a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.....	132
3.4. Relazioni strutturali tra i reati in materia di armi	136
3.5. I rapporti tra i reati di indebita percezione di erogazioni pubbliche e di truffa aggravata ai danni dello Stato.....	139
4. L'annoso problema della specialità bilaterale o reciproca.....	146
4.1. Disorientamenti ermeneutici in ordine ai rapporti tra reati associativi ...	150
5. Orientamenti ispirati ai criteri valoriali.....	157

CAPITOLO QUARTO

"EPIFANIE" DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE

1. Il reato complesso.....	162
1.1. <i>L'unificazione di violazioni plurime. Reato eventualmente complesso e ne bis in idem sostanziale</i>	167
2. Le aggravanti complesse	172
3. Il reato progressivo e la progressione criminosa	177
4. <i>Ante factum e post factum non punibile</i>	183

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE

1. Conclusioni <i>de iure condito</i>	187
2. Prospettive <i>de iure condendo</i> . I progetti di riforma della parte generale del codice penale	191
2.1. <i>Il Progetto Pagliaro</i>	192
2.2. <i>Il Progetto Grosso</i>	194
2.3. <i>Il Progetto Nordio</i>	196
2.4. <i>Il Progetto Pisapia</i>	198
3. <i>Ne bis in idem</i> sostanziale e riforma della parte speciale. Il possibile ricorso ad una clausola generale di risoluzione dei conflitti tra norme	201
BIBLIOGRAFIA.....	207

ABSTRACT

Il presente lavoro costituisce un'introduzione alla complessa tematica dei rapporti tra concorso apparente di norme e principio del ne bis in idem sostanziale.

Il tema della convergenza apparente di fattispecie astratte di reato, denso di una straordinaria potenza dogmatica, si pone al crocevia di molteplici istituti appartenenti alla sistematica della parte generale del codice Rocco.

La temperie concettuale che riveste la materia prospetta, a quanti vogliano avvicinarsi ad un tema fascinoso ed enigmatico, il sorgere di numerosi interrogativi, non appena ci si accinga a scrutare, più da vicino, la "microfisicità" degli istituti coinvolti.

Concorso apparente di norme, concorso formale e materiale di reati, reato complesso, progressione criminosa e reato progressivo si pongono all'interprete quali categorizzazioni generatrici d'incertezza, tanto nella conformazione positivistico-normativa, quanto nell'evidenziazione, in filigrana, delle finalità di politica criminale cui sono tributari. Tanto che la ricerca finalizzata a diradare i dubbi ermeneutici restituisce, sovente, una sensazione d'incompiutezza e d'inadeguatezza, poiché la magnitudo teorica appare d'intensità tale da renderne – quasi – impossibile la sistematizzazione.

Se, a ciò, si aggiunge la "seconda giovinezza" che, a seguito dei dicta sovranazionali e internazionali, sta attualmente vivendo il principio del ne bis in idem sostanziale, ben ci si avvede di come la materia appaia refrattaria ad un'analisi compiuta. Si è tentato, nel presente lavoro, di fisionomizzare il principio in parola, tentando di ricavarne – attraverso un'analisi della ratio e della cogenza – una chiave di lettura idonea a collocarlo nell'alveo fisiologico del concorso apparente di norme, evidenziandone le ascendenze proporzionalistiche e, più in generale, costituzionali (Cap. I).

Subito dopo, si è ritenuto di offrire una panoramica, tanto dottrinale (Cap. II), quanto pretoria (Cap. III), dello stato dell'arte in ordine alle principali elaborazioni

teoriche appuntantesi sul tema del concorso apparente di norme. Si è dato dunque conto dei problemi di validità, ovvero di efficacia, che esso determina, delle incertezze semantiche cui dà luogo, dei presupposti applicativi della convergenza e dei canoni risolutori della convergenza d'illeciti e di come questi ultimi siano stati interpretati in chiave prasseologica. Ci si è soffermati sui principali nodi gordiani che hanno visto dottrina e giurisprudenza talvolta contrapposte, con particolare riferimento all'annoso problema della specialità bilaterale, vero centro di gravità di gran parte dei cortocircuiti ermeneutici relativi alla convergenza d'illeciti. Non senza aver, contemporaneamente, indagato il fondamento, codicistico e costituzionale, del ne bis in idem sostanziale.

Successivamente, si è tentato di porre in rilievo gli istituti che, a nostro parere, risultano chiaramente ispirati alla medesima logica sottesa al ne bis in idem sostanziale, costituiti dalle unificazioni normative (talvolta prive di un immediato referente normativo espresso) di plurime violazioni di fattispecie (Cap. V).

Infine, si è deciso d'intravedere un possibile fil rouge concettuale nei diversi progetti di riforma del codice penale, nei quali al ne bis in idem sostanziale è stata comunemente attribuita la posizione privilegiata di canone risolutore, accanto alla specialità logico-formale (ma con una potenza precettiva politico-criminale maggiore di questa), della convergenza apparente di norme.

L'inopinato naufragio degli afflatti riformatori degli ultimi trent'anni non lascia presagire una sistemazione prossima e soddisfacente della materia.

La "primavera del principio", che si staglia sullo sfondo del ne bis in idem sostanziale, potrebbe costituire il grimaldello utile ad espugnare la fortezza, fino ad ora inaccessibile, del concorso apparente di norme.

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AD UN'INDAGINE SULLA PLURALITÀ APPARENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prime classificazioni. Teorie moniste e teorie pluraliste. – 3. Inquadramento del problema nell'ambito dell'approccio funzionalistico al sistema penale. – 4. Nuovi scenari del rapporto tra concorso apparente di norme e *ne bis in idem* sostanziale alla luce dell'esperienza "europea". Il ruolo del principio di proporzione della reazione sanzionatoria. – 5. *Ne bis in idem*, principio di proporzione e doppio binario sanzionatorio.

1. Premessa

Tematica tra le più controverse nell'alveo della scienza penalistica, problema che ha suscitato l'interesse e la speculazione della scienza giuridica criminale, forma di manifestazione del reato ben lungi dal trovare una compiuta e coerente sistemazione teorica, la materia della convergenza – formale o reale – di fattispecie incriminatrici in ordine al medesimo fatto costituisce un dirompente "ginepraio" per i molteplici studiosi che, ben prima dell'apoteosi tecnico-giuridica concretizzatasi nella codificazione del

1930, abbiano avuto l'ardire di risolvere questo autentico "rompicapo" giuridico¹.

La necessità di discernere tra unità e pluralità di reati si manifesta in tutta la sua urgenza non appena ci si sposti dalla prospettiva astratta della teoria generale del reato - avente il fine di selezionare fatti tipici socialmente dannosi i quali, se antiggiuridici e personalmente imputabili ad un soggetto di diritto, possono essere puniti con una sanzione che svolga la funzione costituzionale di rieducazione e d'integrazione sociale² - al piano concreto della realtà fenomenica, la quale ultima sovente non si presta ad un inquadramento unitario della *species facti* concreta in una, ed una sola, fattispecie legale astratta³.

A testimonianza della diversità di approcci al tema della convergenza⁴ reale o apparente contribuisce il divario registrabile tra la disciplina contenuta

¹ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 1; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano, 1943, 725. La collocazione sistematica dell'istituto all'interno delle forme di manifestazione del reato ha suscitato le critiche di parte della dottrina, su cui RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 99 ss.). Per un'analisi delle complessità relative alla categorizzazione della materia PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224.

² La teoria generale del reato in una prospettiva costituzionalmente orientata prende forma negli insegnamenti di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1973, XIX, 7 ss. Sui rapporti tra Costituzione e funzioni della pena FIANDACA, sub *art. 27*, in BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, IV, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.

³ Secondo FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, 70, le combinazioni astrattamente prospettabili tra "fatti" e "delitti" sarebbero di quattro tipologie: uno solo fatto e un solo delitto, un solo fatto e più delitti, più fatti cui corrisponde un solo delitto, più fatti cui corrispondono più delitti.

⁴ Sulle questioni semantiche e sulle necessarie precisazioni terminologiche, si veda Cap. II, par. 1.

nel Codice Zanardelli⁵ e quella presente nel Codice Rocco⁶: se il primo unificava il trattamento del concorso apparente di norme e del concorso formale di reati (sotto ponendo entrambi al criterio dell'assorbimento), il secondo ha scelto di virare in senso contrario all'assimilazione di tali istituti, parificando il concorso formale di reati a quello materiale e applicando a entrambi il criterio del cumulo materiale, in ossequio al principio *tot crimina, tot poenae*⁷. È dunque con la codificazione del 1930, ispirata ai canoni della retribuzione, della deterrenza e della neutralizzazione della pericolosità sociale, che si assiste ad una differenziazione pratica tra concorso apparente di norme e quello formale di reati⁸.

Occorre però coordinare il sistema prefigurato dal Codice del 1930 con la tavola dei valori enucleati dalla Costituzione repubblicana⁹.

Inoltre, v'è da rilevare che, con la riforma di alcuni settori della parte generale intervenuta con il d.l. n. 99 del 1974, il concorso formale appare attualmente libero dal "giogo" del cumulo materiale, trovando esso nel

⁵ Sulla disciplina del concorso di norme e di reati nel Codice Zanardelli CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, I, Padova, 1892, 263 ss.

⁶ I primi contributi, non solo monografici, sul tema del concorso apparente di norme nell'ordinamento interno hanno visto la luce a pochi anni dall'entrata in vigore del Codice Rocco (DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104 ss., ora anche in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 489 ss.; ANTOLISEI, *Sul concorso*, cit.; FROSALI, *Concorso di norme*, cit.; VANNINI, *Assorbimento e progressione criminosa nel nuovo codice penale*, in *Pensiero giur. pen.*, 1931, 22 ss.

⁷ BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, 3 ss.; GIACONA, *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, in AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 363 ss.

⁸ DELITALA, *Concorso di norme*, cit., 104; CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1009.

⁹ Imprescindibili riferimenti in NUVOLONE, *Norme penale e principi costituzionali*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1975, 678 ss.; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in PIZZORUSSO-VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 529 ss.

cumulo giuridico il proprio criterio regolatore. Ciò, peraltro, spiegherebbe altresì la scarsa rilevanza pratica assunta, attualmente, dalla distinzione tra convergenza apparente e reale.

I postulati pacifici da cui prendere le mosse nell'analisi dello stato dell'arte in tema di convergenza (apparente) d'illeciti sono numericamente limitati, a testimonianza della generale condizione d'incertezza in cui si è costretti a muoversi.

In primo luogo, può affermarsi che l'istituto del concorso apparente di norme venga in rilievo ogniqualvolta una fattispecie concreta appaia, di primo acchito, astrattamente riconducibile a più fattispecie legali incriminatrici, delle quali – tuttavia – solo una si qualifica per essere quella applicabile; ciò, o in base all'ordinario giudizio di tipicità, oppure in virtù dell'operatività di regole esplicite, quali quelle contenute nell'art. 15 e, secondo taluni Autori, nell'art. 84 del codice penale. Fattispecie, queste ultime, aventi la funzione di perimetrare, *ex ante*, l'area di operatività di norme incriminatrici strutturalmente tra loro interferenti¹⁰.

In secondo luogo, si può rilevare come, a partire dall'unica disposizione esplicitamente dedicata dall'attuale codificazione penale al problema del concorso apparente di norme (*id est*, l'art. 15 c.p.), il lavoro interpretativo degli ermeneuti abbia condotto all'affermazione per cui l'unico, sicuro,

¹⁰ JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 220 ss.; VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 264,

criterio regolatore della materia è rappresentato dal canone della stretta specialità unilaterale in astratto¹¹.

Al di fuori da queste acquisizioni, su cui vi è generale consenso, si staglia una pleora d'interrogativi e di punti problematici: si pensi alla nozione di "medesimezza del fatto", la quale può assumere tanto le sembianze dell'unicità di azione, quanto quelle dell'identità del fatto, tanto in senso logico-formale (alla stregua di fatto su cui s'intersecano diverse fattispecie legali astratte) quanto in senso naturalistico (identità della situazione in concreto realizzatasi).

Anche sui criteri risolutivi della convergenza apparente si assiste all'alternarsi di alcuni disorientamenti, come emerge dal dibattito sull'ammissibilità (e sul fondamento, logico ovvero assiologico) di canoni ulteriori rispetto alla regola della stretta specialità scolpita nell'art. 15 c.p.¹² Peraltro, fra coloro che postulano la compresenza, accanto a canoni formalistici, di criteri cd. di valore, resta incerto il fondamento normativo dei medesimi: il richiamo al *ne bis in idem* sostanziale è, infatti, mediato da

¹¹ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, I, Bologna, 2010, 335 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; ID., voce *Specialità (Principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1987, 487 ss.; ID., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, II, 416 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954; MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002; PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss.; ID., *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 660 ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997; ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 179 ss.; VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517.

¹² PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217.

un nugolo d'interrogativi in ordine alla definizione dell'*ubi consistam* del principio in parola¹³.

2. Prime classificazioni. Teorie moniste e teorie pluraliste

La fisionomia attuale della speculazione dottrinale sembra restituire una *summa divisio* in ordine alla tassonomia dei criteri utili a decidere sulla *vexata quaestio* della convergenza apparente: mentre da un lato del crinale si pongono coloro che ritengono il canone della specialità l'unica regola operante in materia¹⁴, dall'altro si situano quanti – critici nei riguardi degli esiti dell'applicazione esclusiva di tale ultimo criterio – affiancano altri criteri astrattamente desumibili dalla teoria generale del reato¹⁵.

¹³ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 392, pur aderendo ad un'impostazione – come si vedrà – eminentemente formalistica, ritiene che il principio del *ne bis in idem* sostanziale costituisca il fondamento dell'intera disciplina dell'unità o pluralità di reati e che, in base ad esso, vadano ricostruiti correttamente i rapporti tra le fattispecie. Si veda anche G.A. DE FRANCESCO, *Concorso apparente*, cit., 416.

¹⁴ Tra i primi fautori del ricorso al solo criterio della specialità DE MARSICO, *Diritto penale*, Napoli, 1935, 384 e ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1949, 276 ss.; ID., *Concorso formale e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, II, 609 ss.; ID., *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *Arch. pen.*, 1949, I, 67 ss.; BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, 478 ss.

¹⁵ Tra le teorie pluraliste si annoverano autorevolissimi Autori quali DELITALA, *Concorso di norme*, cit., 110; GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1932, 502; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1937, 171 ss.; FROSALI, *Concorso di norme*, cit.; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942, 45 ss.; ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1952, 78 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1945, 419 ss.; MORO, *Unità e pluralità*, cit., *passim*; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1962, 187 ss.; G.D. PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, 1970, 195 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 179 ss.; PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 551; VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1150 ss.; ID, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 816 ss.

Le teorie sostenute dal primo gruppo di studiosi vengono denominate teorie moniste; quelle propagandate dal secondo vengono, invece, comunemente qualificate come teorie pluraliste.

Lo sforzo classificatorio – perennemente teso a delineare l'esistenza di regole che potessero estendere la disciplina del concorso apparente (e quindi dell'unicità della sanzione) a discapito di quella del concorso formale (e, dunque, del cumulo materiale, prima, e del cumulo giuridico, dopo il 1974) – ha partorito ulteriori suddivisioni nell'alveo delle tesi moniste. Così, a concezioni rigide del canone della specialità (postulanti la ricorrenza del concorso apparente di norme esclusivamente in presenza di un rapporto di specialità unilaterale in astratto tra norme), si sono progressivamente affiancate interpretazioni finalizzate ad ampliare lo spettro applicativo della regola della specialità fissata dall'art. 15 c.p., facendovi rientrare – attraverso un'esegesi estensiva del concetto di medesimezza di materia, presente in tale ultima norma – anche situazioni in cui le norme in rilievo non fossero in rapporto di specialità unilaterale in astratto *stricto sensu* inteso¹⁶.

I fautori delle teorie pluraliste, viceversa, tentando di rinvenire la sussistenza di criteri avulsi dall'espressa regola codicistica per risolvere il dilemma della convergenza apparente, rifuggono dall'applicazione del solo principio di specialità e, mediante il ricorso a criteri deontologico-valoriali (fondati ora sulla natura dell'oggetto giuridico, ora sull'intensità dell'offesa, ora sul grado di professione criminosa), accolgono con favore il riferimento a criteri assiologici. È all'interno di tale brodo di coltura che si sviluppa la riflessione, perlopiù dottrinale, sull'esistenza di un principio generale di *ne bis in idem* sostanziale. Il fondamento comune delle teorie pluraliste, infatti, è generalmente ricostruito in termini equitativi e di giustizia sostanziale. Se,

¹⁶ Si fa riferimento alle tesi cd. strutturaliste, pregevolmente argomentate nelle opere di G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., *passim* e di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., *passim*.

però, le esigenze in parola appaiono più linearmente soddisfatte dalla declinazione processuale del *ne bis in idem*, la trasposizione sostanziale del principio – nell’ambito delle teorie diverse da quelle moniste – finisce probabilmente per risolversi in una tautologia non dimostrata, in ragione dell’assenza di una base concettuale (prim’ancora che normativa) autenticamente riconoscibile¹⁷.

La tassonomia basata sulla *summa divisio* poc’anzi esposta (sufficienza della sola specialità *vs.* ricorso a criteri “altri” da essa) è da alcuni Autori scartata in favore di una tripartizione d’impostazioni nella lettura del fenomeno del concorso di norme, secondo cui a tesi di ordine valutativo-teleologico (che si basano sulle relazioni tra i beni giuridici protetti dalle norme) si affiancano teoriche di carattere naturalistico (implicanti il riferimento al fatto concretamente verificatosi) e logico-strutturale (che s’impuntano sul mero rapporto strutturale tra fattispecie astratte)¹⁸.

La tripartizione in esame, pur nella raffinatezza degli esiti ricostruttivi, appare tuttavia scontare un eccesso classificatorio, che impedisce di cogliere appieno le istanze ideologiche equitativo-valoriali sottese alla dicotomia teorie moniste-teorie pluraliste.

Ciò spiega l’adesione, a livello metodologico e nel presente lavoro, alla bipartizione monismo *vs.* pluralismo, che costituirà la base concettuale del presente lavoro¹⁹.

¹⁷ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 392.

¹⁸ Si tratta della classificazione proposta da G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 1 ss., che divide le posizioni, appunto, in valutativo-teleologiche, naturalistiche e strutturali, a seconda che esse valorizzino la medesimezza dell’interesse protetto, il fatto concretamente verificatosi o i rapporti strutturali tra fattispecie astratte.

¹⁹ L’analisi dei possibili criteri risolutivi della convergenza apparente sarà affrontata nel Cap. II, parr. 8 ss.

3. Inquadramento del problema nell'ambito dell'approccio funzionalistico al sistema penale

La soluzione alla *vexata quaestio* del concorso apparente di norme, ovvero del concorso reale di reati, transita tramite l'analisi del rapporto morfologico esistente tra le norme che prevedono le diverse fattispecie di reato: tale rapporto può, infatti, determinare l'applicazione di tutte le norme in rilievo, ovvero di una soltanto di queste, escludendo le altre²⁰. Nel primo caso si avrà, evidentemente, un concorso di reati, che potrà essere omogeneo (plurime violazioni della medesima norma incriminatrice) ovvero eterogeneo (plurime violazioni di molteplici fattispecie astratte) e, prim'ancora, materiale (in presenza di una pluralità di azioni od omissioni) o formale (nel caso di unicità di azione od omissione).

Al regime sanzionatorio presiedono, in primo luogo, le regole dettate dagli artt. 71-80 del codice penale, le quali prevedono, nel caso di concorso materiale di reati, l'applicazione cumulativa di tutte le sanzioni previste dalle norme incriminatrici, salvo il divieto di superamento dei limiti previsti proprio dalle norme in esame (cumulo materiale cd. temperato). Nel caso in cui, viceversa, la pluralità di disposizioni violate si fondi su di un'unicità di azione od omissione (è il caso del concorso formale di reati), la regola che troverà applicazione è quella scolpita nell'art. 81 del codice, in base alla quale verrà applicata la pena che si sarebbe dovuta infliggere per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, senza però oltrepassare la sanzione che sarebbe derivata dall'applicazione della disciplina del

²⁰ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 262.

concorso materiale di reati (cumulo cd. giuridico)²¹. Con l'ulteriore precisazione per cui, nel caso di reati in concorso materiale commessi in esecuzione di un disegno criminoso unitario, la regola torna ad essere quella del cumulo giuridico, *ex art. 81, cpv.*, del codice penale²².

L'istituto del concorso di reati, dunque, può venire ad esistenza sia per la riconducibilità di una certa condotta sotto più disposizioni incriminatrici, sia per l'integrazione di più figure criminose con più fatti, differenti tanto logicamente quanto cronologicamente: nel primo caso si avrà un concorso formale di reati, salva l'opzione per una pluralità meramente apparente, mentre nella seconda ipotesi ci si troverà dinanzi ad un concorso materiale di reati, ferma restando la necessità di valutare se ogni disposizione appaia idonea a qualificare un diverso fatto, ovvero se non si tratti piuttosto di una medesima vicenda concreta "illuminata" da una pluralità di disposizioni penali incriminatrici²³.

²¹ Secondo PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1, il concorso di reati - tanto formale quanto materiale - sarebbe solo un'espressione tecnica di sintesi per riferirsi ai criteri di calcolo delle pene che vanno applicate ad uno stesso soggetto in virtù della consumazione di una pluralità di reati. Inoltre, secondo il medesimo Autore, la distinzione tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati risiederebbe nel fatto che nel primo caso esiste una norma la cui applicazione è in grado di assorbire totalmente l'antigiuridicità del fatto, mentre nel concorso di reati tale funzione può essere assolta solo dall'applicazione congiunta di più norme penali.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2020, 503, ritiene che, mentre il concorso materiale atterrebbe prevalentemente al campo sanzionatorio, il concorso formale di reati e il reato continuato riguarderebbero il problema delle forme di manifestazione del reato. Il concorso di reati sarebbe esclusivamente un *nomen juris* per indicare i problemi di tipo sanzionatorio e processuale che derivano dalla realizzazione di una pluralità di reati. L'unica ipotesi di concorso di reati che appare possedere un'autonomia fenomenica è quella della connessione teleologica o consequenziale, prevista dall'art. 61, comma 1, n. 2 c.p., la quale valorizza il collegamento ontologico tra le violazioni criminose. *Contra* FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 3, secondo il quale il concorso di reati è un sistema dotato di autonomia ontologica.

²³ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 265.

La conclusione, viceversa, nel senso della sussistenza di un concorso apparente di norme (in base all'applicazione dei criteri risolutivi che verranno trattati nel prosieguo del presente lavoro), determinerà l'applicazione di una soltanto delle norme astrattamente idonee a disciplinare la fattispecie di vita concretamente realizzatasi. È possibile però anticipare che, ferma restando la scelta per l'apparenza del concorso operata in base all'ordinario giudizio di tipicità, all'inapplicabilità di alcune fattispecie (e alla conseguente rilevanza di un'unica norma) può giungersi solo in virtù di regole espresse di portata generale (come il principio di specialità) ovvero particolare (come le singole clausole di sussidiarietà disseminate nella parte speciale del codice Rocco), oppure – secondo taluni – sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla disciplina del reato complesso, finalizzate ad orientare l'interprete nel districarsi tra figure criminose che possiedano uno (o più) punti d'intersezione²⁴.

Si è detto che la scelta per l'integrazione, nel caso di specie, di un concorso apparente di norme potrebbe derivare dallo svolgimento di un ordinario giudizio di tipicità della fattispecie.

Con ciò si vuole evidenziare come la scelta tra concorso apparente di norme e concorso di reati presupponga un'operazione ermeneutica dell'ambito applicativo semantico delle fattispecie in gioco: un'attività attinente, dunque, alla stretta tipicità del reato, collocata nell'ambito del principio di legalità in materia penale, il quale ultimo affida alla *lex parlamentaria* il ruolo d'individuare e selezionare le fattispecie che, in virtù del disvalore di cui sono portatrici, risultino meritevoli di assumere rilievo penale, perimetrato attraverso la formulazione di figure astratte tipiche e collegate ad una cornice sanzionatoria proporzionata al disvalore espresso. Ed è, in ultimo, sul legislatore penale che incombe il compito di risolvere le possibili

²⁴ JORI, *Interpretazione e creatività*, cit., 211.

convergenze di fattispecie astratte insistenti su di una medesima condotta naturalisticamente unitaria²⁵.

In un sistema ispirato al principio di legalità formale, dunque, l'affermazione in ordine alla sussistenza di un reato dipende dalla contemporanea ricorrenza, in concreto, dei caratteri che la fattispecie astratta qualifica alla stregua di elementi costitutivi del reato. Conseguentemente, non potrà esservi un concorso di reati laddove il dato storico non sia inquadrabile sotto plurime fattispecie astratte, ferma restando la possibilità che una condotta unitaria, imputabile ad un unico soggetto, dia vita ad un concorso formale di reati, ai sensi dell'art. 81 c.p. Tale ultima norma, infatti, costituisce eccezione alla regola generale secondo cui, in assenza di una pluralità di azioni od omissioni, non potrebbe mai esservi pluralità di fattispecie di reato, perché il medesimo quadro fattuale non può essere addossato più volte, al medesimo soggetto, al fine di ritenere integrate diverse figure di reato²⁶. È, dunque, lo stesso giudizio ordinario di tipicità che, in prima battuta, può risolvere la *voxata quaestio* della pluralità apparente ovvero effettiva, mediante la verifica del difetto degli elementi costitutivi di una o più fattispecie tipiche (qualora si sospetti la presenza di un concorso formale eterogeneo) o la possibile ricomprensione, sotto l'ombrello della singola fattispecie di parte speciale, di tutti gli atti e i fatti che in concreto assumano rilievo tipico (qualora, invece, si sospetti l'esistenza di un concorso formale omogeneo).

In virtù di tali premesse vanno tendenzialmente respinti, come si vedrà in seguito, approcci che argomentino a partire da considerazioni di natura marcatamente assiologico-valutativa, che fondano l'opzione per la pluralità apparente – ovvero, per quella effettiva – sulla scorta della ritenuta idoneità della singola disposizione incriminatrice ad esaurire l'offensività della fattispecie concreta o, viceversa, a non esaurirla se non in concorso con altre

²⁵ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 609.

²⁶ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 267.

norme, avendo come sfondo lo scopo di tutela perseguito ed il tipo di sanzione comminata²⁷. Le tesi in parola, tralasciando la valutazione della struttura tipica del fatto e obliterando le regole legali in tema di concorso di norme e di reati, attribuiscono all'interprete un ruolo che non gli è proprio, concretandosi nel compito di tradurre il disvalore del fatto storico in termini di fatti tipici integrati.

Non va sottaciuto, però, che la necessità di "maneggiare" il tema del concorso apparente di norme a partire dal raffronto morfologico tra le fattispecie astratte, di cui si è detto in precedenza, non può non concretizzarsi in una previa operazione ermeneutica delle norme di riferimento, la quale difficilmente potrebbe sfuggire a considerazioni di stampo teleologico, caratterizzate cioè da pregnanti giudizi inerenti alle finalità di tutela perseguite dalla singola fattispecie di parte speciale²⁸. È per questo che gli esercizi ricostruttivi della pluralità apparente basati su giudizi influenzati dalla natura del bene giuridico tutelato o dalle finalità di politica criminale perseguite dal legislatore non appaiono da respingere *in toto*, poiché l'esegesi in parola, se utilizzata a sostegno del raffronto morfologico tra fattispecie astratte, appare connaturata all'atavica ipertrofia del diritto penale del nostro tempo, il quale offre sovente una insostenibile proliferazione di fattispecie incriminatrici accompagnate da un rigore sanzionatorio draconiano²⁹. Le frequenti sovrapposizioni tra figure criminose causano di frequente cortocircuiti applicativi, i quali impongono

²⁷ Gli orientamenti in parola costituiscono l'oggetto di pregnanti critiche contenute nel denso contributo di G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., *passim*.

²⁸ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 267.

²⁹ Sulla necessità che ogni istituto della parte generale venga selezionato e conformato in funzione di specifiche esigenze di politica criminale si veda ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 50 ss., i cui echi nella penalistica italiana sono evidenti in PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, *ivi*, 836 ss.

il ricorso a criteri più sensibili a ragioni equitative o, comunque, all'originaria *intentio legislatoris*, definitivamente – ed irrimediabilmente – compromessa dall'intervento di un legislatore più propenso alla soddisfazione di esigenze di prevenzione e difesa sociale, che alla preservazione di un diritto penale dal volto umano e liberale, composto da fattispecie astratte chiare e quantitativamente limitate.

L'istituto del concorso di norme costituisce, dunque, una vera e propria cartina di tornasole della coerenza intrinseca dell'ordinamento penale, in virtù della crescente difficoltà di discernere la pluralità apparente dalla pluralità effettiva in presenza di una moltitudine di norme incriminatrici affastellate tra di loro.

Le tesi valoriali possono essere interpretate come reazione agli eccessi ipertrofici del diritto criminale manifestantesi mediante l'adesione a criteri sintomatici d'istanze equitative. D'altronde, selezionare tra più norme astrattamente idonee a regolare una medesima fattispecie concreta dà corpo ad un'esigenza di eguaglianza e di ragionevolezza³⁰. Esigenza, quest'ultima, servente all'accoglimento e allo sviluppo, nel sistema penale, delle funzioni positivo-integratrici della sanzione criminale: affermare – come sarebbe agevole in un sistema ipertrofico – la sussistenza di un concorso di reati, a discapito di un concorso apparente di norme, implicherebbe l'abbandono delle finalità di prevenzione speciale positiva che devono, necessariamente, presiedere alla previsione, commisurazione ed irrogazione della pena.

Gli scopi della pena, com'è stato evidenziato dalla dottrina più moderna³¹, vanno posti a fondamento del sistema penalistico, dei principi su cui quest'ultimo si fonda e delle categorie dogmatiche utili ad esplicitare i presupposti materiali della punibilità (il che, in buona sostanza, è la finalità principale della teoria generale del reato). Lo scardinamento delle categorie

³⁰ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 338.

³¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

dogmatiche da parte dei programmi della politica criminale ha imposto una rivalutazione della struttura logico descrittiva della teoria del reato, inducendo ad un superamento dell'ermeneutica tradizionale delle categorie penalistiche a favore di una descrizione in chiave funzionale delle stesse³². È a partire da importanti contributi della scienza penalistica degli anni Settanta del Novecento³³ che si è acquisita la consapevolezza che ogni istituto penalistico deve essere modellato sulla base di specifiche esigenze politico-criminali. Il diritto penale, allora, non si colloca più quale "insormontabile limite alla politica criminale", bensì esso – nella sua manifestazione tensiva verso la protezione sussidiaria di beni giuridici ed il corretto svolgimento dei compiti pubblicistici di promozione della persona umana – vive di reciproche e continue integrazioni con gli orientamenti di politica criminale, in guisa da imporre un ripensamento epistemologico alla scienza penale, necessariamente (ora) slegata da approcci meramente logico-descrittivi. La politica criminale, operando – da un lato – quale fattore di orientamento razionale delle scelte di penalizzazione e – dall'altro – quale strumento interpretativo in grado di connettere l'attività di *ius dicere* del giudice ai programmi decisionali del legislatore, si caratterizza quale fattore ermeneutico finalizzato ad esplorare le finalità ultime del diritto penale vigente e a delineare i criteri normativi che definiscono i presupposti della punibilità.

In tale prospettiva funzionalistica, ora sinteticamente delineata, la valorizzazione degli scopi costituzionali della pena assume un ruolo nodale ai fini della definizione categoriale dell'illecito penale. Il volto costituzionale – dell'illecito e – della sanzione penale, nel mirabile affresco

³² A partire – quantomeno – dalla nota teoria di VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, 80 ss., secondo cui "il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale".

³³ Si fa riferimento ai già citati contributi di PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit. e FIANDACA, *Considerazioni*, cit.

composto dalla teoria del diritto penale orientato a Costituzione³⁴, rifugge da concezioni autoritarie e securitarie le quali, se confacenti ad un sistema sanzionatorio sbilanciato sul lato della prevenzione generale e delle esigenze di difesa sociale, non possiedono più diritto di cittadinanza nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, in cui l'illecito penale è ispirato ai principi di materialità, offensività e colpevolezza. Principi – questi ultimi – che veicolano istanze di limitazione della *potestas puniendi*, rispetto alle quali un sistema penale caotico e bulimico si pone (ideologicamente e funzionalisticamente) in evidente contrasto.

4. Nuovi scenari del rapporto tra concorso apparente di norme e *ne bis in idem* sostanziale alla luce dell'esperienza "europea". Il ruolo del principio di proporzionalità della reazione sanzionatoria

La necessità di delineare un modello costituzionale d'illecito penale che valorizzi le connessioni funzionali esistenti tra le scelte d'incriminazione e gli scopi della teoria preventiva a sfondo personalistico potrebbe dunque aprire l'orizzonte argomentativo alla considerazione per cui, nel nostro ordinamento giuridico, il criterio che deve guidare la scelta fra concorso apparente e reale di norme sia, in realtà, quello di non attribuire allo stesso soggetto, in relazione ad un unico fatto, la violazione plurima di disposizioni penali tutte le volte che una di esse sia sufficiente ad esaurire il disvalore complessivo della condotta.

L'acquisizione in parola tradurrebbe una fondamentale istanza equitativa, essere funzionale alla realizzazione dei compiti di orientamento culturale e

³⁴ Secondo il programma tracciato da BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit. L'Autore evidenzia l'imprescindibilità del riferimento, operato dalla Carta costituzionale, allo statuto dell'illecito penale, marcandone altresì la distanza da altre esperienze continentali. Nello specifico, si sottolinea la circostanza per cui l'art. 103 della *Grundgesetz* si limiti a prevedere il principio di legalità ed il canone d'irretroattività della norma incriminatrice.

di motivabilità secondo norme, esercitabili dalle istituzioni penali nella cornice pluralistica e argomentativa tipica dello Stato costituzionale di diritto.

Ponendosi dal lato della prevenzione generale positiva, infatti, l'applicazione della rigorosa disciplina del concorso di reati – in reazione ad un fatto caratterizzato da un disvalore unitario – si risolverebbe in un ostacolo alla realizzazione delle finalità perseguite da un modello politico-criminale razionale, poiché verrebbe obliterata la funzione promozionale, perseguita dall'ordinamento giuridico, di consolidamento della fiducia che i consociati nutrono verso lo Stato-apparato.

La mancata adesione, almeno parziale, ad istanze finalizzate a legittimare scopi equitativi pregiudicherebbe altresì la funzione di prevenzione speciale positiva: sottoporre a sanzione un soggetto per una pluralità di reati discendenti dalla commissione di un fatto fenomenologicamente unitario, la cui offensività ben potrebbe essere assorbita da una sola disposizione incriminatrice, determinerebbe scarsa comprensione del significato della sanzione irrogata, con le inevitabili conseguenze circa la finalità risocializzante del trattamento sanzionatorio medesimo.

Tale impostazione si ricollega, evidentemente, al principio del *ne bis in idem* sostanziale. Parte della dottrina³⁵ è oggi orientata nell'affermare che, così come nel diritto processuale esiste un esplicito richiamo al *ne bis in idem* nell'art. 649 c.p.p., allo stesso modo nel diritto sostanziale numerosi dati

³⁵ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 71. Nel senso che, ove più norme convergano verso la medesima situazione di fatto, l'applicabilità della norma che – con la sua valutazione dell'accadimento – esaurisca l'intero significato delittuoso escluderebbe l'applicazione della norma ulteriore, in applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 547; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 7 ss., pone invece in rilievo le differenze tra *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale. In argomento, altresì, la pregevole ricostruzione di MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 440 ss.

normativi militerebbero a favore dell'esistenza di tale principio. Tali elementi sarebbero costituiti, oltre che dall'art. 15 c.p., anche dagli artt. 68, 84, 131, 170, 301, 581 c.p., nonché dalle numerose clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice e nelle leggi speciali³⁶.

Gli indirizzi emersi in ambito internazionale e sovranazionale consentono di ipotizzare che il principio del *ne bis in idem* possieda, ormai, una "veste" anche sostanziale: già l'analisi dei dati normativi - l'art. 4, Prot. 7, CEDU e l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, rispettivamente rubricati "diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto" e "diritto di non essere giudicato o punito due volte" - svelerebbe la bidimensionalità del principio³⁷. Sebbene la giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria non si relazioni esplicitamente al tema dei cumuli sanzionatori interni ad un medesimo sistema ordinamentale, riguardano essa il problema del cd. doppio binario sanzionatorio, è possibile desumere - da un'analisi approfondita degli orientamenti delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo - che il principio del *ne bis in idem* espliciti efficacia cogente anche nella sua dimensione sostanziale.

Alcune considerazioni cursorie, in tema, possono consentire di tracciare le coordinate essenziali del discorso.

A partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia*³⁸, infatti, il principio ha subito un graduale processo ermeneutico teso all'implementazione del suo contenuto. Esso impedirebbe - non solo, entro l'ambito strettamente

³⁶ Sul fondamento codicistico del *ne bis in idem* sostanziale si veda *infra*, Cap. II, par. 11.

³⁷ Di contrario avviso FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2018, 327, secondo cui: "(...) la duplicità che rileva al cospetto dell'art. 4 Prot. n. 7 Cedu e dell'art. 50 Cdfue è soltanto quella dei procedimenti, tanto che nessuna violazione di tali disposizioni potrebbe essere riscontrata dalle Corti europee qualora le diverse fattispecie fossero contestate (e le relative sanzioni irrogate) in un unico giudizio".

³⁸ Per un'analisi delle ripercussioni della sentenza *A e B c. Norvegia* nella successiva elaborazione giurisprudenziale sovranazionale N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, 2020, 53 ss.

processualistico, la duplicazione dei procedimenti, ma anche – la possibilità di una qualificazione giuridica multipla del medesimo fatto. Il *ne bis in idem* assumerebbe una valenza, dunque, eminentemente sostanziale. D'altronde, dagli insegnamenti pretori provenienti dalle Corti poc' anzi nominate non si ricava – a patto che sussista tanto il requisito di una sufficiente connessione materiale e temporale, quanto quello della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio agganciato ad un medesimo fatto concreto – l'esistenza di un divieto assoluto di cumulabilità tra i procedimenti.

Se il canone della proporzionalità intesse la trama sostanzialistica del principio, allora l'esigenza di risolvere le interferenze normative – nei termini di concorso apparente o formale di reati – alla luce della versione sostanziale del principio si pone con maggior vigore.

La consapevolezza che le relazioni tra norme astrattamente concorrenti non possano essere lasciate equivoche, se non a costo di una torsione autoritaria del *jus criminale* stesso, ha comportato l'elaborazione di criteri euristici diversi da quello di specialità, sul presupposto che essi possano trovare un referente normativo esplicito proprio nelle fonti sovranazionali.

L'eco delle giurisprudenze “esterne” ha influenzato le trame argomentative di alcune pronunce del Giudice delle leggi nazionale.

Gli interventi della Corte costituzionale, tuttavia, non sembrano porsi con univocità di toni nei confronti del “nuovo corso” impresso al principio del *ne bis in idem* (e, conseguentemente, nei riguardi del suo possibile *vulnus* in ipotesi d'indebite qualificazioni multiple dello stesso fatto): secondo l'orientamento della Consulta, antecedente però alla sentenza *A e B c. Norvegia*, , era pressoché escluso che il principio del *ne bis in idem* potesse avere acquisito, in base alle indicazioni sovranazionali, una fisionomia

sostanziale³⁹. Anche se va sottolineato come, in una pronuncia di poco successiva a quella da ultimo menzionata, seppure in un *obiter dictum*, la Corte costituzionale sembri giungere ad attribuire rilevanza sostanziale al principio *de quo*, sul presupposto dell'incalzante processo di sviluppo che esso ha subito nel contesto sovranazionale ed internazionale⁴⁰.

Nel solco del percorso tracciato dalla Corte costituzionale – culminato nella sentenza n. 43 del 2018⁴¹ – la netta percezione è che ormai la garanzia del *ne bis in idem*, conformemente ai principi emersi in ambito convenzionale, abbia una duplice valenza, ovverosia processuale e sostanziale. E, pertanto, esso appare destinato a costituire, nell'intreccio con il principio di proporzionalità della pena, il fondamento ultimo in funzione del quale dirimere le ipotesi di concorso apparente di norme.

³⁹ Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, par. 6.1 del Considerato in diritto, secondo cui sarebbe “pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro”.

⁴⁰ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, par. 10 del Considerato in diritto, in cui si afferma che: “(...) la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, (...) si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo. (...) per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 cod. pen., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*”.

⁴¹ Su cui N. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 165 ss.

La possibilità di scorgere un riverbero sostanziale del *ne bis in idem* non comporta la commistione dei due piani (sostanziale e processuale), poiché resta diversa la logica sottesa all'operatività dei due principi in parola (*rectius*, dei due versanti del medesimo principio)⁴²: mentre il profilo processuale è volto a scongiurare il rischio di una reiterazione di azioni giudiziarie nei confronti dello stesso soggetto e in virtù dello stesso accadimento fattuale, l'aspetto sostanziale preclude l'evenienza che, anche all'interno di uno stesso procedimento, si contesti all'autore più volte – sotto la veste di formali qualificazioni giuridiche diverse – il medesimo fatto.

Il *ne bis in idem* sostanziale, più nello specifico, si articolerebbe, seguendo la chiave di lettura fornita da autorevole dottrina, quale divieto di reiterare il giudizio di disvalore sul medesimo fatto, ossia come ostacolo alla duplicazione del medesimo giudizio di illiceità, anche in assenza della identità del fatto⁴³; o meglio, sulla scia delle acquisizioni della dottrina d'Oltralpe⁴⁴, esso andrebbe parcellizzato nei sottoprincipi del divieto di doppia valutazione, del divieto di plurima punizione e del divieto di plurima utilizzazione dei fondamenti della pena.

Così, se l'applicazione di una disposizione incriminatrice risulti, nel caso concreto, sufficiente ad esaurire la carica d'illiceità del fatto – tenuto conto dei profili soggettivi di illiceità e istituendo, in tal modo, la comparazione anche tra le dinamiche psicologiche che sorreggono la realizzazione delle diverse figure di reato⁴⁵ – apparirebbe lesivo delle istanze positivo-integratrici, rappresentate da tale principio, punire il reo anche per le altre, e diverse, fattispecie astratte integrate dalla sua condotta.

⁴² In questo senso FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 313.

⁴³ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 42 ss.

⁴⁴ VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in *Festschrift Bockelmann*, München, 1979, 715 ss.

⁴⁵ MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 446 ss.

Il *ne bis in idem* sostanziale potrebbe costituire, com'è stato argutamente rilevato ⁴⁶, il fondamento logico-giuridico della disciplina relativa al concorso apparente di norme. Secondo un filone, esso andrebbe inteso in senso relativo, ovverosia quale canone orientativo dell'esegesi normativa; altri studiosi, al contrario, valorizzano il *ne bis in idem* sostanziale in senso assoluto, dichiarandone la coincidenza con l'istituto del concorso apparente di norme⁴⁷.

Nel tentativo di affidare al principio la funzione di dirimere i concorsi di norme, l'obiezione sostenuta dai detrattori della teoria in esame è che essa non avrebbe, a differenza del *ne bis in idem* processuale, un esplicito e specifico referente normativo.

Tuttavia, secondo un autorevole indirizzo dottrinale, il *ne bis in idem* sostanziale rappresenterebbe un principio immanente, anche se inespresso⁴⁸: in quest'ottica, il canone assurgerebbe allora a principio generale del diritto, pregno di valenza normativa, da cui dedurre le norme particolari, *id est* i criteri risolutivi del concorso apparente di norme. E, in quanto principio generale dotato di vincolatività, esso dovrebbe considerarsi dotato di efficacia precettiva⁴⁹.

In dottrina manca, però, unanimità di vedute: secondo un'altra impostazione, pur se minoritaria, i principi generali, specialmente se

⁴⁶ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 2009, 520.

⁴⁷ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 11.

⁴⁸ Non c'è dubbio, oggi, sulla sussistenza – e validità – dei principi inespressi, desumibili “ora secondo il vecchio metodo delle progressive astrazioni da norme particolari, ora da giudizi di valore o assiologici ed ora da principii ormai saldamente acquisiti” (VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 700-701).

⁴⁹ SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 190.

inespressi – come il *ne bis in idem* sostanziale – si esaurirebbero in meri orientamenti di politica legislativa⁵⁰.

In una prospettiva sistematica, in ogni caso, il *ne bis in idem* nella sua accezione sostanziale può desumersi da un'operazione ermeneutica complessiva – come è accaduto per altri principi generali⁵¹ – in modo tale che il suo fondamento rinvenirsi nella trama costituzionale.

Per giungere ad una visione del principio idonea ad assegnargli una dimensione maggiormente precettiva, taluni Autori, al fine di dotare il *ne bis in idem* sostanziale di una quotazione costituzionale, ritengono dunque di poterlo desumere dal complesso articolato dispositivo delle norme che disegnano il volto costituzionale dell'illecito penale, ovverosia dagli artt. 3, 13, 25, comma 2 e 27 della Costituzione⁵², le quali costituirebbero l'architrave su cui poggia anche un altro principio del diritto penale, ossia quello di offensività. Va evidenziato come il principio di offensività appaia inestricabilmente connesso alla natura e alla funzione del *ne bis in idem* sostanziale, poiché l'ampiezza che si ritiene di attribuire al *nullum crimen sine iniuria* si staglia quale criterio idoneo a verificare l'esaurimento (o, viceversa, il non esaurimento), da parte di una disposizione incriminatrice, del disvalore complessivo del fatto realizzato dall'agente⁵³.

Riprendendo le fila dell'argomentazione proposta in sede d'inquadramento generale della questione analizzata nel presente lavoro, e cioè la focalizzazione del *ne bis in idem* sostanziale nell'ambito delle funzioni del

⁵⁰BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 205 ss.; BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, 592-593.

⁵¹ Si pensi al principio di offensività che la dottrina quasi unanimemente riconosce come principio generale. Nello stesso senso, seppur più timidamente, si esprimono anche numerose pronunce della Corte costituzionale (*ex plurimis* Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354; 8 luglio 2010, n. 249; 18 aprile 2014, n. 105).

⁵² Sul fondamento costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale si veda *infra*, Cap. II, par. 12.

⁵³ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 195 ss.

sistema penale, può ritenersi che il fondamento più profondo del *ne bis in idem* sostanziale vada rinvenuto nelle funzioni positivo-integratrici della pena, la cui implementazione non ammette l'addebito ad un singolo soggetto di più titoli di reato quando manchino, nella vicenda concreta, elementi fattuali abbastanza diversificati, per numero e tipologia, da considerare integrate una pluralità di fattispecie astratte di reato.

In quest'ottica, è possibile affermare che la valorizzazione delle istanze di prevenzione e d'integrazione imponga una rigorosa corrispondenza tra la complessiva risposta sanzionatoria applicabile al fatto storico e gli scopi della pena riconosciuti come prioritari dalla teoria dell'illecito penale orientato a Costituzione. Detta corrispondenza si misura, in primo luogo, con riferimento al rispetto della fondamentale istanza di proporzione tra fatto tipico e sanzione. Ed è in ottemperanza a tale *ratio* proporzionalistica – la quale trae alimento, come è noto, dagli artt. 25 e 27, primo e terzo comma, Cost.⁵⁴ – che devono essere informati i meccanismi di risoluzione del problema del concorso apparente di norme⁵⁵. Anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵⁶ ha recentemente riconosciuto che il principio di proporzionalità impone ad un eventuale cumulo di sanzioni di non oltrepassare i limiti della necessaria realizzazione delle finalità punitive che la norma persegue.

Il principio di proporzionalità, nel contesto del *ne bis in idem*, diventa allora parametro di valutazione dell'adeguatezza della pena: in questo approccio rivisitato la proporzionalità è volta a valutare la congruità del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto. E, in quest'accezione, si

⁵⁴ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 131 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1995, 395 ss.

⁵⁵ Si veda altresì, per le ascendenze proporzionalistiche del *ne bis in idem* sostanziale, il Cap. II, par. 12.

⁵⁶ Cass., Sez. un., 16 luglio 2018, n. 45829, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 397 ss., con nota di BONCOMPAGNI, *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*.

svincola dal complementare canone di ragionevolezza, perché diviene essa stessa indice di ragionevolezza della sanzione penale inflitta: pertanto, la valutazione della congruità della pena trascina con sé l'estensione della base del giudizio di proporzionalità, sul presupposto che quest'ultima possa fornire indicazioni utili a decidere sulla sussistenza, nel caso concreto, di un concorso formale di reati ovvero di un concorso apparente di norme⁵⁷.

Così argomentando, si potrebbe allora sostenere che l'elaborazione e l'applicazione delle regole sul concorso apparente di norme può essere condotta "al metro" delle funzioni della pena, in quanto l'obbligo di compiere un'attenta valutazione della complessiva reazione sanzionatoria in funzione del reale disvalore del fatto comporta la stringente verifica delle finalità della sanzione penale da infliggersi.

In particolare, la funzione di prevenzione generale, se inquadrata dal punto di vista dell'orientamento culturale dei consociati, appare in grado di condizionare in modo assai incisivo le scelte legislative in merito ai criteri di risoluzione del concorso apparente di norme. Questo profilo va però collegato, indefettibilmente, all'esigenza - promanante dal principio di stretta legalità, operante anche nel campo della convergenza apparente di norme - che la valutazione e repressione dei fatti suscettibili di qualificazione giuridica multipla avvenga nel rispetto della fondamentale istanza di legalità. In altre parole, le definizioni legislative destinate a regolare tale attività devono assicurare che le garanzie dell'accessibilità e, soprattutto, della prevedibilità non siano vanificate a causa delle molteplici opzioni astrattamente percorribili dal legislatore in ordine alla qualificazione giuridica del fatto.

Anche la funzione *specialpreventiva* potrebbe importare il riferimento ai parametri valoriali: allo scopo di garantire il *ne bis in idem* sostanziale, a sua volta funzionale alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio e alla ragionevolezza delle soluzioni legislative (da intendersi, quest'ultima,

⁵⁷ N. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 176.

quale metodo problematico d'interpretazione del diritto)⁵⁸, la scienza penalistica dovrà elaborare i criteri aventi la funzione d'identificare quando ricorra un'ipotesi di concorso apparente di norme e, in subordine, d'indicare quale fra le plurime norme concorrenti debba prevalere.

Argomento da sviscerare in via preliminare rispetto allo svolgimento di una ragionata analisi sulle tematiche in parola è costituito dalla nozione di *matière pénale*: a seguito del potente influsso delle giurisprudenze "europee" ci si accorge come il discorso sul *ne bis in idem* sostanziale non possa (più) prescindere da una definizione di tale concetto, collocatosi ormai al centro di un fervente dibattito⁵⁹. Le teorie più accreditate pongono l'accento sulla sanzione, poiché il modo in cui l'ordinamento reagisce ad un determinato fatto consente di inquadrarlo (o meno) nell'ambito del penalmente rilevante⁶⁰.

La chiave di lettura ermeneutica che ha suscitato l'interesse della scienza penalistica è stata fornita – in ordine al concetto in esame – dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento al problema delle sanzioni amministrative punitive). La Corte EDU, invero, a partire dai noti casi *Engel* e *Öztürk* (le cui acquisizioni sono state riprese nel caso *Jussila*), ha aderito ad una nozione sostanzialistica di materia penale, non attribuendo rilievo alla scarsa entità della sanzione irrogata (astrattamente idonea a *non* essere sussunta nell'alveo della *matière pénale*), quanto piuttosto alla finalità

⁵⁸ MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006, 33 ss.; BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 55 ss.

⁵⁹ Per un interessante approccio, in chiave comparata, al problema dell'inquadramento della nozione di *materia penale*, FARMER, *The Obsession with Definition: the Nature of Crime and Critical Legal Theory*, in *Social & Legal Studies*, 1996, 57 ss.

⁶⁰ La bibliografia sul tema è sterminata. Particolarmente proficua l'impostazione di autorevolissima dottrina (DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1096) secondo cui "è il legislatore che nella categoria praticamente infinita degli atti illeciti scevera quelli che debbono essere sanzionati penalmente ed imprime ad essi il carattere di reato".

afflittiva (poiché rivolta al passato e applicata *quia peccatum est*) della medesima⁶¹.

Allo stesso tempo, il canone (che diviene principio) della proporzionalità del trattamento sanzionatorio pare aver fatto breccia anche nella giurisprudenza costituzionale italiana. Come osservato in dottrina⁶², peraltro, la proporzionalità della sanzione penale appare inscindibilmente connessa al principio di colpevolezza. Lo stretto rapporto intercorrente tra i due valori si percepisce appieno laddove si consideri l'iniquità derivante dall'applicazione di una pena eccessiva rispetto (non al disvalore del fatto, bensì) all'ampiezza del giudizio di rimproverabilità che è possibile muovere all'agente⁶³. La Consulta, difatti, ha aderito a tali premesse di teoria generale dell'illecito penale, ancorando il principio di proporzione ora all'art. 3, ora all'art. 27 Cost.

Nella sentenza n. 236 del 2016, apripista dell'orientamento favorevole all'inclusione del canone di proporzione tra i principi che delineano il volto costituzionale dell'illecito penale, la Corte Costituzionale è giunta ad affermare che "laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una

⁶¹ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel et al. c. Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*. Per un'approfondita analisi delle elaborazioni pretorie strasburghesi FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 20 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss.

⁶² FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 297.

⁶³ MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967, 36 ss.

condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa”⁶⁴.

Infine, va osservato come il criterio di proporzionalità della sanzione trovi copertura anche in sede sovranazionale, in particolare sotto l’ombrello dell’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e dell’art. 3 CEDU, norma – quest’ultima – ritenuta un autentico baluardo contro la manifesta sproporzione delle pene⁶⁵.

Il canone di proporzionalità, nel quadro giurisprudenziale sovranazionale, implica un giudizio di accertamento della legittimità dell’intervento punitivo affrancato dal tradizionale schema triadico del *tertium comparationis* (che ha connotato, quantomeno fino alla sentenza n. 236 del 2016, il giudizio di proporzionalità nell’alveo della giurisprudenza costituzionale interna)⁶⁶, perché si fonda sulla valutazione in termini assoluti della congruità dei mezzi impiegati rispetto allo scopo perseguito: più che un giudizio comparativo esso è, quindi, un giudizio finalistico, volto ad accertare la complessiva idoneità, necessarietà e adeguatezza della risposta penale⁶⁷.

Senonché ormai, alla luce dei più recenti indirizzi della Corte costituzionale, sembra potersi concludere che il riconoscimento della valenza (anche) sostanziale del *ne bis in idem* abbia contribuito a definire una nuova fisionomia del principio di proporzionalità quale parametro

⁶⁴ MANES, Proporzionevolezza senza geometrie, in *Giur. cost.*, 2016, 2108 ss.; PULITANÒ, La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, 51 ss.; e DOLCINI, Pene edittali, principio di proporzionevolezza, cit., 1960 ss.

⁶⁵ Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Vinter et al. c. Regno Unito*; 9 luglio 2013 (g.c.), *Vinter et al. c. Regno Unito*.

⁶⁶ Per un’ampia disamina sulla struttura del giudizio di proporzionalità in relazione alle scelte di criminalizzazione RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 127 ss.

⁶⁷ N. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 178.

autonomo di valutazione del carico punitivo⁶⁸ e che, reciprocamente, i tempi siano maturi per una lettura dell'intera disciplina del concorso apparente di norme "al metro" del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

5. *Ne bis in idem*, principio di proporzione e doppio binario sanzionatorio

Muovendo dal sostrato normativo offerto dall'ordinamento nazionale e anticipando per un attimo le conclusioni cui si perverrà più avanti, va sottolineato come – in tema di concorso apparente di norme – assuma fondamentale importanza il significato da attribuire alla locuzione "stessa

⁶⁸ Secondo la nuova impostazione della Corte costituzionale il *tertium comparationis* non è più un elemento strutturale del giudizio di proporzionalità ma funge da mero termine di comparazione finale, al fine d'individuare un trattamento sanzionatorio congruo in ipotesi di declaratoria d'incostituzionalità di quello vigente. Tuttavia, la Consulta è giunta ad ammettere che l'esigenza d'individuazione di una sanzione penale proporzionata possa anche prescindere dalla logica comparativa, transitando da un sistema a rime *obbligate* ad un contesto a rime *adeguate*: in questo senso Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222 e 9 febbraio 2019, n. 88. In particolare, la Corte ha precisato che, laddove il trattamento sanzionatorio previsto da una norma incriminatrice si riveli manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità del fatto, è possibile intervenire in chiave correttiva anche in carenza di un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come – ad esempio – quella prevista da una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Il Giudice delle leggi è pervenuto a queste conclusioni nella sentenza n. 40 del 2019, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del T.U. sulle sostanze stupefacenti nella parte in cui prevedeva la pena minima edittale della reclusione di anni otto di reclusione anziché sei, poiché la misura sanzionatoria alternativa è stata ritenuta non arbitraria in quanto desumibile "(...) da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore".

materia”⁶⁹, presupposto dettato testualmente dall’art. 15 c.p. per l’operatività del criterio di specialità. La *lex generalis* e la *lex specialis* devono regolare la stessa materia.

Il tema merita, però, di essere rivisitato, sulla base dell’influsso dell’elaborazione pretoria germinata presso la Corte di Strasburgo.

Sin dal 1976, con la sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, la Corte EDU ha progressivamente enucleato i criteri che consentono di riconoscere la natura di un illecito (e di una sanzione) e di stabilirne la sua riconducibilità alla materia penale: i parametri adottati in quell’occasione⁷⁰ dalla Corte – e poi successivamente affinati⁷¹ – hanno concorso a (ri)definire la stessa nozione

⁶⁹ Per un’efficace sintesi degli orientamenti AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 340 ss.

⁷⁰ In sintesi, i parametri elaborati nella sentenza *Engel* per ricondurre un illecito alla materia penale sono stati sostanzialmente tre: la qualificazione giuridica dell’illecito nell’ordinamento interno, la natura della violazione (connessa alla finalità della sanzione); la natura e il grado di severità della sanzione. A tale proposito, la giurisprudenza convenzionale ritiene pacificamente che gli *Engel criteria* siano da considerarsi in via alternativa e non cumulativa, di talché la severità della sanzione costituirebbe solo uno dei parametri di possibile valutazione per ravvisare la sussistenza della “materia penale”. Sul punto FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 16 ss.

⁷¹ In particolare, soprattutto nella sentenza *Ozturk*, poi confermata dalla pronuncia nel caso *Jussila*, è stato precisato come la funzione della sanzione inflitta sia l’elemento più idoneo ad incidere sull’*ubi consistam* dell’illecito (e della sanzione).

di materia penale⁷². Se la sentenza *Engel* afferisce esclusivamente allo specifico contesto sotteso al principio del giusto processo convenzionale (*ex art. 6 CEDU*), la sentenza *Welch c. Regno Unito*⁷³ offre un contributo più generale in ordine alla delimitazione della materia penale in relazione al principio di legalità convenzionale (*ex art. 7 CEDU*).

Tuttavia, l'applicazione integrale dei criteri c.d. *Engel* ai fini della perimetrazione del concetto di "stessa materia (penale)" potrebbe luogo ad esiti contraddittori o, comunque, aleatori⁷⁴. L'elaborazione giurisprudenziale successiva, proveniente anche dalla stessa Corte EDU, ha proposto un approccio - di matrice sostanzialistica - che possa meglio

⁷² La concezione di "materia penale" elaborata in sede sovranazionale appare oggi, in ragione dei criteri d'identificazione adottati, particolarmente espansa. L'indagine condotta dalla Corte EDU non possiede un carattere qualitativo o quantitativo, perché valorizza un approccio eminentemente teleologico-sostanziale (efficace, a tal proposito, già PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 917, ove si legge che ad una giurisprudenza di valori si è ormai sostituita una giurisprudenza di scopo). La circostanza che in alcune pronunce della Corte EDU venga indagato anche l'aspetto dell'afflittività della sanzione non elide l'impronta teleologica dell'analisi ma la conferma, a riprova del fatto che la Corte giungerebbe alle medesime conclusioni anche qualora ricorresse ad un criterio quantitativo. La giurisprudenza strasburghese, attesa l'elasticità di una nozione siffatta di "materia penale", ammette la possibilità di una differenziazione contenutistica, riconoscendo che alla materia penale *stricto sensu* intesa debba essere riservato un livello più elevato di garanzie, come a sottendere la sussistenza di un ampio sistema di diritto punitivo comprensivo di ogni misura che abbia carattere sanzionatorio, suscettibile di essere, a propria volta, ulteriormente parcellizzato. Critica nei confronti della progressiva estensione della nozione di "materia penale" in sede convenzionale SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 75 ss.

⁷³ Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

⁷⁴ In dottrina è stata rilevata l'assenza di un metro di giudizio univoco sulla cui base parametrare il grado di severità della sanzione che giustifica l'estensione delle garanzie penalistiche. Sul punto FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1904 ss.; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 38.

assecondare la finalità di risoluzione di problematiche finite. È, infatti, un orientamento ormai consolidato quello per cui il criterio della gravità della sanzione inflitta debba essere soppiantato da un paradigma di valutazione sostanziale-teleologico, volto a valorizzare, per qualificare una sanzione come penale, non l'eventuale intensità afflittiva della sanzione, bensì la sua attitudine a perseguire una finalità spiccatamente punitiva.

L'estensione della *matière pénale* in virtù di un approccio sostanzial-funzionalistico, al di là delle qualificazioni formali operate dagli ordinamenti nazionali, presta il fianco al rischio della sovrapposizione di una molteplicità di procedimenti e sanzioni (formalmente diversi ma finalisticamente analoghi) a carico dello stesso soggetto. Ben si comprende, allora, come la rilettura convenzionalmente orientata della materia penale comporti immediate ricadute applicative che pongono in tensione l'ambito di operatività del principio del *ne bis in idem*.

Sottacendo in questa sede il tortuoso *excursus* evolutivo del principio in parola in sede convenzionale ⁷⁵, è progressivamente emersa la consapevolezza che la portata precettiva del canone del *ne bis in idem* vada ad incidere sia sull'*an* che sul *quomodo* dell'irrogazione di una doppia sanzione.

Ponendosi nella prospettiva del doppio binario sanzionatorio, con riferimento ai limiti entro i quali il *ne bis in idem* impedisca la duplicazione di procedimenti nei confronti dello stesso soggetto in relazione al medesimo fatto, ove si recepisce *tout court* la vocazione sostanziale propria della declinazione europea del principio, esso si candiderebbe addirittura a divenire un criterio- assimilabile a quello di specialità consacrato nell'art. 15 c.p. - idoneo a legittimare i parametri valoriali la cui valenza esegetica nella risoluzione dei conflitti normativi è stata sinora scartata, almeno a parole, dalla giurisprudenza nazionale, in ragione della loro asserita matrice extralegale.

⁷⁵ Su cui si rinvia a N. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 21 ss.

In secondo luogo, il *ne bis in idem* europeo inciderebbe anche sul *quantum* sanzionatorio, comportando preclusioni anche all'interno di un unico procedimento, laddove si prospetti l'irragionevolezza di un cumulo sanzionatorio discendente dal medesimo fatto. Il *ne bis in idem* sostanziale è fisiologicamente ispirato, infatti, ad un'ottica valoriale, intimamente correlata proprio all'idea di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, che rappresenta l'intimo fondamento (oltre che, nella prassi, l'indice sintomatico) del divieto di duplicazioni sanzionatorie.

Da questi rapidi spunti si coglie, dunque, come il principio regolatore, per il cui tramite sciogliere l'alternativa tra concorso apparente di norme e concorso reale di reati, sia il *ne bis in idem* sostanziale, da intendersi quale divieto di simultanea applicazione di più fattispecie in rapporto di continenza strutturale o assiologica, e come il suo mancato rispetto, alterando la congruità della pena rispetto al fatto commesso, si riverberi negativamente sul canone della proporzionalità della pena.

Peraltro, laddove si presenti un concorso tra diversi sistemi repressivi (a livello di legislazione positiva o nel diritto "vivente"), pur se la qualificazione penale assorba l'intero disvalore del fatto (indipendentemente dal fatto che ciò avvenga all'esito di uno o più procedimenti), il parametro cui fare riferimento dovrebbe essere allora quello della proporzionalità della sanzione. Proprio la recente affermazione di quest'ultimo nella giurisprudenza costituzionale ed in quella sovranazionale, come rilevato, non soltanto sollecita una definitiva valorizzazione dei criteri ermeneutici su cui si fonda il concorso apparente di norme (compresi quelli "evolutivi", in grado di superare le strettoie del principio di specialità), ma aprirebbe anche nuove prospettive per l'affermazione dimostrativa del *ne bis in idem* sostanziale nell'ambito del sindacato di legittimità costituzionale ed in sede di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia.

A ben vedere, peraltro, proprio nell'ottica tracciata dalle potenzialità applicative del principio di proporzione si può apprezzare come la portata

garantistica del *ne bis in idem* sostanziale trascenda il problema del concorso tra fattispecie poiché, se è vero che il medesimo illecito può legittimamente dare luogo a più conseguenze sanzionatorie (ad un reato, ad esempio, può seguire l'applicazione congiunta di pene detentiva, pecuniaria ed interdittiva), profili di tensione con il principio emergono a fronte di una moltiplicazione di misure punitive dal contenuto del tutto analogo, come avvenuto in materia di corruzione con l'introduzione della "riparazione" prevista dall'art. 322-*quater*, c.p., la quale finisce sostanzialmente per configurare un'ulteriore forma di confisca del profitto, aggiuntiva rispetto a quella prevista dall'art. 322-*ter*, c.p.

Nella medesima prospettiva si può osservare che il cumulo tra sanzioni penali ed amministrative non sia di per sé illegittimo; semmai, il vero inconveniente risiede nel fatto che esse potrebbero ritenere rilevanti i medesimi profili di disvalore.

I parametri alla cui stregua tracciare le coordina ermeneutiche di un rinnovato approccio al principio di proporzione, mediato dall'irruzione sulla scena del *ne bis in idem* sostanziale, sarebbero quelli dell'art. 27 Cost. (senza dover necessariamente ricorrere ad una lettura combinata con l'art. 3 Cost.) e dell'art. 49 della Carta di Nizza, in quanto il principio di proporzione non si traduce in un divieto assoluto per il legislatore di stabilire conseguenze punitive diversamente qualificate per il medesimo illecito (si pensi alla revoca della patente di guida per determinati reati stradali). Tuttavia, la scelta di un "doppio binario" deve comunque garantire la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio complessivo, senza poter essere il frutto di una mera sovrapposizione di fattispecie che considerino identici profili di offensività del fatto e che comportino una duplicazione di sanzioni aventi il medesimo (e rilevante) contenuto patrimoniale⁷⁶.

⁷⁶ FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 328 ss.

CAPITOLO SECONDO

RICOSTRUZIONI DOGMATICHE

SOMMARIO: 1. Precisazioni terminologiche. – 2. Sistemazione topografica del concorso apparente di norme e sua collocazione nell'ambito della validità o dell'efficacia della norma penale. – 3. I presupposti della convergenza apparente. – 4. La fisionomia del rapporto strutturale tra fattispecie astratte. – 5. La risoluzione del concorso mediante lo svolgimento del giudizio di tipicità. Il concorso omogeneo apparente per capacità di contenenza della singola fattispecie incriminatrice. Le norme a più fattispecie e le disposizioni a più norme. – 6. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità. – 7. L'istituto del concorso apparente di norme nella sistematica del Codice Rocco. L'adesione al principio di specialità mediato dal riferimento al bene giuridico. – 8. Le teorie moniste. – 8.1. Critica della specialità in concreto. – 8.2. Tesi moniste e specialità bilaterale o reciproca. Critica dello strutturalismo. – 9. Le teorie pluraliste. – 9.1. La sussidiarietà. – 9.2. La consunzione (o assorbimento). – 9.3. L'alternatività. – 9.4. Critica delle teorie pluraliste. – 10. Il *ne bis in idem* sostanziale quale possibile chiave di lettura del concorso apparente di norme. – 10.1. L'inafferabile vaghezza contenutistica del *ne bis in idem* sostanziale quale criterio risolutore della convergenza apparente e la sua valorizzazione quale criterio ermeneutico. – 11. Il fondamento codicistico del *ne bis in idem* sostanziale. – 12. Possibile fondamento costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale quale limite alla plurima valutazione sanzionatoria di un disvalore unitario.

1. Precisazioni terminologiche

Prima di affrontare *funditus* i problemi generali posti dall'istituto del concorso apparente di norme incriminatrici, va rilevato come le diverse espressioni utilizzate nell'analisi del tema che qui occupa contribuiscono ad

aumentare la percezione di un quadro semantico complessivamente indeterminato¹.

Autorevole dottrina si è interrogata sulla distinzione esistente tra i concetti di convergenza, concorso e conflitto.

Mentre il termine “concorso” presupporrebbe la compresenza di norme regolanti una medesima fattispecie in modo non incompatibile tra loro¹, l'utilizzo dell'espressione “conflitto” si giustificerebbe in virtù dell'operatività, nelle ipotesi di convergenza di norme, di una sola di esse, che ne escluderebbe una diversa². Entrambe le espressioni, dunque, risulterebbero potenzialmente impiegabili.

Tuttavia, è proprio il concetto di “convergenza” quello maggiormente idoneo da cui prendere le mosse per definire le ipotesi in cui, in relazione ad un medesimo fatto, si discuta dell'applicazione di più norme. Detta convergenza potrebbe, poi, manifestarsi in primo luogo come “reale”, dando vita ad un “conflitto” ovvero ad un “concorso” di norme: mentre il primo caratterizza le ipotesi di antitetività tra norme, il concorso effettivo di norme determina la qualificazione giuridica del fatto alla stregua di plurime norme incriminatrici, aprendo la strada al concorso di reati³. La convergenza “apparente”, invece, inerirebbe ai casi in cui si possa giungere – mediante l'applicazione di un certo criterio – all'abdicazione di una o più norme a favore di un'altra⁴.

Senza voler cadere in sterili eccessi classificatori, avendo però ben presente come in un fenomeno così complesso come quello che si ha dinanzi ogni scelta terminologica comporti il rischio dell'obliterazione di aspetti

¹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 19; MORO, *Unità e pluralità*, cit., 40 ss.; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 94 ss.

² SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 52.

³ CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 100.

⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 20.

⁴ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, 512.

rilevanti⁵, va subito scartato il riferimento al termine “conflitto”, poiché esso richiama ipotesi – di contrapposizione tra norme – che non attengono alla problematica in parola.

Si ritiene che il sintagma “convergenza apparente” di norme, pur essendo l’espressione concettualmente più soddisfacente – per le ragioni esposte – a qualificare l’istituto comunemente denominato “concorso apparente” di norme, possa essere utilizzata in via alternativa a quest’ultima; ciò, sia perché tale ultima locuzione è entrata a pieno regime nel lessico dottrinale specialistico e nella manualistica più aggiornata⁶, sia perché essa appare altresì idonea a qualificare l’ipotesi della compresenza di più norme in relazione al medesimo fatto. Compresenza sussistente, però, solo *ex ante* ed in astratto, giacché solo una norma è destinata a trovare applicazione, rendendo il concorso, appunto, apparente.

2. Sistemazione topografica del concorso apparente di norme e sua collocazione nell’ambito della validità o dell’efficacia della norma penale

Un’analisi dei rapporti tra unità e pluralità dei reati non può prescindere dalla chiarificazione del *locus* sistematico al cui interno inquadrare l’istituto del concorso apparente di norme. Ci si deve interrogare, in altre parole, sulla riconducibilità di tale istituto alla teoria del reato (*sub specie* al concorso di reati), ovvero alla teoria della norma.

Per i fautori della prima, minoritaria, concezione, concorso apparente di norme e concorso di reati costituirebbero aspetti di un fenomeno unico, in cui la regola sarebbe il concorso di reati, con il concorso apparente relegato

⁵ MORO, *Unità e pluralità*, cit., 43.

⁶ Anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 504, utilizza l’espressione “concorso apparente di norme”.

al ruolo di eccezione rispetto alle ipotesi di convergenza reale, nella misura in cui impedisce l'operatività – solo *quoad poenam* – di una fattispecie che resta comunque valida⁷. Tuttavia, aderendo a tale ultima impostazione, oltre all'impossibilità di differenziare logicamente il concorso apparente di norme dal concorso formale di reati, non si riuscirebbe a focalizzare la *ratio* della deroga all'efficacia di una norma valida⁸.

Pertanto, appare più coerente ricondurre il concorso apparente nell'alveo della teoria della norma e, dunque, impostare il ragionamento mantenendosi saldi sul piano della validità – e non invece su quello dell'efficacia – della norma⁹. Affermare ciò implica ritenere che il concorso è apparente proprio perché il reato è unico, pur se – *prima facie* – i fatti appaiano inquadrabili in molteplici fattispecie astratte. Del resto, non si potrebbe contemporaneamente affermare la sussistenza di un reato unico e di plurime violazioni di legge: o le norme infrante sono più d'una, e dunque si avrà pluralità di reati, oppure i fatti realizzati violano una sola norma, con conseguente unicità di reato.

Va ulteriormente precisato che agganciare l'istituto del concorso apparente di norme al piano della validità della norma, piuttosto che a quello dell'efficacia, significa concludere per la perimetrazione *ex ante* della sfera di operatività di una fattispecie, la quale – sottraendo alla disciplina delle altre norme una classe di condotte – si pone come l'unica applicabile al fatto concreto. Breve: già a livello astratto la violazione integrata è unica.

Ragionare a partire dalla sfera dell'efficacia (sostenendo, dunque, che le norme derogate restino pur sempre valide), viceversa, condurrebbe ad esiti

⁷ Sostenitori della tesi in argomento, nella dottrina italiana, sono FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 1934, 194; CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale*, I, Napoli, 1962, 493.

⁸ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 60 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, 314; PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 545.

⁹ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 611 ss.; MORO, *Unità e pluralità*, cit., 39 ss. e 114 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., 45 ss.

paradossali: si dovrebbe infatti ritenere la “reviviscenza” della norma soccombente (all’esito dell’applicazione del criterio atto a risolvere il concorso apparente) nel caso in cui la norma prevalente non possa più essere applicata (qualora, ad esempio, intervenga una causa di estinzione del reato o manchi una condizione di procedibilità). I fautori della riconduzione del concorso apparente nell’ambito della teoria dell’efficacia della norma postulano, infatti, la persistente validità di tutte le norme convergenti su di un medesimo fatto, anche se la legge penale imponga l’applicazione di una sola di esse¹⁰.

Collocare l’istituto del concorso apparente nell’ambito della teoria della norma, precisando ulteriormente che esso vada analizzato a partire dal piano della validità delle norme stesse, contribuisce a differenziarlo dal concorso formale di reati; ciò che non avverrebbe collocando la convergenza apparente a livello di teoria del reato, postulando che tutte le norme apparentemente concorrenti continuino validamente a riferirsi al fatto realizzatosi e, in definitiva, non distinguendo concettualmente tra concorso apparente di norme e formale di reati. Istituti, questi ultimi, che costituiscono l’uno la negazione dell’altro, in ragione della semplice ed immediata considerazione per cui l’unicità di azione è (ponendosi nella prospettiva del rapporto di genere a specie tra fattispecie astratte e prescindendo dall’individuazione di ulteriori criteri risolutivi della convergenza) il presupposto principale per potersi discorrere di convergenza, reale o apparente che sia. In presenza, infatti, di una pluralità di fattispecie astratte integrate da una molteplicità di condotte tipiche non sarà dato rinvenire quel “medesimo fatto”, posto dal sistema alla base del rapporto di specialità tra norme. Dovrà parlarsi, in quest’ultima ipotesi, di

¹⁰ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 318 ss.; MORO, *Unità e pluralità*, cit., 37; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 59 ss. Per il finitimo problema della sistemazione del concorso apparente di norme nella teoria del reato ovvero nella teoria della norma si veda, nella dottrina d’Oltralpe, SAUER, *Allgemeine Strafrecht*, III, Berlin, 1955, 229 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1965, 224 ss.

concorso “reale” di reati. Tanto, se da un lato contribuisce a rimarcare la differenza ontologica tra convergenza e concorso, dall’altro depone a favore di una lettura degli istituti del concorso apparente di norme e del concorso formale di reati nell’ottica della contiguità; caratteristica, quest’ultima, che impedisce di considerarli in rapporto di regola/eccezione (come vorrebbero i critici della collocazione del concorso apparente nell’ambito della teoria della norma) e che porta ad affermare come l’ampliamento del campo applicativo dell’uno si riverberi a svantaggio dell’altro, e viceversa.

3. I presupposti della convergenza apparente

Prima di procedere all’esposizione delle varie posizioni teoriche che si contendono il campo in tema di concorso apparente di norme, appare opportuno procedere all’enucleazione dei presupposti concettuali della convergenza di norme, al fine d’individuare le ipotesi in cui applicare i vari criteri elaborati dalla dottrina per risolvere il “rompicapo” della convergenza apparente. Ciò, avendo sempre ben presente che, come rilevato, il rapporto tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati appare collocarsi senza soluzione di continuità lungo un unico crinale. Non v’è discussione in ordine alla circostanza che entrambe le norme debbano essere – non solo necessariamente differenti tra di loro, bensì anche – sincronicamente vigenti¹¹. Diversamente, e cioè in caso di successione diacronica, si avrebbe (solo) un problema di diritto intertemporale. Nell’ambito dell’indagine sui presupposti della convergenza apparente la problematica più rilevante è quella in ordine al significato da attribuire al concetto di “stessa materia”, posto dall’art. 15 c.p. a base dell’operatività della regola della specialità in astratto in esso contenuta.

¹¹ Come rilevava già ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, 57.

Sul punto si è assistito, soprattutto negli orientamenti pretori, all'emersione di una corrente di pensiero in base alla quale "stessa materia" sarebbe sinonimo di identità di bene giuridico tutelato dalle norme concorrenti¹². I fautori di tale tesi sostengono che attribuire all'espressione in oggetto il significato di "medesima situazione di fatto" apparirebbe riduttivo se non, addirittura, inutile: poiché la sussistenza di uno "stesso fatto" costituisce il presupposto dell'operare del principio di specialità (essendo pacifico che le norme in rapporto di *genus ad speciem* convergono verso il medesimo fatto), la regola contenuta nell'art. 15 c.p. sarebbe del tutto ultronea. Secondo tale impostazione, dunque, si verificherebbe una situazione di concorso apparente di norme, tale da richiedere la selezione di una sola norma applicabile al caso concreto, solo ove le norme concorrenti tutelino il medesimo bene giuridico. Fuori da tale contesto, si dovrebbero applicare tutte le norme astrattamente coinvolte, esprimendo esse diversi aspetti di un disvalore complessivo.

Tale corrente di pensiero, un tempo prevalente, è oggi minoritaria in dottrina, anche se talvolta vi si trovano dei riferimenti espressi nell'ambito di alcuni orientamenti giurisprudenziali¹³.

¹² In dottrina SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937, 576; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 717; AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 340; CONTIERI, *Sul reato complesso*, in *Foro it.*, 1946, 636; DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, (rist.), Napoli, 1969, 282 ss.; PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit., 4 ss.; NUVOLONE, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1966, 345; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1942, 434; CAVALLO, *Diritto penale*, cit., 494; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, 581; MANNA, *Corso di diritto penale*, Milano, 2020, 467; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 523 ss.

¹³ BRUNELLI, *Il diritto penale*, cit., 190. Le Sezioni unite, come si vedrà *sub* Cap. III, par. 3.4, hanno recentemente abbandonato il criterio del bene giuridico come presupposto necessario per la convergenza apparente di fattispecie incriminatrici, riconoscendo l'apparenza del concorso tra due fattispecie (porto di arma comune da sparo *ex* artt. 4.1 e 7.1 l. n. 895/1967 e porto di arma clandestina *ex* art. 23, commi 1 e 4, l. n. 110/1975), ritenuti dalla giurisprudenza un tempo maggioritaria fattispecie in concorso formale tra loro.

La dottrina oggi maggioritaria, invece, opta per l'attribuzione – al sintagma “stessa materia” – del significato di medesima situazione fattuale sussumibile, di primo acchito, sotto più norme incriminatrici¹⁴. Diversi gli argomenti a sostegno dell'elaborazione teorica in parola.

In primo luogo, non è dato rinvenire, nell'art. 15 c.p., indici letterali che possano far propendere l'interprete per una limitazione del campo applicativo del principio di specialità al caso di oggettività giuridiche omogenee. Il che, peraltro, determinerebbe conseguenze pratiche insostenibili¹⁵. Inoltre, se si parte dalla natura schiettamente logico-formale della regola scolpita nell'art. 15 c.p., non si vede come possano in essa transitare considerazioni marcatamente valoriali, che finirebbero per dipendere in gran parte dagli orientamenti di politica criminale del legislatore. In subordine, deporrebbe altresì a favore di quest'impostazione la considerazione per cui il termine “materia”, presente nel corpo dell'art. 15 c.p., coincida sia con la *littera* dell'art. 16 c.p. (il quale si riferisce alle “materie” regolate da altre leggi penali), sia con quella dell'art. 15 delle Preleggi, in tema di abrogazione tacita della norma, in cui il riferimento alla “intera materia” già disciplinata dalla legge anteriore non può che riferirsi

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 510 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss.; VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 283.

¹⁵ Si pensi ai rapporti tra il delitto, oggi “civilizzato”, d'ingiuria e la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale, oppure ai rapporti tra appropriazione indebita e peculato: in queste ipotesi, poiché il bene giuridico tutelato dalle norme confrontate è disomogeneo, si dovrebbe concludere per la sussistenza di un concorso formale di reati. F. MANTOVANI (*Concorso e conflitto*, cit., 352) ritiene che, in questi casi, se si vuole aderire alla tesi in oggetto, una delle due fattispecie debba essere considerata come plurioffensiva, riducendo – alla luce del *ne bis in idem* sostanziale – il rapporto strutturale tra le due fattispecie a quello di specialità unilaterale. In tal modo, l'oltraggio a pubblico ufficiale potrebbe essere considerato plurioffensivo, dal momento che non offende solo la pubblica amministrazione, ma anche l'onore del pubblico ufficiale.

ai singoli settori dell'attività umana che le singole normative hanno il compito di disciplinare¹⁶.

Va dato comunque sconto di ulteriori orientamenti, seppur attualmente recessivi, formatisi in relazione al significato da imputare all'espressione "stessa materia".

Per i propugnatori della teoria naturalistica della specialità in concreto¹⁷, il presupposto in argomento si sarebbe dovuto riferire al medesimo fatto concreto qualificabile in base a più norme incriminatrici, pur se queste ultime non si trovino tra loro in rapporto strutturale di specialità¹⁸. A tanto, però, potrebbe agevolmente obiettarsi che il "medesimo fatto concreto" è proprio il presupposto del concorso formale di reati¹⁹. E esso, dunque, non potrebbe fungere da presupposto (anche) del concorso apparente di norme, senza previamente interrogarsi sugli effettivi rapporti strutturali intercorrenti tra le fattispecie; diversamente, il disposto dell'art. 81, comma 1, c.p., sarebbe soggetto ad *interpretatio abrogans*. Va detto, però, che quanti aderiscono alla tesi naturalistica della specialità in concreto obiettano, a loro volta, che così ragionando si sovrapporrebbe il concetto di "stessa materia" con quello di specialità, ossia l'identificazione dei presupposti della convergenza con l'individuazione dei criteri alla luce dei quali risolvere i rapporti tra le norme in discussione.

¹⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 176.

¹⁷ Sulle tesi naturalistiche, agganciate al concetto di specialità in concreto, si veda *infra*, par. 8.1.

¹⁸ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 2018, 222. L'illustre Autore osserva che, ove non si attribuisse tale significato all'art. 15 c.p., la norma apparirebbe inutile e superflua, posto che la prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale è un criterio d'interpretazione sistematica valido in ogni ramo dell'ordinamento senza necessità che esso sia espressamente previsto; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 1014.

¹⁹ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, Torino, 2013, 49.

Infine, la condivisione delle teorie pluralistiche²⁰, come si vedrà, implica che il concetto di medesimezza di materia vada inteso come identità di disvalore, attribuendo – in tal modo – precipua rilevanza all’esistenza di un medesimo fatto giuridico, piuttosto che all’esistenza di un determinato rapporto strutturale tra fattispecie. Ma l’unitarietà di disvalore è – non il presupposto della convergenza, bensì – l’approdo cui si giunge una volta risolti i problemi di pluralità apparente: la conclusione nel senso dell’esistenza di un disvalore unico deriva, dunque, da una valutazione ermeneutica. L’unità di disvalore, dunque, non è il presupposto della convergenza apparente, bensì l’esito raggiunto – in base alle tesi pluralistiche, utilizzando criteri di valore – successivamente alla risoluzione della problematica della pluralità apparente.

Si deve quindi concludere per l’attribuzione, all’espressione “stessa materia”, del significato di “necessaria esistenza di determinati rapporti strutturali tra fattispecie”. Ciò in quanto l’abbandono della tesi della specialità in concreto ha causato il rifiuto di risolvere il concorso apparente di norme a partire dalle concrete modalità di realizzazione della fattispecie. Basti qui rilevare che, affinché le norme possano essere – seguendo l’argomentazione in parola – in concorso apparente, esse non devono trovarsi in rapporto di totale eterogeneità reciproca, in guisa da essere idonee a regolare, in astratto, un identico sostrato naturalistico (*id est*, una stessa azione od omissione)²¹. Qualora vengano commesse plurime azioni o plurime omissioni, il problema si sposterebbe dalla pluralità apparente a quella reale, rilevando allora un problema di – esclusivo – concorso materiale di reati, con le conseguenti problematiche in tema di trattamento sanzionatorio del medesimo.

²⁰ Si vedano gli Autori citati *sub* nt. 15.

²¹ PALAZZO, *Corso*, cit., 514.

4. La fisionomia del rapporto strutturale tra fattispecie astratte

Si è detto che l'elaborazione dottrinale maggiormente accreditata ritiene decisivo, per individuare il presupposto della convergenza di norme, il raffronto strutturale tra le fattispecie in astratto. La base "ideologica" di tale posizione si sviluppa come conseguenza del superamento delle teorie naturalistiche dell'unità del reato a favore di quelle sviluppatesi a partire da un'impostazione prettamente normativa: se, infatti, l'unità del reato è il frutto di una valutazione condotta – prim'ancora che sulla d'attualità della situazione concreta – alla luce dei rapporti esistenti tra le norme in discussione, è evidente come la convergenza apparente di norme debba focalizzarsi sui rapporti esistenti tra le fattispecie astratte.

Va evidenziato come l'analisi dei possibili rapporti strutturali intercorrenti tra le fattispecie preceda l'indagine sui criteri risolutivi del concorso apparente.

Talune voci dottrinali considerano, preliminarmente, due situazioni, le quali vanno certamente escluse dalla tematica che qui occupa. Esse sono, rispettivamente, il rapporto d'identità e quello di totale estraneità tra norme.

Quanto al primo, esso fa riferimento al caso in cui le due fattispecie astratte appaiano, visivamente, come due cerchi perfettamente tra di loro sovrapponibili. Ma in tal caso, evidentemente, non si pone un problema di convergenza apparente di norme bensì, al più, di abrogazione (tacita) o di rapporto tra ordinamenti aventi un ambito territoriale di applicazione distinto²².

Con riferimento al rapporto di totale estraneità tra norme, viceversa, potrà al più rilevare un problema di trattamento sanzionatorio di fatti, qualificati

²² B. ROMANO, *Guida alla parte generale del codice penale*, Padova, 2009, 403.

questi ultimi alla stregua di fattispecie astratte che, graficamente, possono essere rappresentate come due cerchi privi di porzioni comuni²³.

La problematica più densa a livello classificatorio è, tuttavia, quella posta dalla nozione di specialità²⁴, sotto il cui ombrello vengono comunemente ricompresi fenomeni anche molto distanti tra loro²⁵.

La prima declinazione del fenomeno della specialità è, senza dubbio, quella visivamente estrinsecantesi nell'immagine dei cerchi concentrici, ove l'uno (norma generale) contiene al proprio interno quello meno esteso (norma speciale)²⁶. In assenza di quest'ultima i fatti da essa regolati rientrerebbero, *ictu oculi*, nel regime previsto dalla prima. Sono, questi, i casi abitualmente denominati di "specialità unilaterale", in cui solo una delle due norme presenta elementi specializzanti rispetto all'altra²⁷.

Questa prima tipologia di "specialità" può caratterizzarsi, a sua volta, come specialità "per aggiunta" o specialità "per specificazione". Mentre quest'ultima indica le situazioni in cui una norma specifiche ulteriormente tutti o alcuni degli elementi costitutivi già previsti dalla *lex generalis*, la specialità per aggiunta concretizzerebbe le ipotesi in cui, al posto di una specificazione ulteriore, la *lex specialis* addizionerebbe elementi non previsti dalla fattispecie generale²⁸.

²³ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 40 ss.; VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 269; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 513.

²⁴ MORO, *Unità e pluralità*, cit., 48; ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 3; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 175.

²⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 160 ss.

²⁶ PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 218.

²⁷ G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss.; VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 271 ss.

²⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 25 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 225; ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Padova, 2007, 124; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 127 ss.; in ambito giusfilosofico ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, 326.

Lo sforzo tassonomico condotto da autorevole dottrina raffina la classificazione, qualificando la specialità unilaterale per specificazione come “specialità per coincidenza tra fattispecie e sottofattispecie” e quella per aggiunta come “specialità per coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo”²⁹.

Non v'è dubbio, quale che sia la scelta semantica preferita, che entrambe le ipotesi in parola pongano problemi di concorso apparente di norme. Se tanto appare indiscutibile per la specialità unilaterale per specificazione, qualche dubbio potrebbe avanzarsi con riferimento alla specialità unilaterale per aggiunta: ma l'opinione dottrinale unanime concorda nel ritenere che anche in questo caso esista un problema di concorso apparente, risolto a favore della fattispecie addizionante speciale³⁰.

Le ipotesi più problematiche, costituenti il vero *punctum dolens* in tema di concorso apparente di norme, sono tuttavia rappresentate dai casi in cui le norme siano in rapporto d'interferenza reciproca; ovverosia, qualora entrambe presentino – a fronte di un nucleo comune – uno o più elementi differenti rispetto all'altra. È, questo, il caso della specialità cd. reciproca o bilaterale. Graficamente, le norme possono essere delineate come due cerchi intersecantisi³¹. Questi casi, che *prima facie* dovrebbero essere inquadrati nell'alveo del concorso di reati, sovente offrono il destro per l'elaborazione di teoriche che possano condurre all'individuazione di un reato unico e, a monte, di un concorso apparente di norme.

La specialità bilaterale si caratterizza dunque per la presenza – nelle norme che vengono in rilievo – di elementi reciprocamente specializzanti. Anche se, va detto, parte della dottrina critica tale acquisizione, propendendo per la riconduzione di dette ipotesi di rapporti strutturali tra fattispecie nell'ambito dell'interferenza, concetto avulso – quest'ultimo – dalla nozione

²⁹ Si fa riferimento alla nota intuizione di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 178 ss., ripresa e ulteriormente valorizzata da G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., *passim*.

³⁰ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 189.

³¹ PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 220 ss.

di specialità. Con la conseguenza, però, di schiudere le porte all'indefettibile applicazione del concorso di reati³².

Proprio sul terreno dei rapporti tra interferenza e specialità bilaterale si è assistito al sorgere d'interpretazioni non univoche, che hanno pregiudicato non poco l'ambito applicativo della stessa nozione di specialità. Mentre per alcuni Autori la specialità bilaterale altro non sarebbe che un'ipotesi peculiare d'interferenza tra norme³³, i fautori di altro orientamento predicano una netta differenziazione tra le categorie in esame, in quanto l'interferenza – intendendo per tale il rapporto tra norme in cui ad un nucleo comune si affiancano elementi reciprocamente eterogenei – costituirebbe la tipica manifestazione del concorso formale di reati³⁴. La specialità bilaterale, al contrario, si manifesterebbe quale terreno d'elezione della convergenza apparente, in virtù della coniugazione – accanto al nucleo comune delle fattispecie – di elementi specularmente specializzanti. L'autorevole dottrina cui si è da ultimo fatto cenno si profonde in un pregevole sforzo tassonomico, ripartendo a sua volta la specialità bilaterale in specialità reciproca “per coincidenza tra sottofattispecie” e la specialità reciproca “per coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare”.

L'elaborazione maggiormente accreditata, fondata su di un'ulteriore e diversa ricostruzione dei rapporti tra specialità reciproca ed interferenza, delinea invece i rapporti tra le due figure nel senso di riportare entrambe sotto l'egida della macrocategoria costituita dalla specialità bilaterale (o

³² PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 14 ss.; PALAZZO, *Corso*, cit., 527, distingue tra interferenza e specialità bilaterale: la prima corrisponderebbe a quel rapporto che Giovannangelo De Francesco definisce come “specialità bilaterale per aggiunta” e che giustifica un concorso formale di reati, mentre la specialità bilaterale sembra invece coincidere con quanto l'ultimo Autore definisce “specialità bilaterale per specificazione”.

³³ B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 404.

³⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 224.

reciproca). Fondata su importanti contributi dottrinali³⁵, la chiave di lettura offerta dall'orientamento in parola si fonda sulla considerazione per cui tutti i rapporti strutturali tra fattispecie, presupposto della convergenza apparente, impongono la sussistenza di un'identità di materia, a norma della regola codicistica prevista nell'art. 15 c.p. Tale presupposto non impone la presenza di una materia identica, bensì semplicemente una non diversità. Proseguendo nell'argomentazione, si può concludere che quando

³⁵ Ci si riferisce alla teoria di G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss. Come si è avuto modo di accennare nel corpo del testo, l'autore distingue la specialità bilaterale in tre sottocategorie. La specialità bilaterale è "bilateralmente per specificazione" quando ogni fattispecie è caratterizzata da elementi speciali rispetto all'altra. Gli elementi per cui differiscono le due fattispecie non sono tra loro identici, ma neppure diversi, perché sono riconducibili ad una stessa categoria più generale; quindi, sussistono i presupposti per la convergenza apparente di norme. La specialità bilaterale, poi, è "unilateralmente per specificazione (o per aggiunta)" quando una fattispecie richiede un elemento speciale rispetto a quello di un'altra fattispecie, ma quest'ultima richiede un elemento ulteriore rispetto alla prima. Tale rapporto di specialità sarebbe quello che, più di frequente, può venirsi a determinare tra fattispecie di parte speciale. Anche in tal caso sarebbe predicabile un concorso apparente di norme, con la riconduzione delle fattispecie ad una stessa materia, perché, valutando gli elementi per cui le due fattispecie differiscono, quelli legati da un rapporto di genere a specie sono comunque riconducibili ad una stessa materia. L'elemento aggiuntivo non può essere considerato un elemento di diversità rispetto all'altra fattispecie, perché, non trovando alcun corrispettivo, non sussiste alcun termine di paragone. I casi, viceversa, di specialità bilaterale "bilateralmente per aggiunta", saranno destinati ad essere esclusi dalla convergenza apparente e a determinare un'ipotesi di concorso formale di reati. Va da sé che le ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta o per specificazione sicuramente determinano un problema di concorso apparente di norme. Nel primo caso, infatti, gli elementi di una fattispecie appartengono al *genus* degli elementi dell'altra fattispecie; ragion per cui essi non costituiscono un'identica materia ma, certamente, non costituiscono neppure una materia diversa. Nel secondo caso, invece, accanto ad elementi analoghi sussiste un elemento ulteriore, il quale non troverebbe però un proprio corrispondente in nessun altro elemento della fattispecie a dolo generico e, pertanto, non essendovi alcun termine di paragone, non sarà possibile affermare che si tratti di una materia "diversa".

gli elementi di due fattispecie sono in relazione di *genus ad speciem* essi, pur non essendo identici, non sono diversi, perché appartengono alla medesima macrocategoria (specialità bilaterale bilateralmente per specificazione). In egual modo, se una fattispecie aggiunge un elemento strutturale rispetto ad un'altra, la relazione di specialità permane, in quanto detto elemento non possiede termini di comparazione nell'altra fattispecie, per cui non è possibile muovere né un giudizio d'identità, né uno di diversità (specialità bilaterale unilateralmente per specificazione o per aggiunta). Diversità di materia (e quindi, seguendo la tesi in argomento, assenza di un rapporto di specialità legittimante l'applicazione dei canoni risolutivi della convergenza apparente) si avrebbe solo nell'ipotesi in cui ciascuna delle due fattispecie contenga un elemento reciprocamente aggiuntivo, in quanto i due elementi sono certamente tra di loro differenti (specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta). La convergenza, in definitiva, sarebbe apparente (in virtù della sussistenza di una "stessa materia") ove tutti gli elementi di fattispecie possano essere ricondotti ad un'unica categoria generica, oppure allorquando le fattispecie contengano elementi identici ed elementi riconducibili al medesimo *genus*, oppure ancora qualora un elemento di fattispecie, mancando un valido termine di paragone, non rinvenga alcun corrispondente negli elementi dell'altra fattispecie (non potendo gli elementi qualificarsi come differenti). La convergenza reale si avrebbe solo nel caso in cui le norme presentino elementi reciprocamente aggiuntivi: è, quest'ultima, l'ipotesi appunto della specialità bilaterale "bilateralmente per aggiunta".

Non va sottaciuta l'affinità, negli esiti, tra la tesi ora esposta e quella di altra, autorevole, dottrina³⁶: la nozione di specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie, infatti, altro non sarebbe che quella di specialità bilaterale bilateralmente per specificazione, così come quella di specialità reciproca per coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare ricalca il concetto di

³⁶ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 208.

specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta. Restano esclusi dalla specialità, implicante convergenza apparente, i casi di norme eterogenee ed incompatibili, nonché quelli, diversamente denominati (come visto), d'interferenza o di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, che aprono il varco al solo concorso formale di reati.

I concetti introdotti nel presente paragrafo verranno in gran parte utilizzati per l'analisi delle teorie moniste e, all'interno di queste ultime, per l'indagine sui confini della variante costituita dalla tesi strutturalista³⁷.

5. La risoluzione del concorso mediante lo svolgimento del giudizio di tipicità. Il concorso omogeneo apparente per capacità di continenza della singola fattispecie incriminatrice. Le norme a più fattispecie e le disposizioni a più norme

Si è accennato, in precedenza³⁸, al caso in cui il dubbio sulla ricorrenza, nel caso di specie, di una convergenza apparente ovvero di un concorso di reati possa essere sciolto sulla base dell'ordinario giudizio sulla tipicità della fattispecie. Questo tipo di giudizio può risultare utile, tanto nel concorso omogeneo che in quello eterogeneo di reati, al fine di concludere per l'applicabilità di una sola fattispecie astratta di reato³⁹.

Quanto all'ipotesi di una possibile ricorrenza del concorso omogeneo di reati, va detto che esso viene in gioco ogniqualvolta sussista una chiara cesura temporale e spaziale tra i diversi "episodi di vita", ognuno dei quali appare riconducibile alla medesima fattispecie di reato⁴⁰. Tuttavia, una più prudente valutazione della struttura del fatto tipico di reato può a volte,

³⁷ Sul punto si rinvia al par. 8.2.

³⁸ Cfr. Cap. I, par. 3.

³⁹ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 269.

⁴⁰ MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1162 ss.

indurre a ritenere che la norma incriminatrice sia idonea a ricomprendere in sé le plurime condotte, realizzatesi in differenti contesti spazio-temporali, in modo da concretizzare un'unica violazione della singola fattispecie astratta.

Ci si riferisce, oltre che alle ipotesi del reato abituale, alle ipotesi di disposizioni, le quali prevedano - nella singola formulazione o in diversi commi o numeri alla stessa appartenenti - la descrizione di plurime condotte, tutte punite con la medesima sanzione penale.

La classificazione invalsa in dottrina differenzia l'ipotesi delle "norme a più fattispecie" (denominate altresì "norme miste alternative") da quella delle "disposizioni a più norme" (o "norme miste cumulative"). Mentre nel primo caso si avrebbe una descrizione di modalità alternative di un unico reato, per la cui realizzazione è sufficiente la commissione anche di una sola delle condotte tipizzate (e che resta unico anche in presenza di una pluralità di condotte), l'altra ipotesi farebbe riferimento al caso in cui un'unica disposizione di legge contenga, in realtà, una pluralità di fattispecie astratte di reato, le quali potrebbero astrattamente concorrere tra di loro.

La tecnica legislativa esasperatamente casistica, attualmente prediletta dal legislatore, rende estremamente complesso lo scioglimento della riserva in ordine alla reale portata delle disposizioni in argomento.

Emblematica di tale tecnica legislativa è il disposto dell'art. 216 della legge fallimentare (transitato, dopo la riforma attuata con il "Nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", di cui al d. lgs. n. 14 del 2019, nell'art. 322 di quest'ultimo *corpus* normativo), che sanziona fatti - seppur diversi tra di loro - di bancarotta patrimoniale e di bancarotta documentale, commessi nell'ambito della medesima procedura fallimentare. In questo caso, secondo la dottrina maggioritaria⁴¹, ci si troverebbe dinanzi ad una norma a più fattispecie, poiché la norma resta unitaria, pur descrivendo al proprio interno comportamenti sostanzialmente analoghi. Similmente può dirsi per

⁴¹ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 342.

le fattispecie di danneggiamento *ex art.* 635 c.p. e di ricettazione *ex art.* 648 c.p., la cui pluralità di condotte in esse contenute esplicita chiaramente la natura di norma a più fattispecie propria della previsione incriminatrice codicistica.

Non sono mancate, tuttavia, ipotesi che hanno determinato un acceso dibattito in ordine alla qualificazione di una norma in un senso o nell'altro: si pensi alla fattispecie prevista nell'art. 3 della legge n. 75 del 1958 (cd. Legge Merlin), la quale prevederebbe tante ipotesi di reato (astrattamente concorrenti fra di loro) quanti sono i numeri in essa contenuti⁴². Mentre, secondo altre interpretazioni, essa descriverebbe aspetti differenti del medesimo disvalore, con la conseguenza che la realizzazione di più condotte tra quelle previste darà luogo ad unicità di reato⁴³.

Ricondurre una norma all'una o all'altra delle citate categorie non risulta indifferente, essendo ciò decisivo ai fini della conclusione per la ricorrenza di un concorso di reati, dato che solo l'ipotesi della disposizione a più norme, com'è evidente, consente di affermare la ricorrenza di una pluralità di fatti di reato, dovendosi concludere, nel caso delle norme a più fattispecie, per l'applicabilità di una sola norma e per una sola volta (l'effettivo disvalore di azione o di evento potendo rilevare, al più, in sede di commisurazione della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p.).

Nei casi finora esaminati, l'affermazione o la negazione di un concorso omogeneo, in sostanza, parte dalla premessa necessaria di un'interpretazione della norma di parte speciale al fine di ricostruirne i profili costitutivi e valutarne la capacità di contenenza⁴⁴. La giurisprudenza, tuttavia, sembra ispirarsi anche in questi casi ad un criterio generale di carattere valutativo, condiviso da ampia dottrina⁴⁵, per cui vi sarebbe

⁴² CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, 55 ss.

⁴³ FORNARI, voce *Prostituzione*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1516.

⁴⁴ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 273.

⁴⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2019, 720.

concorso quando risulti offeso più volte, mediante un'azione unica o comunque un complesso di atti contenuti in un medesimo contesto cronologico, l'interesse protetto dalla norma penale.

Si precisa anche che ad una pluralità di vittime corrisponderebbe una pluralità di offese quando l'interesse tutelato sia di natura "personale" - si pensi alla vita o all'integrità fisica - ovvero strettamente connesso con il singolo soggetto titolare; altrettanto non accadrebbe, invece, in caso d'interessi non strettamente personali, quali, ad esempio, quelli di natura patrimoniale⁴⁶.

Gli orientamenti giurisprudenziali, sul punto della capacità di continenza della singola fattispecie di parte speciale in caso di (ritenuto) concorso omogeneo, appaiono fermi nell'applicare il criterio in parola.

Si è ritenuto, infatti, che un'unica falsa incolpazione ai danni di più soggetti passivi configuri una pluralità di calunnie in concorso formale⁴⁷ e che, a fronte di un'unica omessa prestazione di mezzi di sussistenza vi sarebbero tanti reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare - in concorso formale omogeneo - quanti sono i soggetti conviventi danneggiati⁴⁸.

Viceversa, nel caso in cui la fattispecie non tuteli beni individuali di una vittima, ma si caratterizzi per attribuire rilevanza alla relazione tra il soggetto attivo ed alcuni beni, si è giunti a sostenere che la molteplicità di questi ultimi - purché la condotta che li riguarda sia cronologicamente e spazialmente unitaria - non implichi di per sé una pluralità di violazioni

⁴⁶ Sottopone a critica l'impostazione ora esaminata BRUNELLI, *Azione unica*, cit., *passim*, per il quale il parametro del bene protetto finirebbe per attribuire un'ampia discrezionalità all'interprete, che potrebbe ritenere la fattispecie criminosa come avente natura plurioffensiva, a seconda che egli intenda attribuire prevalenza all'uno o all'altro dei beni giuridici in rilievo.

⁴⁷ Cass., 2 aprile 2008, n. 18745, *rv.* 239937.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 8413, in Cass. pen., 2008, 2751 ss., con nota di BELTRANI, Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza in danno di più familiari conviventi: non unità, ma pluralità di reati.

della norma penale, ma possa al più incidere sulla determinazione della pena in concreto⁴⁹.

Com'è stato acutamente osservato⁵⁰, il ricorso al criterio della pluralità o singolarità delle offese, in ragione della tipologia di bene tutelato, non implica - nell'affrontare la questione inerente alla capacità di continenza della singola fattispecie - l'abbandono di un'attenta interpretazione della singola disposizione incriminatrice e dei suoi, fondamentali, parametri strutturali. L'impostazione in oggetto considera la natura dell'interesse salvaguardato quale appiglio teleologico utile a definire la capacità di continenza della fattispecie astratta di riferimento, con particolare attenzione al significato rivestito, al riguardo, dal connotato dell'identità del soggetto passivo o dell'unicità dell'oggetto materiale⁵¹.

In tali casi la questione appare risolta mediante uno specifico atto interpretativo della norma incriminatrice, come risulta evidente muovendo dall'analisi delle motivazioni di alcune delle sentenze citate, che ad una

⁴⁹ Con riferimento al reato, previsto dall'art. 2 della legge n. 895 del 1967, di detenzione abusiva di armi Cass., 13 novembre 2008, n. 44420, *rv.* 241659. Precedentemente la giurisprudenza era solita ritenere la sussistenza di tanti reati di detenzione - unificati dal vincolo della continuazione - quante erano le armi detenute, purché dotate di una propria specificità ed autonomia. In termini, Cass., 26 febbraio 2005, n. 15402, *rv.* 228827.

⁵⁰ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 275.

⁵¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 726 ss.

valutazione circa lo scopo di tutela della norma accompagnano considerazioni di carattere letterale, storico e sistematico⁵².

Questo approccio, del resto, appare il più corretto in quanto, come si vedrà⁵³, le considerazioni inerenti alla natura dell'interesse leso ed alla dimensione offensiva del fatto concreto non possono, *de iure condito*, costituire un valido referente per l'affermazione o la negazione di un concorso di norme o di reati, ma potrebbero invece contribuire – in chiave di riforma⁵⁴ e sempre insieme ad altri criteri ermeneutici – ad una più corretta ricostruzione della struttura della fattispecie criminosa: unico, legittimo, parametro per la soluzione del problema in discussione. I criteri valutativi potranno allora intervenire in via sussidiaria, qualora il rigoroso utilizzo di parametri strutturali conduca a soluzioni irragionevoli di tutela, in modo da riaffermare le istanze equitative sottese alle esigenze di prevenzione ed integrazione della sanzione penale.

⁵² Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, cit., la quale argomenta dalla mutata natura dell'interesse tutelato, a seguito della riconsiderazione che la Costituzione ha compiuto della famiglia, intendendola non più come un'entità personificata dotata di propri interessi sovraindividuali, bensì come formazione sociale al cui interno si sviluppano i diritti dei singoli membri familiari. In tal modo, deve ritenersi che una singola inottemperanza a doveri familiari non implichi la lesione ad un unico diritto della famiglia, bensì essa offende tanti singoli diritti nella famiglia. Tuttavia, l'argomentazione è irrobustita dal rilievo assunto dall'esigenza di un raccordo sistematico con l'art. 570, comma 2, n. 1 c.p., in cui appare chiaro come il singolo reato sia correlato all'identità del singolo figlio o del singolo coniuge vittima dell'inottemperanza agli obblighi di assistenza.

⁵³ Sul punto, con particolare riferimento alla penetrazione di considerazioni valoriali nell'ambito delle elaborazioni pretori, si veda il Cap. III, par. 2.

⁵⁴ Cfr. *sub* Cap. V.

6. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità

L'ipotesi in cui, *prima facie*, ci si trovi al cospetto di un concorso formale eterogeneo può essere altresì esclusa qualora il fatto concretamente posto in essere risulti perfettamente inquadrabile – e, dunque, tipico – alla luce di un'unica fattispecie astratta di reato⁵⁵.

Si pensi all'ipotesi del compimento di atti osceni in luogo pubblico (fattispecie ora depenalizzata, a seguito del d. lgs. n. 8 del 2016): detti atti, se non implicanti un coinvolgimento delle zone erogene dello spettatore, non potranno dar luogo ad un concorso di reati con il delitto di violenza sessuale, bensì all'applicazione della sola fattispecie incriminatrice – oggi prevista quale illecito civile – di cui all'art. 527 c.p., perché, secondo un orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità, l'atto sessuale tipizzato dall'art. 609-*bis* c.p. richiede un coinvolgimento diretto delle zone erogene del soggetto passivo.

7. L'istituto del concorso apparente di norme nella sistematica del Codice Rocco. L'adesione al principio di specialità mediato dal riferimento al bene giuridico

I lavori preparatori del codice penale vigente consentono di comprendere come il legislatore del 1930 abbia inquadrato il problema dell'unità o pluralità di reati eterogenei e, quindi, i rapporti tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati⁵⁶.

⁵⁵ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 277.

⁵⁶ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit.

Il legislatore del 1930 ha individuato, quale criterio generale di soluzione della convergenza apparente di norme, il criterio della specialità, introdotto nell'art. 15 del codice penale⁵⁷.

Tale norma costituisce una rilevante novità rispetto all'impostazione del previgente Codice Zanardelli, il quale aveva viceversa previsto una serie di clausole nelle singole norme di parte speciale, riferentesi all'esistenza di particolari rapporti di specialità o di sussidiarietà tra fattispecie.

Quando, esaurito l'ambito del giudizio di tipicità della singola fattispecie (di cui si è trattato *supra*), si deve ritenere che nel fatto concreto siano riscontrabili i tratti somatici caratteristici di una pluralità di fattispecie penali, si può in primo luogo sostenere la natura apparente del concorso sulla base della regola scolpita nell'art. 15 c.p.

Va evidenziato come, sotto la vigenza del Codice Zanardelli, l'esigenza di discernere i casi di convergenza apparente da quelli di pluralità effettiva non fosse particolarmente avvertita, posto che l'art. 78 della previgente codificazione prevedeva, nel caso del concorso di reati, l'applicazione del criterio dell'assorbimento, mediante il quale avrebbe trovato spazio la pena prevista per il reato più grave.

Con l'entrata in vigore del codice del 1930, invece, si è posta l'esigenza di comprimere - per ragioni equitative e di giustizia sostanziale - l'ambito applicativo del concorso di reati a favore della disciplina del concorso apparente di norme. Non va sottaciuto, peraltro, come già rilevato, che l'impostazione originaria del codice penale oggi in vigore prevedeva, per il caso del concorso formale di reati, l'applicazione della regola del cumulo materiale (e non di quella, attualmente vigente, del cumulo giuridico); circostanza che rendeva ancora più pressante distinguere tra i fenomeni in parola⁵⁸.

⁵⁷ Come esempio, si pensi all'art. 175 del Codice Zanardelli, che disciplinava l'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale che avesse ordinato o commesso contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario "non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge".

⁵⁸ CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 1010.

L'art. 15 c.p., come già intravisto, possiede come unico ambito applicativo – di cui non si può ragionevolmente dubitare – quello della specialità unilaterale. È per questo che, in dottrina, ci si è da sempre interrogati tanto sulla possibile estensione del perimetro applicativo della specialità (tale da ricompredervi anche gli *hard cases*, costituiti dalle ipotesi di specialità bilaterale o reciproca), quanto sulla compresenza di criteri ulteriori rispetto alla stretta specialità, con ciò riferendosi ai canoni della sussidiarietà e della consunzione (o assorbimento, in cui si deve propendere per l'apparenza del concorso ogniqualvolta l'applicazione di una norma consenta di ritenere "assorbito" il disvalore promanante dalla fattispecie concreta), quali principi idonei ad affermare la natura apparente della convergenza⁵⁹. Mentre nel caso della sussidiarietà è la singola norma a precisare la propria applicabilità subordinata (*relativamente indeterminata, determinata, indeterminata*), il principio di consunzione (o assorbimento) indurrebbe a ritenere la sussistenza di una convergenza apparente qualora l'applicazione di una sola delle norme in gioco sia idonea ad assorbire la totalità del disvalore promanante dalla fattispecie concreta.

L'elaborazione dottrinale (seguita, a ruota, da taluni orientamenti pretori) non è stata in grado, tuttavia, di restituire un quadro omogeneo quanto all'*ubi consistam* dei criteri alternativi alla specialità da utilizzare per la risoluzione dei casi di convergenza di norme. Ciò, se considerato congiuntamente ai problemi recati dalla stessa perimetrazione della portata dello stesso principio di specialità, ben può far intravedere come una delle due esigenze poste, secondo autorevole dottrina, alla base della disciplina del concorso apparente di norme (ovverosia quella di conferire certezza ai rapporti tra norme penali), sia stata totalmente obliterata⁶⁰.

In realtà, potrebbe legittimamente sostenersi che il *vulnus* alle esigenze di certezza sia stato determinato proprio dagli sforzi, profusi da quella parte

⁵⁹ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 345.

⁶⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, 159.

della dottrina che si riconosce nelle teorie cd. pluralistiche, finalizzati a soddisfare l'esigenza di *aequitas* nella conformazione dell'istituto del concorso apparente di norme, al fine di sottrarre spazio alla finitima categoria del concorso di reati⁶¹. Tant'è che anche la dottrina più oltranzista, tradizionalmente restia a riconoscere legittimazione autonoma ai criteri "altri" dalla specialità, finisce per attribuire alla regola contenuta nell'art. 15 c.p. una potenzialità più estesa, al fine di accogliere l'istanza equitativa che innerva l'istituto del *ne bis in idem* sostanziale⁶².

Un'analisi della Relazione di accompagnamento al Codice Rocco può, tuttavia, risultare utile per comprendere l'impostazione offerta dai compilatori in tema di convergenza apparente. Impostazione che, peraltro, parrebbe porsi in netto contrasto – quanto al significato da attribuire al sintagma "stessa materia" – con le principali tesi dottrinali manifestatesi negli anni successivi alla compilazione.

Dalla lettura della Relazione pare emergere come il legislatore abbia inteso il criterio della specialità in modo estremamente ampio, tale da farvi refluire anche i rapporti di sussidiarietà tra le fattispecie. Infatti, per offrire all'interprete un'utile piattaforma orientativa, le clausole di sussidiarietà presenti nella parte speciale del codice, a mente della Relazione illustrativa, costituirebbero "sintomi" del rapporto di specialità tra norme⁶³.

Il criterio della specialità, del resto, si applica altresì ai rapporti tra circostanze⁶⁴.

⁶¹ MUSCATIELLO, *Pluralità e unità*, cit., 398.

⁶² M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 176.

⁶³ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 58, ove si legge che "per meglio imprimere, a talune fra più norme comprese nello stesso Codice, il carattere di norme generali rispetto ad altre relative alla stessa materia, ho ritenuto talora di dovere inserire, nelle previsioni relative a singoli reati, la locuzione salvo che il fatto non sia preveduto da altra particolare disposizione di legge".

⁶⁴ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2020, 31.

Secondo l'intento dei compilatori, però il criterio della specialità sarebbe dovuto rimanere circoscritto ai rapporti tra fattispecie poste a tutela di una stessa oggettività giuridica: nella Relazione, infatti, si suggerisce la qualificazione della vicenda concreta come concorso formale di reati, qualora le norme convergenti – pur se violate con una stessa azione od omissione – tutelino beni giuridici tra loro differenti⁶⁵. Nell'impostazione originaria, dunque, l'elemento differenziale tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati avrebbe dovuto essere individuato nell'omogeneità (o, viceversa, nell'eterogeneità) del bene giuridico tutelato⁶⁶. Così ragionando, il significato da attribuire all'espressione "stessa materia", contenuta nell'art. 15 c.p., avrebbe finito per coincidere

⁶⁵ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 58, ove si afferma che "può darsi tuttavia, che per lo stesso fatto siano applicabili due disposizioni, aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni a beni giuridici diversi. La disciplina di tale ipotesi rimane fuori, naturalmente, dall'art. 15 e trova la sua disciplina nell'art. 84 [tale ultimo articolo diverrà, nella versione definitiva del codice penale, l'attuale art. 8, n.d.a.]».

⁶⁶ ROCCO, *Relazione al Libro I del Progetto*, cit., 59, in cui si sostiene che "il concorso di norme giuridiche è un istituto del tutto diverso dal concorso di reati. Nell'uno, la tutela dello stesso bene giuridico, o, come dicesi comunemente, della stessa materia, viene regolata da una pluralità di norme, talché sorge il problema della scelta della norma che deve essere applicata, non potendo lo stesso reato essere punito più volte; nell'altro, viceversa, più beni giuridici distinti vengono penalmente tutelati e sorge, quindi, il dubbio se, verificandosi la lesione non di uno soltanto di tali beni, ma di vari fra essi, sia pure per effetto di un'azione o di un'omissione unica, si debba punire il colpevole per ognuna delle lesioni cagionate. Nell'uno, insomma, il reato rimane unico, nonostante la pluralità delle norme giuridiche che lo prevedono, e si è, quindi, fuori dell'istituto del concorso di reati; nell'altro, invece, alla pluralità effettiva dei beni violati corrisponde una pluralità d'infrazioni giuridiche nonostante l'apparente unicità del processo esecutivo, con cui esse sono commesse, e si versa, quindi, precisamente in tema di concorso di reati. Ora, tale netta separazione dei due istituti ho creduto ben fissare negli artt. 15 e 84 del Progetto, anche per rendere più chiara ed ovvia la soluzione che l'art. 84 [poi divenuto l'attuale art. 81 c.p., n.d.a.], discostandosi dal vigente Codice, adotta in tema di concorso formale di reati. Questa soluzione, lungi dal consacrare la regola dell'assorbimento, riafferma anche in questo istituto l'esigenza di applicare tante pene quante sono le violazioni".

con quella di “medesima oggettività giuridica”. Una chiave di lettura, come si è visto⁶⁷, nettamente rifiutata dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti. La specialità costituirebbe, allora, l’unico criterio espresso di risoluzione dei casi di convergenza apparente d’illeciti. Va però evidenziato come lo stesso art. 15 del codice concepisca la presenza di criteri “altri”, rispetto alla specialità logico-formale, quali metodi di risoluzione della convergenza apparente. Ci si riferisce, evidentemente, alla – impropriamente definibile come – clausola di sussidiarietà contenuta nella disposizione codicistica (“salvo che non sia altrimenti stabilito”).

Proprio alla luce di tale dato normativo è dato registrare la presenza d’ipotesi in cui, derogando alla regola della *lex specialis*, è lo stesso legislatore – reputando unitario il disvalore della vicenda che potrebbe astrattamente caratterizzare il “quadro di vita” – a unificare *ex ante* il trattamento sanzionatorio delle ipotesi di convergenza tra norme di parte speciale: si fa riferimento agli istituti del reato complesso, del reato progressivo e del reato aberrante, definiti dal compilatore quali modalità opportunamente escogitate per attenuare l’inasprimento eccessivo delle pene⁶⁸.

A tali ipotesi, derogatorie – nel quadro tracciato da Rocco – della specialità in astratto, vanno ricondotti i casi in cui sono presenti clausole di sussidiarietà relativamente indeterminate, le quali – pur sussistendo offese a diversi beni giuridici – impongono l’applicazione di una sanzione unica, considerata idonea ad assorbire il disvalore complessivo del fatto realizzato⁶⁹.

⁶⁷ Si veda *supra*, par. 3.

⁶⁸ Sugli istituti in argomento, si veda il Cap. IV.

⁶⁹ ROCCO, *Relazione al Libro I del Progetto*, cit., 137, in cui si afferma: «Riferendomi a valutazioni contingenti, non ho escluso, nella Parte speciale del Progetto, che pur nella ipotesi di violazioni plurime dei beni giuridici diversi, possa talvolta l’applicazione della pena più grave bastare da sola a colpire i vari reati, adottando per tali casi eccezionali il sistema dell’assorbimento, che oggi l’art. 78 del codice vigente accoglie in via di principio.

8. Le teorie moniste

I sostenitori delle teorie moniste caratterizzano il loro argomentare per il riferimento, quale criterio risolutore della convergenza apparente di norme, al solo canone *lex specialis derogat legi generali*, l'unico esplicitamente previsto dall'ordito normativo, che inibirebbe il ricorso ad altri criteri⁷⁰.

L'accoglimento della specialità quale regola ordinante le ipotesi di concorso apparente di norme è, come detto, uno dei pochi punti fermi *in subiecta materia*. Si vedrà presto come la sua utilizzazione appaia del tutto insufficiente per risolvere tutte le ipotesi astrattamente concepibili di convergenza tra norme.

Va premesso che il principio di specialità, prima che svolgere la funzione di canone risolutivo della convergenza normativa, si pone – accanto ai criteri gerarchico, cronologico e di competenza – quale mezzo di risoluzione delle antinomie, a prescindere dal ramo del diritto in cui queste ultime vengano ad esistere (*lex specialis derogat legi generali, in toto iure generi per speciem derogatur*)⁷¹.

Traslando tale principio nell'alveo della teoria generale del reato, si giunge ad affermare che la disciplina stabilita nell'art. 15 c.p. esprime una regola generale dell'argomentazione logico-giuridica, che troverebbe applicazione anche in assenza di una disciplina espressamente contenuta nelle "regole d'ingaggio" previste dalla parte generale del codice⁷².

A indicare tale deroga al criterio direttivo dell'art. 84 del Progetto, ho adoperato, nelle singole disposizioni della Parte speciale, una formula costante, vale a dire locuzione "salvo che il fatto costituisca reato più grave"».

⁷⁰ Per un'analisi prospettica del principio, anche in settori ordinamentali ulteriori rispetto a quello penalistico, ZORZETTO, *La norma speciale*, cit., *passim*.

⁷¹ BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2021, 300.

⁷² M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 175; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 40.

L'operatività logica di tale principio viene in rilievo allorché tutti gli elementi previsti dalla fattispecie generale risultino contenuti nella fattispecie speciale, la quale però contiene anche ulteriori elementi, cd. specializzanti, che ne impongono l'applicazione in luogo della *lex generalis*⁷³.

Per tentare di attribuire una consistenza "geometrica" al concetto di specialità sottinteso dall'art. 15 c.p. (e, a monte, dalla stessa teoria generale del diritto), si potrebbe, come già rilevato, agevolmente ricorrere alla figura dei cerchi concentrici: la disposizione speciale contiene tutti gli elementi della fattispecie generale, oltre ad almeno un ulteriore elemento speciale, con la conseguenza che l'insieme dei casi disciplinati dalla norma speciale costituisce sottoinsieme della classe di condotte regolate dalla norma generale. Ma non vale il contrario: non tutti i fatti astrattamente sussumibili nell'area della norma generale rientrano anche in quella speciale.

Da un punto di vista metodologico, il percorso intrapreso dai sostenitori della teoria "pura" della specialità si fonda sulla scomposizione delle fattispecie astratte nei loro elementi costitutivi e nello svolgimento di un raffronto della fisionomia dei medesimi considerati per classi omogenee (tra cui assumono preminente rilievo le qualifiche soggettive, la condotta, l'evento, l'elemento soggettivo), per verificare se possa sussistere, tra le fattispecie in esame, un rapporto di genere a specie⁷⁴.

È agevole accorgersi come solo la specialità unilaterale (ossia rapporto tra norme in cui l'una è interamente contenuta nell'altra) possa essere pienamente ricondotta alla disciplina contenuta nell'art. 15 del codice. Ma, come visto, a tale conclusione si sarebbe potuti giungere semplicemente applicando le ordinarie regole in tema di risoluzione delle antinomie normative. Proprio in virtù di tale acquisizione sono germinate un nugolo d'impostazioni teoretiche alternative le quali, pur mantenendosi -

⁷³ ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 611.

⁷⁴ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 344.

quantomeno semanticamente – nell’ambito dell’impostazione monista, hanno tentato di estendere il perimetro applicativo del principio di specialità oltre le strette maglie della specialità unilaterale, evidentemente insufficiente a governare le sterminate ipotesi di “interferenza” tra norme. La tendenza in argomento si è manifestata in una duplice direzione, pur sempre fondata sull’interpretazione del concetto di “stessa materia”. Da una parte si situano quanti, agendo sulla nozione in parola, individuano l’apparenza del concorso anche qualora due fattispecie astratte non siano in rapporto di *genus ad speciem* (ma comunque applicandovi la disciplina ricavabile dall’art. 15 c.p.)⁷⁵. Dall’altro versante, invece, si collocano coloro che – attraverso l’estensione del campo applicativo dell’espressione “stessa materia” – vi riconducono (anche) le ipotesi di specialità cd. in concreto⁷⁶. La genesi, nell’ambito delle teorie moniste, di orientamenti aperti ad un’applicazione più ampia della regola contenuta nell’art. 15 c.p. è da ricondurre allora alle diverse interpretazioni germinate in ordine al concetto di “stessa materia” che, come si è visto, è posto dalla norma in parola quale presupposto applicativo dell’operare del principio di

⁷⁵ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 652; G. SABATINI, *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola pos.*, 1932, 194. Tale impostazione risulta respinta già da FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 257 ss., secondo cui una simile impostazione condurrebbe a ritenere inoperante il concorso apparente anche in ipotesi di solare specialità unilaterale, come nel rapporto fra appropriazione indebita e peculato. Nello stesso senso anche ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, cit., 611 e MORO, *Unità e pluralità*, cit., 54. Secondo G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 6, il bene giuridico è elemento che non viene regolato, bensì tutelato dalla fattispecie incriminatrice. Conseguentemente, la tesi che riempie il concetto di “stessa materia” mal si concilierebbe con la dizione dell’art. 15 c.p., il quale discorre di “regolazione”, da parte di più leggi penali, della stessa materia.

⁷⁶ DELITALA, *Concorso di norme*, cit., 110; NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 200 ss.; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 73 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente*, cit., 96; MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 262.

specialità (e, a monte, della stessa ricorrenza di un concorso apparente di norme).

La valorizzazione dell'espressione in esame (una volta abbandonata la prospettiva rigidamente formalista, per cui "stessa materia" indicherebbe il fatto descritto da due norme in un rapporto logico di specialità in astratto tra loro) ha condotto gli Autori ora menzionati ad identificare la medesimezza della materia vuoi con l'omogeneità del bene giuridico tutelato dalle norme in rilievo, vuoi con l'identità della situazione fattuale in concreto verificatasi, legittimando la ricomprensione - nell'alveo dell'art. 15 c.p. - anche della specialità cd. in concreto.

Mentre la prima corrente di pensiero, evidentemente piena di considerazioni di stampo valoriale (pur rimanendo agganciata all'applicazione del canone della specialità), ha animato per diverso tempo gli approdi di larga parte della giurisprudenza, il secondo orientamento costituisce l'esito delle teorie naturalistiche, che propagandano l'adesione al concetto di specialità in concreto quale grimaldello utile a forzare le rigide maglie della specialità di matrice logico-formale. Sotto tale, apparentemente unitario, angolo visuale, rientrano tuttavia impostazioni non poco divergenti tra di loro, tutte accomunate dalla valutazione dell'unità di reato in senso naturalistico, riscontrata nell'unitarietà del fatto umano concretamente verificatosi. In tal modo, anche ipotesi non riconducibili al paradigma della specialità unilaterale rientrerebbero sotto l'ombrello dell'art. 15 c.p.

Entrambe le tendenze in esame appaiono finalizzate a sottrarre le ipotesi di convergenza estranee al modello della specialità unilaterale in astratto all'applicazione della disciplina del concorso formale di reati, la quale avrebbe determinato l'operatività - invece che di un'unica norma - di plurime norme incriminatrici, mitigate esclusivamente dall'applicazione del cumulo giuridico o, prima del 1974, di quello materiale cd. temperato. Ben si comprende, dunque, come la speculazione dottrinale abbia consentito la polverizzazione della teoria monista, un tempo granitica nel

ritenere che l'unico criterio valido a risolvere il fenomeno del concorso apparente di norme fosse quello della specialità in astratto, consentendo in tal modo una macroscopica regressione dell'istituto del concorso apparente di norme a favore del concorso di reati.

È possibile dunque prospettare, all'interno delle teorie moniste, un'ulteriore tripartizione, la quale vede contrapporre ai sostenitori delle teorie moniste "pure" (ossia a quanti rifiutano criteri ulteriori rispetto alla specialità, i quali sarebbero "quanto mai indeterminati") i fautori dell'identificazione della medesimezza della materia con l'identità del bene giuridico e, da ultimo, coloro che - qualificando la specialità in astratto come criterio immanente all'ordinamento giuridico - tentano un'interpretazione "conservativa" dell'art. 15 c.p. - la quale, diversamente, subirebbe una tacita *interpretatio abrogans* - mediante il richiamo al concetto di specialità in concreto.

8.1. CRITICA DELLA SPECIALITÀ IN CONCRETO

Quanto a quest'ultimo filone ermeneutico, comunque da ricondurre nell'alveo delle teorie moniste, va precisato come i suoi sostenitori argomentino a partire dall'inquadramento di un medesimo fatto concreto sotto più norme, in assenza di un rapporto di specialità unilaterale tra queste ultime.

In tali situazioni, dovrebbe trovare applicazione la norma più aderente al caso concreto, quella più speciale rispetto alle altre o, subordinatamente, quella che prevede la sanzione più rigorosa. A differenza, dunque, del concorso formale, in cui le fattispecie astratte in gioco possiedono tanto un nucleo comune (azione od omissione), quanto elementi diversi, nella specialità in concreto non vi sarebbe spazio per elementi non contemplati

dall'una o dall'altra norma, poiché detti elementi sono tutti identici o in rapporto di specialità tra loro⁷⁷.

La tesi della specialità in concreto, gravemente deficitaria sotto il profilo della differenziazione del concorso apparente da quello formale di reati, ha indotto parte della dottrina a ricercare criteri più puntuali, anche mediante la penetrazione ad opera d'istanze di natura teleologica, incentrate sulla natura dell'oggettività giuridica lesa⁷⁸.

8.2. TESI MONISTE E SPECIALITÀ BILATERALE O RECIPROCA. CRITICA DELLO STRUTTURALISMO

A partire da quanto osservato in relazione ai possibili rapporti strutturali tra fattispecie astratte⁷⁹, è possibile ora soffermarsi sull'effettiva tenuta delle teorie moniste - e, in particolare, di quelle moniste "pure" - nella risoluzione delle ipotesi più problematiche di specialità in astratto tra norme⁸⁰. Ci si riferisce, in particolare, all'atavico problema della specialità

⁷⁷ CONTI, voce *Concorso apparente*, cit., 1014.

⁷⁸ SINISCALCO, *Il concorso apparente*, cit., 114; LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., 81; LOSANA, *Permanenza e concorso di reati a proposito del ratto a fine di libidine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 165 ss.

⁷⁹ Cfr. par. 4.

⁸⁰ Va segnalato come l'approccio di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., *passim*, miri ad individuare nel *ne bis in idem* sostanziale il principio cardine dell'approccio monista. Principio che, in tutte le ipotesi di concorso di norme, vieterebbe di addossare più volte lo stesso fatto al medesimo autore. Il principio viene ricavato, mediante un procedimento di *analogia iuris*, da un complesso di riferimenti normativi costituito dallo stesso art. 15 e dagli artt. 61, 62, 84 e 581, comma 2 c.p., oltre che dalle numerose clausole di riserva presenti nella parte speciale. Il richiamo al *ne bis in idem* sostanziale dovrebbe essere funzionale alla risoluzione dei casi di specialità reciproca, in relazione ai quali non sarebbe prolificamente percorribile - secondo Mantovani - la strada della diretta applicazione della regola codicistica della specialità.

bilaterale o reciproca, la quale costituisce da sempre il dilemma irrisolto con cui devono confrontarsi i fautori della tesi in parola. Il cortocircuito logico cui si assiste ogniqualvolta si tenta di risolvere, mediante l'applicazione della stretta specialità, l'enigma della convergenza apparente nel caso della specialità bilaterale, rappresenta in realtà la ragione di fondo che anima i tentativi di ampliamento del canone della specialità cui si è poc'anzi fatto cenno.

Nello specifico, i teorici della specialità bilaterale ritengono di poter ampliare la nozione di specialità, per farvi rientrare anche le ipotesi in parola, fondandosi su di una nozione ampia del concetto di "stessa materia"⁸¹. Tuttavia, i casi di specialità bilaterale ben difficilmente potrebbero rientrare nel rapporto di *genus ad speciem*, poiché quest'ultimo s'instaurerebbe al più tra le due norme e le sole sottofattispecie comuni ad entrambe. Si è già rilevato, però, che la dottrina propugnante l'estensione della regola codicistica anche alle ipotesi di specialità reciproca ricorre alla distinzione tra specialità (reciproca) per aggiunta e specialità (reciproca) per specificazione⁸².

L'ambito della specialità bilaterale costituisce il "brodo di coltura" all'interno del quale allignano le tesi che si richiamano allo strutturalismo. La raffinata elaborazione dogmatica in parola predica lo scioglimento dell'enigma concorsuale sulla base del raffronto tra fattispecie in astratto tramite l'analisi dei rapporti che gli elementi di una intrattengono con gli elementi dell'altra. In questo senso, è necessario tenere presente che un singolo elemento costitutivo astratto può concretizzarsi in più elementi

Questa impostazione, pur se formalmente ispirata allo strutturalismo, postulerebbe il costante riferimento a considerazioni di matrice valoriale (ed è, per questo, criticata da VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 276).

⁸¹ G.A. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., *passim*; VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 281; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, II, 1992, 230.

⁸² G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss.

particolari o sottofattispecie. Esso possiede, cioè, più modi di essere, i quali sono dunque implicitamente da esso contenuti e rientrano nella sua formulazione astratta. Le fattispecie incriminatrici, dunque, sono scomponibili in tante sottofattispecie quante ne risultano dalla combinazione degli elementi particolari di ogni elemento costitutivo. Poiché ogni fattispecie non è che un insieme di elementi costitutivi, ed ogni elemento costitutivo non è che un insieme di elementi particolari, è necessario approfondire i diversi tipi di rapporto che possono intercorrere tra di essi.

La più nota tesi strutturalista, ovverosia quella di Giovannangelo De Francesco, propone una lettura della specialità bilaterale come categoria al cui interno individuare alcune ipotesi riconducibili al concetto di stessa materia (e, dunque, risolvibili mediante l'applicazione della regola codicistica della specialità): le fattispecie costituenti ipotesi di concorso apparente di norme sarebbero tutte quelle di specialità bilaterale, ad esclusione dei casi di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, in cui entrambe le norme presentino elementi aggiuntivi⁸³.

Tale conclusione è resa possibile da una lettura del fenomeno dell'interferenza (che costituisce la relazione tipica del concorso formale eterogeneo di reati) che identifica quest'ultima con l'ipotesi in cui ciascuna delle norme risulti speciale rispetto all'altra, poiché entrambe possiedono uno o più elementi reciprocamente estranei ed ulteriori. È evidente come l'ipotesi da ultimo descritta integri la categoria della specialità bilaterale

⁸³ Già analizzata *sub* par. 3. Lo stesso G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 66, afferma che, nel caso della specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta si avrebbe una radicale diversità tra elementi aggiuntivi, non riconducibile al concetto di stessa materia. Essi dovrebbero considerarsi, dunque, reciprocamente diversi. In definitiva, perché vi sia il concorso apparente di norme, deve sussistere il limite negativo dato dall'assenza di un'ipotesi di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta.

bilateralmente per aggiunta, l'unica (a ragionare secondo le esposte cadenze) a trovarsi al di fuori dalla regola della specialità⁸⁴.

In realtà, le teorie strutturali possono essere classificate come una (ulteriore) corrente germinata in seno alle teorie moniste. Tuttavia, anche volendo accettare un'interpretazione estensiva del criterio di specialità (ed escludendo dai casi di specialità reciproca, idonei ad essere disciplinati dal disposto dell'art. 15 c.p., quelli di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta), l'approccio strutturalista appare sterile nel momento d'individuazione della fattispecie da applicare (*id est*, della norma prevalente).

L'apprezzabilità del contributo offerto dalle teorie strutturali risiede – fermo restando il richiamo, comune a tutte le teorie moniste, a risolvere il problema della convergenza apparente sulla scorta del solo art. 15 c.p., unico referente normativo espresso in materia – nel sottolineare la necessità, derivante da esigenze di certezza riconducibili al principio di legalità ed all'imprescindibile sforzo di ridurre la discrezionalità ermeneutica in materia, di svolgere una rigorosa analisi strutturale tra fattispecie. Analisi che non può, pertanto, essere inficiata da considerazioni assiologiche le quali, aderendo alla chiave di lettura proposta dalle teorie moniste⁸⁵, nulla hanno a che fare con il piano della tipicità, risolvendosi in istanze equitative che agiscono in punto di commisurazione della sanzione. Pertanto, l'analisi strutturale muove dal condivisibile rilievo secondo cui il problema del concorso apparente di norme è un problema di rapporti fra fattispecie astratte, scevro da considerazioni relative all'accadimento di vita naturalisticamente verificatosi: solo in base ad un'analisi rigorosamente strutturale deve essere pertanto possibile stabilire, negli *hard cases*, quali ipotesi appartengano alla convergenza apparente e quali a quella reale.

⁸⁴ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 59.

⁸⁵ All'interno delle quali si colloca, come più volte sottolineato, la tesi strutturalista.

A supporto delle acquisizioni dello strutturalismo⁸⁶ è stato, inoltre, acutamente sostenuto che l'unica posizione compatibile con il principio di legalità appare essere quella monistica, integrata dal ricorso alle tesi strutturaliste, pur ribadendosi che l'operazione di selezione degli elementi da considerare rilevanti ai fini della costruzione di un rapporto di specialità bilaterale tra fattispecie sconta un imprescindibile margine di discrezionalità dell'interprete. Tale operazione, però, rimarrebbe pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa; i principi di sussidiarietà e consunzione, al contrario, implicherebbero scelte discrezionali dichiaratamente prescindenti dalla struttura della fattispecie.

Tuttavia, se le premesse risultano corrette, i problemi – come anticipato – sorgono nel momento in cui, una volta ricondotta (parte del)la specialità bilaterale al concorso apparente di norme, si debba procedere all'individuazione di quale sia la norma applicabile. Proprio qui risiedono le maggiori differenziazioni tra le nozioni di specialità unilaterale e bilaterale, poiché se la prima impone l'automatica applicazione della fattispecie speciale, la seconda non consente l'operatività di tale meccanismo, essendo – in tale ultima ipotesi – entrambe le norme in parte generali ed in parte speciali.

Gli approdi ermeneutici delle teorie strutturaliste sono stati tradizionalmente criticati sul presupposto che, se si argomenta per la ricomprensione delle ipotesi di specialità bilaterale sotto l'egida dell'art. 15

⁸⁶ A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 860 ss. Secondo la dottrina in parola, favore all'accoglimento del programma strutturalista, occorre notare che, considerata la relatività dei concetti di *genus* e di *species*, il riferimento all'interesse tutelato dalle norme concorrenti non va totalmente obliterato, in quanto esso potrebbe assumere rilievo – ove si prospetti la possibilità di un rapporto di specialità bilaterale – quale criterio di selezione degli elementi realmente rilevanti nel confronto tra le norme tutelate dalle norme concorrenti, attesa l'evidente funzione ermeneutica dell'interesse tutelato ai fini della stessa ricostruzione della fattispecie.

c.p., non sarebbe possibile individuare la norma speciale da applicare, contenendo le fattispecie convergenti elementi reciprocamente speciali. A tale critica è stato replicato che le fattispecie in rapporto di specialità reciproca contengono delle soglie di specialità qualitativamente diverse, alle quali va riconosciuto diversa incidenza; con il risultato che, stabilito un rapporto gerarchico tra gli elementi di fattispecie, sarà possibile giungere alla scelta della norma prevalente secondo l'ordinario criterio di base legale contenuto nella norma codicistica⁸⁷.

Si è anche acutamente rilevato che il disordine normativo e l'ipertrofia legislativa, in uno all'eterogeneità delle tecniche di formulazione e alla presenza di norme a più fattispecie, ovvero di disposizioni a più norme, rendono spesso impossibile l'approccio strutturalista, che si caratterizza per la necessità di verificare analiticamente i rapporti strutturali tra fattispecie: tale teorica potrebbe risultare sterile ove occorra verificare le innumerevoli combinazioni strutturali tra centinaia di schemi di qualificazione⁸⁸.

Il carattere insormontabile dell'argomento relativo alla impossibilità della scelta della norma prevalente, nei casi di specialità bilaterale, segna probabilmente il limite più evidente delle tesi strutturaliste.

Autorevole dottrina ha tentato di risolvere l'enigma (e salvare le tesi in argomento), propugnando l'applicazione della norma contenente il trattamento sanzionatorio più rigoroso. Tuttavia, pur se l'Autore che sostiene detta impostazione non può a pieno titolo essere ricompreso nei monisti "puri", non v'è dubbio che prediligere la norma più severa sotto il profilo sanzionatorio, quale norma applicabile ai casi di specialità reciproca, darebbe la stura all'ingresso di considerazioni di stampo eminentemente valoriale, in contrasto con le fondamenta logico-formali delle tesi strutturaliste⁸⁹.

⁸⁷ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 119 ss.

⁸⁸ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 145.

⁸⁹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 666, sostiene che nei casi di specialità bilaterale, qualora non sia possibile individuare la norma da applicare in base al criterio gerarchico,

Il principale fautore dello strutturalismo ha, invece, sostenuto come la norma da applicare, nel caso di specie, andrebbe rinvenuta in quella “più speciale delle altre”, enucleando a tal fine una gerarchia dei vari indici di specialità che vengono in rilievo⁹⁰. Tale ricostruzione, pur rimanendo apparentemente ancorata al formalismo dell’impostazione strutturalista, determina un inevitabile tasso d’incertezza, poiché non è affatto chiaro cosa debba intendersi per norma “maggiormente speciale”. Il timore di tali critiche⁹¹ è, condivisibilmente, racchiuso nella volontà di evitare la permeabilità delle costruzioni logico-formali da parte di giudizi di valore, variabili in base alla sensibilità che il singolo interprete manifesta in relazione alla valutazione dei singoli indici di specialità (*id est*, degli elementi costitutivi della fattispecie).

Inoltre, non si può sottacere il fatto per cui il carattere logico-formale che caratterizza la tesi della specialità reciproca, teso ad aumentare il tasso di determinatezza nell’ermeneutica del concorso apparente di norme, possa tuttavia determinare il sorgere di pressanti interrogativi nel caso in cui non sia agevole rinvenire un nucleo comune alle fattispecie incriminatrici in gioco le quali, però, sono comunemente indicate come ipotesi di specialità reciproca in virtù dell’applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale⁹²

Infine, pur volgendo lo sguardo alle ipotesi pacificamente ritenute in dottrina come esempi di specialità bilaterale, non ci si può esimere dal rilevare come, in realtà, i problemi sollevati dalla riconduzione della specialità reciproca nell’alveo della regola codicistica risultino più numerosi

spaziale o di specialità, dovrebbe operare quello della maggior gravità della sanzione, con la precisazione tuttavia che tale ultimo criterio dovrà avere valore indicativo e non assoluto.

⁹⁰ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 131.

⁹¹ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 143; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 213.

⁹² GIACONA, *Spunti di riflessione*, cit., 371.

dei vantaggi da essa assicurati. Il riferimento è alle osservazioni, acutamente formulate da parte della dottrina, circa i rapporti che intercorrerebbero – ad esempio – tra violenza privata (art. 610 c.p.) e violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.): secondo la *vulgata* strutturalista, mentre la prima sarebbe speciale per aggiunta (poiché impone che il soggetto passivo sia effettivamente costretto), la seconda sarebbe speciale per specificazione, poiché attribuirebbe rilievo a una delle possibili *species* (la commissione di un reato) in cui può atteggiarsi il comportamento del soggetto coartato.

Contro tale ricostruzione si è tuttavia efficacemente osservato che “il fine di costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato, previsto dall’art. 611 c.p., è comunemente considerato dolo specifico, e che quest’ultimo è normalmente qualificato dalla stessa dottrina in esame in altre ipotesi esemplificative come elemento aggiuntivo. In tale prospettiva il rapporto tra i due reati sarebbe in realtà di concorso effettivo; per cui, qualora la persona coartata commetta il reato, l’autore della violenza o minaccia dovrebbe rispondere non soltanto del reato realizzato e di quello di cui all’art. 611 c.p., ma anche – in modo evidentemente incongruo – di violenza privata (art. 610 c.p.)”⁹³.

La teorica della specialità bilaterale va apprezzata e valorizzata, se riguardata sotto l’aspetto dell’espunzione – dal problema della risoluzione dei casi di concorso apparente di norme – di qualsivoglia considerazione assiologica in ordine alla fattispecie prevalente tra quelle in concorso apparente. Tuttavia, essa va incontro a critiche difficilmente superabili, sia per la complessità nell’individuazione della norma applicabile, sia per alcuni, paradossali, esiti cui condurrebbe nella prassi.

⁹³ GIACONA, *Spunti di riflessione*, cit., 373.

9. Le teorie pluraliste

Parte della dottrina, ritenendo insoddisfacente il riferimento al disposto dell'art. 15 del codice penale per la risoluzione dei casi di convergenza apparente, volge il proprio sguardo a criteri ulteriori, che possano guidare l'interprete nello studio della materia. All'interno di tale orientamento appare complesso rinvenire una chiave di lettura univoca, sia per quanto riguarda il numero dei criteri da utilizzare, sia per quanto concerne il loro contenuto. Il primo, e unico, punto fermo è costituito dal giudizio d'insufficienza formulato nei confronti del criterio della specialità⁹⁴. In particolare, i fautori delle tesi pluraliste argomentano a partire da una lettura "minima" della specialità, intendendo per essa la sola specialità unilaterale. Evidente come, utilizzando un approccio così restrittivo, si è poi costretti a rivolgersi ad altri criteri per la risoluzione del concorso.

Il retroterra culturale delle impostazioni pluraliste va rinvenuto nell'elaborazione dogmatica d'Oltralpe, in cui manca – contrariamente all'esperienza italiana – una regola esplicita di risoluzione dei casi di concorso apparente di norme. Quanto al codice Rocco, s'intravede nella clausola "salvo che sia altrimenti stabilito", contenuta nel corpo dell'art. 15 c.p., il grimaldello per dare ingresso a teorie avulse dal riferimento alla stretta specialità⁹⁵: in particolare, ove tra le fattispecie astratte non sia concesso rinvenire un rapporto di *genus ad speciem*, tali casi andrebbero risolti mediante l'applicazione dei criteri della sussidiarietà o della consunzione (denominato, quest'ultimo, anche come criterio dell'assorbimento), cui alcuni Autori aggiungono quello dell'alternatività.

⁹⁴ Tra i principali sostenitori, oltre agli Autori citati *sub* nt. 15, BETTIOL, *Diritto penale*, cit.; MORO, *Unità e pluralità*, cit.; FROSALI, *Concorso di norme*, cit.

⁹⁵ PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 224; PALIERO, *La Legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 121; VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 300; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 5.

La *ratio* delle teorie in parola è presto individuata: esse, sganciandosi dal formalismo del principio di specialità, risultano plasticamente innervate da considerazioni di matrice equitativo-valoriale⁹⁶, che si esplicitano tanto nel rilievo assegnato alla proporzionalità tra fatto e sanzione, quanto nella valorizzazione dell'oggettività giuridica. Il minimo comune denominatore di tutte le ipotesi di convergenza apparente di norme non è allora la continenza strutturale tra fattispecie, bensì l'assorbimento per continenza di valore, canone logico che deve indirizzare l'interpretazione⁹⁷.

Va detto, però, che l'aggancio delle teorie pluraliste alla clausola di riserva *ex art. 15 c.p.* è rifiutato da importanti voci dottrinali, le quali ritengono che il fondamento dell'abdicazione dalla stretta specialità risieda nel canone del *ne bis in idem* sostanziale, letto quale rifrazione del *ne bis in idem* processuale⁹⁸. Peraltro, alcuni Autori ritengono che i principi di sussidiarietà e consunzione, pur non avendo un referente normativo espresso, godrebbero tuttavia di legittimazione codicistica esplicita, individuata – per il primo – nella presenza delle clausole di riserva di cui è disseminata la parte speciale del codice e – per il secondo – nelle regole contenute negli artt. 68 e 84 c.p., disciplinanti rispettivamente il concorso di circostanze e il reato complesso⁹⁹.

In ogni caso, il terreno d'elezione delle tesi pluraliste è conformato dai casi in cui risulti impossibile – al di là degli audaci esercizi di logica giuridica, come quelli cui dà luogo la categoria della specialità reciproca, con le relative declinazioni – inquadrare le norme in base a rapporti strutturali logico-formali. Nei predetti casi, le teorie pluraliste consentono di optare per la sussistenza di un concorso apparente di norme, piuttosto che di un concorso formale di reati, in virtù dell'iniquità sostanziale determinata dall'applicazione di più disposizioni incriminatrici.

⁹⁶ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 78.

⁹⁷ MORO, *Unità e pluralità*, cit., 45.

⁹⁸ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 222; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 72.

⁹⁹ RANIERI, *Manuale di diritto penale*, cit., 83.

Una volta, però, che ci si incammini sul sentiero tracciato dalle teorie pluraliste, appare immediatamente chiaro come il proliferare di criteri scoordinati e reciprocamente sovrapponibili determini un'indeterminatezza complessiva dell'elaborazione in parola, tale da determinare l'impossibilità di delineare una fisionomia unitaria degli approcci pluralisti¹⁰⁰.

Le critiche mosse alle teorie pluralistiche riguardano, innanzitutto, la scarsa rigosità dei principi posti alla base delle valutazioni di valore: si afferma, infatti, che esse non riuscirebbero a differenziare sussidiarietà e consunzione, in modo tale da consentirne un'applicazione analogica. Con la conseguenza di sdoganare arbitrii giurisprudenziali ed operazioni ermeneutiche latrici di una forte perdita di certezza del sistema¹⁰¹.

9.1. LA SUSSIDIARIETÀ

Il rapporto di sussidiarietà si concretizza nei casi in cui due norme prevedano stadi o gradi differenti di offesa al medesimo bene giuridico ovvero a beni giuridici limitrofi¹⁰². In tali ipotesi, se risolte mediante l'applicazione del criterio della sussidiarietà, la norma che prevede il trattamento sanzionatorio più mite (norma sussidiaria) cede il passo all'applicazione della fattispecie agganciata alla sanzione più rigorosa (norma prevalente o primaria). Ciò può avvenire – secondo l'intuizione di

¹⁰⁰ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 73.

¹⁰¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 525, il quale ritiene che i criteri di consunzione e di sussidiarietà taciti siano inapplicabili analogicamente, posto che – in mancanza di accordo sulla *ratio* dei medesimi – sarebbe impossibile applicare il procedimento analogico, fondato – come noto – sulla *eadem ratio*.

¹⁰² BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 652; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 385; MORO, *Unità e pluralità*, cit., 77.

autorevole dottrina¹⁰³ – al cospetto, in primo luogo, delle cd. clausole di riserva: si tratta di formule di rinvio che, presenti nella norma sussidiaria, impongono l'applicazione di un'altra norma in modo puntuale (clausole determinate), ovvero parzialmente generico (clausole parzialmente indeterminate), ovvero ancora del tutto generico (clausole indeterminate). A questa ipotesi, tradizionalmente indicata come sussidiarietà espressa, si affianca la categoria della sussidiarietà tacita, relativa ai casi in cui – pur in assenza di una clausola di riserva – si ritiene comunque consentito giungere all'individuazione di una norma sussidiaria. Ciò, evidentemente, in base a considerazioni pregne di giudizi valoriali.

Il fondamento comune sotteso alla sussidiarietà andrebbe riscontrato nell'esistenza di un rapporto di valore esistente tra le due disposizioni. Secondo le impostazioni più risalenti, mentre la specialità presupporrebbe un rapporto di diversità, la sussidiarietà denoterebbe una caratura qualitativo-quantitativa, concretantesi in una superiorità, in una continenza di valore e, conseguentemente, in un primato di funzione¹⁰⁴. Nel rapporto di specialità, infatti, le situazioni vengono trattate in un modo differente in virtù delle caratteristiche peculiari del fatto, le quali esprimono un disvalore maggiore ovvero minore: la norma speciale può essere più o meno grave di quella generale. La sussidiarietà, invece, presuppone uno stesso disvalore che si manifesta secondo differenti modalità: le varie fattispecie si trovano tra loro, dunque, in un rapporto di gerarchia assiologica.

Nell'ambito delle elaborazioni pluraliste più raffinate si segnala la già delineata tesi del Frosali, secondo cui al criterio della specialità in astratto (idoneo a risolvere i casi di rapporto strutturale tra fattispecie) andrebbe affiancato quello della sussidiarietà, cui l'Autore riconduce tutti i casi di concorso apparente non risolvibili mediante l'applicazione della

¹⁰³ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 480.

¹⁰⁴ MORO, *Unità e pluralità*, cit., 77.

specialità¹⁰⁵. La sussidiarietà, secondo questo Autore, potrebbe caratterizzarsi come espressa (in presenza delle apposite clausole di riserva) o tacita (ricavabile dai rapporti tra fattispecie in base ad una necessità logico-giuridica, ossia qualora esse denotino gradi differenti di offesa al medesimo bene giuridico)¹⁰⁶.

I critici delle teorie pluraliste, se da un lato ritengono scorretto far refluire i casi di sussidiarietà espressa all'interno del problema della convergenza apparente (proprio perché la presenza di una norma espressa inibirebbe *in nuce* il sorgere dell'interrogativo), dall'altro evidenziano i preoccupanti rischi d'indeterminatezza che il criterio della sussidiarietà tacita – così eccessivamente sbilanciato sulle preferenze dell'interprete – è in grado di determinare¹⁰⁷.

9.2. LA CONSUNZIONE (O ASSORBIMENTO)

Il secondo criterio generalmente ricondotto all'ambito delle teorie pluraliste è quello della consunzione, denominato anche dell'assorbimento. Esso è basato sul rapporto di *minus/maius* tra fattispecie, nel senso che la fattispecie consumata (*lex consumptae*) appare ricompresa nell'alveo di una fattispecie più ampia (*lex consumens*), la quale ultima risulta dotata di un trattamento sanzionatorio idoneo a ricomprendere anche il disvalore espressione della prima, e più circoscritta, fattispecie¹⁰⁸.

¹⁰⁵ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 513.

¹⁰⁶ MORO, *Unità e pluralità*, cit., 84, pur aderendo all'impostazione del Frosali, non distingue il fondamento concettuale dei due tipi di sussidiarietà, ritenendo che essi esprimano il medesimo principio e caratterizzando, dunque, la sussidiarietà come criterio esclusivamente valoriale, scevro da considerazioni in ordine al possibile rapporto *minus-maius* tra livelli di offesa a beni giuridici omogenei.

¹⁰⁷ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 8.

¹⁰⁸ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 415; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 514.

I motivi della qualificazione della norma regressiva alla stregua di *lex consumpta* possono variamente essere rinvenuti nella maggior ampiezza "tipica" della *lex consumens* (in modo tale che l'oggettività giuridica da questa tutelata sia idonea ad assorbire la carica di disvalore oggetto della prima)¹⁰⁹, nella strumentalità del reato meno grave alla realizzazione del reato più grave¹¹⁰, nella previsione come elemento costitutivo o circostanza aggravante di fatti previsti come reati dalla *lex consumptae* o, da ultimo, nella ricomprensione del bene giuridico tutelato dalla norma consumata in quello protetto dalla norma consumante¹¹¹.

In definitiva, e tentando di offrire una lettura unitaria dei vari orientamenti elaborati sul punto, può dirsi che in virtù di tale principio il concorso di reati va escluso qualora la commissione di un reato comporti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione di un altro reato. Il legislatore nel prevedere il reato più grave fissa una sanzione adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave¹¹².

La regola *lex consumens derogat legi consumptae* sembra chiaramente espressione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ossia del divieto di imputare più volte ad uno stesso autore un accadimento unitariamente valutabile da un punto di vista normativo.

Anche nel caso della consunzione, come in quello della sussidiarietà, sarebbe possibile intravedere accanto a ipotesi di consunzione espressa – quali quelle disciplinate negli artt. 68 e 84 del codice penale – ipotesi di consunzione tacita, fondate su di una valorizzazione dell'unitarietà normativo-sociale della vicenda oggetto di scrutinio. Evidente come la legittimazione della consunzione tacita possa scardinare le maglie del concorso apparente di norme, in guisa da potervi ricomprendere anche in presenza di condotte – non solo naturalisticamente unitarie, come

¹⁰⁹ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 4.

¹¹⁰ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 297.

¹¹¹ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 155.

¹¹² PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 551.

propugnano i sostenitori della specialità in concreto, bensì – materialmente plurime e distanziate nel tempo, se espressione di un disvalore avvertito come unitario nella coscienza sociale collettiva¹¹³. A ciò si aggiunga che, seguendo una certa elaborazione dottrinale, costituirebbe ipotesi di consunzione tacita anche il caso della consunzione “eventuale”, la quale si verifica allorquando il reato consumato, assorbito da quello consumante, costituisce una modalità solo possibile – e non, in base ad un giudizio empirico, alla stregua dell’*id quod plerumque accidit* – di realizzazione della fattispecie prevista dalla *lex consumens*¹¹⁴.

Richiamandosi alla capacità della norma consumante di esaurire il disvalore del fatto concreto, prescindendo da un confronto analitico tra gli elementi delle singole fattispecie, il criterio di consunzione si caratterizza per la sua indubbia indeterminatezza, nonché per la sua elasticità nel ricomprendere ipotesi – quali quelle più correttamente inquadrabili sotto la disciplina del concorso formale eterogeneo – che non possono in alcun modo dirsi convergenti su di un medesimo fatto. Infatti, ipotesi che, in virtù dell’applicazione del principio di consunzione tacita, vengono identificate come espressione di una convergenza apparente (quali la progressione criminosa, *l’ante factum* ed il *post factum* non punibili), andrebbero, più correttamente, qualificate alla stregua d’ipotesi di unificazione legislativa, sotto l’egida del *ne bis in idem* sostanziale, di fatti naturalisticamente plurimi¹¹⁵.

Parte della dottrina sottolinea, criticamente, che il canone dell’assorbimento imporrebbe l’applicazione di un’unica norma – non solo di consunzione espressa, ma anche – nei casi controversi di consunzione tacita e finanche

¹¹³ MUSCO, *Il mendacio all’autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 809.

¹¹⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 427.

¹¹⁵ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 156. Per l’analisi delle “tracce” codicistiche di *ne bis in idem* sostanziale, si veda il Cap. IV.

eventuale, qualora cioè il reato integri solo una delle possibili modalità di realizzazione dell'altro.

Il criterio della consunzione risulta, dunque, tra quelli pluralisti, il più vago ed incerto. Mentre è possibile, pur tenendo a mente la naturale "vischiosità" delle tesi fondate su giudizi valoriali più o meno ampi, agganciare la sussidiarietà al solido fondamento dell'oggettività giuridica tutelata dalle singole fattispecie in concorso (in modo tale da poter risolvere *ex ante* i potenziali casi di convergenza apparente), il richiamo alle acquisizioni proposte dall'assorbimento si risolve in una definitiva abdicazione dalla finalità precettiva dei principi propri dell'istituto della convergenza apparente, per consegnare all'interprete uno strumento ad elevatissimo tasso di discrezionalità nello "scioglimento" dei casi di convergenza di norme. Il riferimento, nella conformazione del criterio in parola, all'*id quod plerumque accidit*, alla coscienza sociale e al quadro di vita analizzato, non può non porre pressanti problemi di compatibilità dello stesso con le esigenze di *accessibility* e *foreseeability* delle conseguenze penali delle condotte umane.

Secondo parte della dottrina, poi, il canone della consunzione si rivelerebbe un'inutile duplicazione di quelli di specialità e sussidiarietà, di per sé già idonei a risolvere tutti i casi che la tesi in esame pretende di risolvere mediante il ricorso al principio di consunzione, quantomeno tacita. Rispetto ai casi di concorso di reati che non possono essere risolti attraverso il ricorso alla specialità ed alla sussidiarietà, il ricorso alla consunzione tacita si rivelerebbe, com'è stato acutamente osservato, un'applicazione analogica ingiustificata degli artt. 84 e 68 del codice penale¹¹⁶.

Sembrerebbe, allora, più opportuno riservare al principio dell'assorbimento la funzione di presupposto concettuale su cui fondare le ipotesi di unificazione legislativa di plurime violazioni di legge.

¹¹⁶ F. MANTOVANI, *Conflitto e concorso*, cit. 224.

9.3. L'ALTERNATIVITÀ

Da ultimo, nell'ambito delle teorie pluraliste, va dato conto dell'esistenza di un ulteriore filone di pensiero, quasi sempre recessivo nella penalistica italiana, secondo cui vi sarebbe un concorso apparente di norme anche ove la medesima azione venga considerata dal legislatore sotto diversi aspetti, nel senso o dell'esistenza di plurime disposizioni che prevedano una sanzione penale, oppure dell'esistenza di un rapporto d'interferenza tra norme¹¹⁷. Si tratta del criterio dell'alternatività, il quale rinviene il proprio presupposto applicativo nella previsione di una comminatoria edittale identica per le fattispecie in rilievo: in tal caso, sarebbe indifferente l'applicazione dell'una o dell'altra norma, essendo le stesse, appunto, reciprocamente alternative.

La critica mossa a tale indirizzo si è orientata nel senso della palese inutilità di un tale canone risolutivo, poiché la presenza di due norme disciplinanti la medesima situazione astratta e che prevedano un trattamento sanzionatorio identico, a ben vedere non può che concretizzare un'ipotesi di ridondanza legislativa. Nel caso in cui, viceversa, le sanzioni comminate fossero differenti, la convergenza di norme ben potrà essere risolta mediante l'applicazione dei canoni della specialità e, se ritenuti praticabili, di quelli di sussidiarietà e consunzione.

Va evidenziato, tuttavia, come parte della dottrina abbia fornito una chiave di lettura atta a "salvare" il canone in parola, chiarendo come esso si riferisca ai casi in cui due norme contengano elementi reciprocamente contrastanti ed escludenti, con la conseguenza che l'applicazione dell'una inibirebbe logicamente l'applicazione dell'altra¹¹⁸.

¹¹⁷ FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 604.

¹¹⁸ Si pensi ai rapporti tra furto ed appropriazione indebita. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 99.

9.4. CRITICA DELLE TEORIE PLURALISTE

Il rischio d'interpretazioni eccessivamente arbitrarie, affidate alle visioni individuali ispirate ai criteri di valore selezionati dai singoli interpreti, costituisce la principale critica formulata nei riguardi delle teorie pluralistiche¹¹⁹, mossa – in primo luogo – con riferimento al criterio della consunzione, ma estensibile anche al principio di sussidiarietà (in particolar modo se accolto nella sua “variante” tacita, edificata sul concetto di bene giuridico): il riferimento all'interesse tutelato – spesso decisivo per l'applicazione delle teorie in esame – è, di per sé, valutazione complessa e spesso viziata dai giudizi di valore del singolo, in virtù delle notevoli difficoltà che sorgono nell'identificazione della natura e dell'*ubi consistam* dell'oggettività giuridica della fattispecie, poiché molte fattispecie di reato hanno natura plurioffensiva.

Muovendo da una piattaforma metodologica valutativa, conformata dal concetto di bene giuridico, i cui confini non sono né univoci né verificabili sul piano del diritto positivo, tali teorie finiscono per “provare troppo”, incarnando una assai vaga aspirazione *latu sensu* equitativa¹²⁰.

Inoltre, i criteri di sussidiarietà e di assorbimento risultano in larga parte coincidenti¹²¹. Infatti, anche fra chi aderisce alle dottrine pluraliste, vi è chi sostiene che tali criteri altro non siano che la proiezione di un solo canone superiore, da collocare accanto alla specialità, tanto da far riferimento genericamente ad un solo principio di consunzione “in senso ampio”¹²².

La principale critica alle teorie moniste si sostanzia nel rilievo dell'assenza di un referente normativo dei criteri esaminati. L'aggancio alle clausole di riserva, per la sussidiarietà, ovvero agli artt. 68 e 84 del codice penale, per la consunzione, non costituisce una base positiva realmente legittimante i

¹¹⁹ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 299.

¹²⁰ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 4.

¹²¹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 102.

¹²² SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 161.

criteri in parola: come sostiene autorevole dottrina, coloro i quali riconducono i principi in parola al diritto positivo non spiega perché essi debbano trovare applicazione anche fuori dalle ipotesi contemplate dal diritto positivo¹²³.

Peraltro, pur a voler propagandare una possibile estensione analogica dei criteri che innervano le teorie pluraliste, non sarebbe dato rinvenire con facilità una lacuna normativa legittimante il ricorso all'analogia¹²⁴.

Qualora si abdicasse dall'utilizzo dei criteri propri della speculazione pluralistica, il campo di applicazione cui andrebbe ricondotta la gran parte delle ipotesi risolte mediante i criteri di sussidiarietà e consunzione sarebbe quello, più propriamente, del concorso formale di reati¹²⁵.

In virtù della scarsa capacità precettiva delle tesi pluralistiche, nei prossimi paragrafi si suggerirà la tenuta di una possibile fisionomizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, quale grimaldello utile a scardinare le maglie dei criteri eminentemente logico-formali quali mezzi di risoluzione dei casi di convergenza apparente d'illeciti.

10. Il *ne bis in idem* sostanziale quale possibile chiave di lettura del concorso apparente di norme

Autorevole dottrina, partendo dai limiti delle elaborazioni monistiche (ma anche di quelle pluralistiche) e da un'accurata ricostruzione dei presupposti della convergenza, ha tentato di sciogliere l'enigma della convergenza apparente di norme optando per una chiave di lettura unitaria ispirata al principio del *ne bis in idem* sostanziale¹²⁶. Il concorso apparente di norme

¹²³ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 90.

¹²⁴ PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit., 223.

¹²⁵ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 298.

¹²⁶ È la nota tesi di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 385 ss.

sarebbe regolato, dunque, dal divieto di punire più volte uno stesso soggetto per lo stesso fatto.

La validità e la cogenza di tale criterio dovrebbero ricavarsi da una serie di "sintomi" codicistici: si pensi, in primo luogo, all'art. 15 del codice penale. Tuttavia, anche gli artt. 68 e 84 del codice consentono di affermare che anche in presenza di una complessità solo eventuale (perché l'una fattispecie costituisce ordinaria modalità di realizzazione dell'altra), e dunque in assenza di una specialità logico-formale, sarebbe possibile concludere per l'applicazione di una sola norma sanzionatoria.

Il *ne bis in idem* sarebbe confermato, altresì, dalle clausole di riserva, eccezionalmente previste dal legislatore per estendere la convergenza di norme ai casi di specialità bilaterale solo problematicamente inquadrabili nell'alveo dell'art. 15 c.p. Anche la disciplina delle circostanze, prevista dagli artt. 61 e 62, c.p., sembrerebbe confermare l'esistenza di un tale principio, ispirato all'idea che il concorso di norme debba necessariamente conformarsi al principio di equità, in base al quale vi è concorso apparente di norme - non solo nei casi di specialità unilaterale, ma anche - in tutti gli altri casi in cui un medesimo fatto rientri sotto la vigenza di più norme¹²⁷. Inoltre, il *ne bis in idem* sostanziale eliminerebbe le incertezze che rendono l'istituto del concorso apparente di norme il "fianco più vulnerato del principio costituzionale di legalità"¹²⁸.

Alla luce di ciò, si potrebbe ritenere sussistente la convergenza di norme nei problematici casi di specialità reciproca tra fattispecie e finanche in assenza di un'esplicita clausola di riserva.

Una volta individuato nel *ne bis in idem* sostanziale il fondamentale canone operativo in materia, i criteri in base ai quali risolvere la convergenza apparente di norme sarebbero costituiti, innanzitutto, da quelli incentrati sui rapporti formali tra fattispecie: si fa riferimento, evidentemente, al

¹²⁷ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 470.

¹²⁸ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 471.

canone della specialità. A questo si aggiungerebbero le clausole di riserva, le quali – riferendosi a fattispecie che sono tra loro in un rapporto strutturale d’interferenza – costituiscono, come già rilevato, una deroga legislativa al concorso formale di reati e, pertanto, non suscettibili d’interpretazione analogica¹²⁹. Per tutti gli altri casi dovrebbe trovare applicazione, a seguito di complesse operazioni ermeneutiche volte a ricostruire l’ambito di validità tra fattispecie, il divieto di doppia punizione per un medesimo fatto, vero tratto caratteristico del *ne bis non idem* sostanziale.

La tesi di Ferrando Mantovani, dunque, attribuisce piena legittimazione al principio del *ne bis in idem* sostanziale quale criterio risolutore dei conflitti tra norme nell’ambito della convergenza apparente, con la precisazione che la specialità si pone quale criterio primario al quale fare riferimento in materia di convergenza e che la sussidiarietà e l’assorbimento vanno applicati nei limiti previsti dal legislatore.

Occorre allora interrogarsi sulla portata e sul fondamento positivo del principio in parola, nel tentativo di rinvenirne un possibile aggancio costituzionale.

10.1. L’INAFFERABILE VAGHEZZA CONTENUTISTICA DEL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE QUALE CRITERIO RISOLUTORE DELLA CONVERGENZA APPARENTE E LA SUA VALORIZZAZIONE QUALE CRITERIO ERMENEUTICO

Secondo parte della dottrina il *ne bis in idem* sostanziale è da sempre appartenente, nelle sue varie articolazioni, alla tradizione giuridica del mondo occidentale, e proprio per questo risulta caratterizzato da una fisiologica ricchezza e vaghezza di contenuti¹³⁰.

¹²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 527. Il criterio della consunzione, invece, resterebbe confinato nei limiti dell’art. 84 c.p. e, tutt’al più, potrebbe disciplinare le ipotesi di reato cd. eventualmente complesso.

¹³⁰ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 8.

Si può, in questa sede, esclusivamente accennare alla duplice valenza del principio in parola, il quale si esplicita tanto nel suo – già analizzato – versante sostanziale (come divieto d'imputare più volte il disvalore promanante da un singolo accadimento concreto), quanto in quello processuale (quale espressione dell'esigenza di certezza delle decisioni giudiziali). Mentre il primo profilo è espressione di esigenze equitative e di giustizia sostanziale, il secondo appare volto ad evitare il conflitto, logico prim'ancora che pratico, tra giudicati processuali. Tuttavia, come si è cercato di dimostrare in precedenza, se il problema della convergenza apparente si gioca sul terreno eminentemente normativo dei rapporti strutturali tra disposizioni, il profilo del *ne bis in idem* che qui occupa non può che essere quello sostanziale, attinente al divieto per l'ordinamento di far discendere per due (o più) volte conseguenze sfavorevoli conseguenti ad un disvalore assorbibile da un'unica fattispecie astratta. Ciò, a prescindere dalla circostanza per cui tale duplicazione valutativa sia ristretta in uno procedimento penale.

Se si concorda sul fatto che la presenza, nel caso concreto, di un criterio normativo utile ad individuare un'unica norma applicabile e, quindi, un'unica sanzione indirizzi l'interprete nel senso dell'unitarietà del disvalore secondo la valutazione del legislatore, allora si dovrà giungere alla conclusione che i due profili – sostanziale e processuale – rimangono ben distinti, occupandosi essi di profili concettualmente inconferenti.

Non si può, allora, che concordare con quell'ampia parte della dottrina, la quale – sul punto – ha convintamente affermato come tali due profili siano destinati a rimanere concettualmente differenziati, pur se entrambi coinvolti nella più ampia tematica dell'unità o pluralità di reati¹³¹.

¹³¹ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 10; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 393. Nell'ambito della dottrina processualpenalistica si è tentato di offrire una visione olistica dei due versanti del principio del *ne bis in idem*. Al riguardo LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., *passim*; ID., *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1238 ss.; CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 100 ss.

Se la dicotomia tra i due versanti del principio non pone particolari interrogativi di natura sistematica, ben differenziati rimanendo i due corni del canone in parola, l'analisi della *ratio* del *ne bis in idem* sostanziale sconta, secondo alcuni Autori, diverse criticità. Esso, infatti, è stato censurato per la propria carenza di determinatezza, la quale si tradurrebbe, in sostanza, in una non meglio definita esigenza equitativa e di giustizia del caso concreto, imposta al legislatore nel momento di tipizzazione delle fattispecie di reato ascrivibili al soggetto in conseguenza di un disvalore agganciato ad un fatto unitario. Il costante utilizzo, proprio della dottrina, del *ne bis in idem* sostanziale quale criterio risolutore del concorso apparente di norme, dunque, finirebbe per "annacquare", a causa dell'indeterminatezza del principio in parola, l'efficacia euristica dello stesso¹³².

Proprio su tale, prospettata, inafferabilità contenutistica si sono appuntate sferzanti critiche dottrinali, secondo cui il principio in argomento non riuscirebbe a svolgere con sufficiente forza precettiva le funzioni tipicamente ricavabili dai principi ordinatori del sistema, ovverosia quella "sistematico-razionalizzatrice" del diritto esistente e quella "programmatico-orientativa" del diritto in via di produzione¹³³.

Se dalla *ratio* si passa ad indagare il fondamento del *ne bis in idem* sostanziale, ci si avvede come alcune teoriche lo aggancino tanto al principio di uguaglianza, espresso nell'art. 3 della Costituzione, quanto al più sfuggente principio (avente rango implicitamente costituzionale) di proporzionalità tra fatto e pena¹³⁴.

È a livello di legislazione ordinaria, e nella specie codicistica, che tuttavia si è assistito al più convincente tentativo di rinvenire un fondamento espresso al *ne bis in idem* sostanziale: si fa riferimento alla già citata argomentazione che ritiene di ricavarlo tanto dal combinato disposto degli artt. 15, 61, 62, 68

¹³² PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 18.

¹³³ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 25.

¹³⁴ Si veda quanto già affermato *sub* Cap. I, par. 5 e quanto si dirà a breve, *sub* par. 12.

e 84 del codice penale, quanto dalle varie clausole di riserva previste nella parte speciale del codice Rocco e nella legislazione complementare¹³⁵.

Centrale risulta essere, se si vuole davvero costruire una teoria generale del concorso apparente di norme a partire dal *ne bis in idem* sostanziale, comprendere come quest'ultimo debba intervenire a vietare la duplice valutazione del disvalore.

In virtù di quanto affermato, analizzando la giurisprudenza "europea" in tema di doppio binario sanzionatorio, si ritiene che – *de iure condito* – il *ne bis in idem* sostanziale costituisca uno dei principi fondamentali inespressi, contenuti nel codice penale e nella Costituzione, che limita il legislatore nella disciplina dell'unità o pluralità di reati. Esso, allora, lungi dal poter costituire un criterio espresso di risoluzione del concorso apparente di norme (per inesistenza di una norma *ad hoc* che autorizzi l'interprete ad applicare una sola sanzione) appare utile – a livello ermeneutico, sulla scorta anche delle sollecitazioni provenienti dalle Corti esterne al sistema giurisdizionale italiano – nel momento in cui l'interprete vada a saggiare la sostenibilità del complessivo trattamento sanzionatorio promanante dal disvalore oggettivo del fatto¹³⁶.

11. Il fondamento codicistico del *ne bis in idem* sostanziale

Si procederà ora nel tentativo di delineare una fisionomia normativa del principio del *ne bis in idem* sostanziale, indagandone tanto le evidenze rinvenibili a livello di singole norme della legislazione ordinaria (mediante una lettura olistica delle diverse disposizioni codicistiche che sembrano esserne espressione), quanto tentando di offrirne una ricostruzione a sfondo

¹³⁵ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 391 ss.

¹³⁶ Per l'analisi del *ne bis in idem* sostanziale in prospettiva *de iure condendo*, si veda *sub* Cap. V.

costituzionale. Limitarsi al solo dato codicistico potrebbe risultare insufficiente sotto il profilo – già evidenziato da autorevole dottrina – della precettività del principio in parola¹³⁷.

In particolare, una perimetrazione dei fondamenti del *ne bis in idem* sostanziale limitata alle sole coordinate codicistiche potrebbe determinare l'impossibilità di ricavare un principio dotato di reale valenza orientativa, in grado di disciplinare anche casi che non risultino espressamente disciplinati dalla legge. Affermare ciò, però, non può implicare l'abdicazione *tout court* dall'analisi del materiale normativo emergente a livello di legislazione ordinaria, poiché la costruzione di un principio avente valenza generale, seppur inespressa, non può prescindere dalla valorizzazione induttiva delle regole di diritto positivo che ne presuppongano l'esistenza.

Su tale ricostruzione è incentrato uno dei contributi, fornito da autorevolissima dottrina in tempi risalenti, che rappresenta a tutt'oggi la teoria di riferimento in materia⁴. Secondo l'Autore in parola, il *ne bis in idem* sostanziale costituirebbe un principio logico ed immanente alla teoria della convergenza apparente di norme, idoneo ad informare di sé l'istituto in questione. Ciò costituisce l'esito di un ragionamento induttivo, teso a ricavare la consistenza del principio sia dalle disposizioni di cui agli artt. 15, 61, 62, 68 e 84 del codice penale, sia dalle innumerevoli clausole di riserva⁵. In particolare, il contenuto precettivo del *ne bis in idem* sostanziale viene generalizzato (tanto da farne un principio), dall'Autore, mediante l'applicazione – alla regola ricavata dai sintomi normativi citati – del procedimento fondato sul ricorso all'*analogia juris*.

Tuttavia, la ricostruzione descritta rischia di rimanere sostanzialmente sterile, in virtù dell'assenza di un tentativo finalizzato ad individuare un possibile fondamento costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale: la ritenuta operatività dell'art. 12 delle Preleggi, se può certamente contribuire a

¹³⁷ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 240.

trasfigurare la regola in principio, ne limita tuttavia il fondamento al livello della legislazione meramente ordinaria, impedendo di attribuire al *ne bis in idem* una quotazione più ampia e inibendogli di concorrere alla costruzione del volto costituzionale dell'illecito penale¹³⁸, fisionomizzato in base alle note tesi che inquadrano la Costituzione come fondamento dell'illecito e della sanzione penale¹³⁹ e che costruiscono la teoria generale del reato a partire dai fini costituzionali della pena¹⁴⁰.

Gli indici normativi la cui lettura unitaria indurrebbe alla configurazione del principio generale, che presiederebbe alla disciplina dell'intero istituto della convergenza apparente, sarebbero costituiti innanzitutto dagli artt. 68 e 84 del codice penale.

La prima disposizione statuisce l'applicabilità, nei casi di ricomprensione di una circostanza ad opera di un'altra circostanza, di quest'ultima; ferma restando, però, l'applicabilità dell'art. 15 del codice, espressamente richiamato dall'art. 68 c.p. Quest'ultima (impropriamente qualificabile come) clausola di riserva, peraltro, parrebbe evidenziare come l'art. 15 c.p. contenga ed esaurisca la disciplina del principio di specialità¹⁴¹.

La costruzione teorica qui sommariamente richiamata tenta di attribuire alla disposizione sul concorso di circostanze un significato autonomo rispetto a quello espresso dall'art. 15 c.p. Ed infatti, se al concorso di circostanze si fosse realmente dovuta applicare la regola della stretta specialità, non si capirebbe il motivo dell'apposizione (nel corpo dell'art. 68 c.p.) della clausola di riserva a favore dell'art. 15 c.p. e - soprattutto - della presenza di una norma che disciplina espressamente il concorso di circostanze, posto che queste (*rectius*, le loro interferenze) ben avrebbero potuto essere regolamentate dal canone della specialità, atteso che il

¹³⁸ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 581; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 180.

¹³⁹ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., *passim*.

¹⁴⁰ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*.

¹⁴¹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 554; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 227.

sintagma “leggi penali”, di cui all’art. 15 c.p., avrebbe potuto pacificamente trovare applicazione anche con riferimento alle circostanze.

Ciò, dunque, sgombra il campo dalla necessaria riconduzione della disciplina del concorso di circostanze al – solo – criterio della *lex specialis* e prospetta la possibilità che, *in subiecta materia*, trovino applicazione criteri “altri”, che vengono ricondotti al principio generale del *ne bis in idem* sostanziale (di cui l’art. 68 c.p. sarebbe, dunque, espressione).

A suffragio di quanto affermato si può rilevare come sia lo stesso concetto di circostanza che ne “comprende” al proprio interno un’altra a porsi in contrasto con il meccanismo della specialità *ex art. 15 c.p.* Infatti, se l’operatività canone logico-formale della *lex specialis* è agganciato, dal codice, alla coppia concettuale generale/speciale, il criterio che informa la disciplina del concorso di circostanze (la “comprensione” di una circostanza in un’altra) è evidentemente ispirato ad una matrice valoriale. Tanto è ulteriormente corroborato dal dato per cui, anche se l’art. 68 del codice penale fosse ispirato esclusivamente al criterio di specialità (intendendo per “comprensione” nient’altro che un rapporto di *genus ad speciem*), lo stesso articolo prevede l’applicazione della norma – non generale ovvero “comprendente”, bensì – che contiene l’aumento (o, se attenuante, la diminuzione) più consistente.

Breve: il disvalore (in positivo o in negativo) del fatto viene desunto, qui, dal trattamento sanzionatorio. Detta conclusione richiama l’interprete a valorizzare la necessaria relazionalità che deve intercorrere tra fatto e sanzione¹⁴².

La teoria del *ne bis in idem* a base codicistica, che qui si ricostruisce ad ampie falcate, ritiene d’intravedere nella disciplina del reato complesso un ulteriore indice della capacità precettiva che il principio in parola, pur se inespresso, possiede.

¹⁴² F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 557.

Come si vedrà¹⁴³, l'art. 84 del codice – come emerge, peraltro, anche dalla Relazione al codice – non comprende solo il reato complesso in senso stretto, ma si riferisce anche ai casi in cui un reato si coniughi con un fatto lecito, ipotesi – quest'ultima – che dà luogo alla figura del reato complesso in senso lato. Se così interpretato, l'art. 84 c.p., escluderebbe l'applicazione delle regole sul concorso formale ad ipotesi non riconducibili nell'ambito della specialità *stricto sensu* intesa, al fine di non addossare due volte al soggetto un disvalore unitario¹⁴⁴.

L'assunto teso a valorizzare il reato complesso in senso lato poggia altresì su norme, diverse dall'art. 84 c.p., quali gli artt. 130 e 171 c.p., che risultano riferibili ad entrambe le tipologie di reato complesso¹⁴⁵.

La sottrazione di tali ipotesi – solo problematicamente riconducibili al terreno della specialità – alla disciplina del concorso di reati, operata dal disposto dell'art. 84 c.p., confermerebbe come il legislatore abbia già provveduto a valutare – e punire – il disvalore unitario di cui sono portatori i singoli illeciti che compongono il reato complesso.

L'esistenza di indici normativi dissonanti dalle argomentazioni formaliste viene assunta, dalla dottrina in esame, come sintomo del riconoscimento normativo del *ne bis in idem* sostanziale, il quale opererebbe, accanto alla specialità, come principio informatore della disciplina del concorso apparente.

¹⁴³ *Sub* Cap. IV.

¹⁴⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 523; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 555.

¹⁴⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 528.

12. Possibile fondamento costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale quale limite alla plurima valutazione sanzionatoria di un disvalore unitario

È necessario interrogarsi sulla quotazione costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale, quale principio (implicitamente) previsto dalla Costituzione come limite al legislatore nella disciplina dell'unità o pluralità di reati.

È necessario partire dalla considerazione per cui il disvalore del fatto di reato non è un che di pregiuridico o di ontologico, bensì costituisce il frutto - primariamente - di una valutazione normativa.

Nei limiti di quanto imposto dai principi costituzionali di offensività, *extrema ratio* e proporzionalità tra fatto e sanzione, allora, il legislatore è libero di valutare se i fatti effettivamente esprimano un disvalore omogeneo o, viceversa, siano portatori di un disvalore differenziato.

Si è già detto che la convergenza apparente di norme pone un problema, più che di efficacia, di validità delle norme. Da ciò deriva che, quando sussiste un dubbio sulla convergenza (apparente) di norme, o si opta per la delimitazione di un criterio di validità delle norme in concorso tale da giungere alla qualificazione delle stesse come alternative oppure, qualora si concluda per la sovrapposibilità delle norme tra di loro, si deve far ricorso ad uno dei criteri risolutivi della convergenza apparente. Solo una volta tentate queste due strade, si dovrà concludere per la ricorrenza, nel caso di specie, di una qualificazione giuridica plurima. A rigore, allora, ogni qual volta non sussista una espressa volontà del legislatore di applicare una sola norma, l'interprete dovrebbe riscontrare la sussistenza di più fatti tipici.

Ma è in tale frangente che s'intravede una possibile potenzialità espansiva del principio del *ne bis in idem* sostanziale che, se non costituisce un criterio di soluzione del concorso apparente di norme (per inesistenza di una norma esplicita su cui fondarlo), è certamente strumento d'interpretazione conforme dei possibili rapporti tra fattispecie astratte.

La prospettiva che consentirebbe alla valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale, ora tratteggiato nella sua valenza codicistica, di sfociare nella costruzione di un autentico principio ordinatore del sistema della convergenza apparente, è giocoforza quella costituzionale. La mancata adesione al proposito in parola limiterebbe l'interpretazione delle disposizioni analizzate nel paragrafo precedente a semplici regole di mitigazione del trattamento sanzionatorio di reati (o circostanze) in concorso.

Le istanze provenienti dalle Alte Corti sovranazionali e, soprattutto, internazionali, cui si è già fatto cenno, inducono a ripensare la dimensione tradizionalmente attribuita al *ne bis in idem* sostanziale e, probabilmente, l'intera materia del concorso apparente di norme, in virtù della sempre maggior ampiezza imputata alla componente sostanziale del principio in esame.

Diverse le tesi, molte delle quali fiorite in tempi non risalenti, che tentano di rinvenire un fondamento costituzionale al *ne bis in idem* sostanziale, rendendolo espressione di valori e finalità già presenti nel testo costituzionale.

Un recente contributo dottrinale, principalmente concentrato sull'analisi dei problemi posti dalle svariate ipotesi di doppio binario sanzionatorio, classifica il *ne bis in idem* sostanziale alla stregua di principio generale inespresso dell'ordinamento giuridico, agganciandolo - in primo luogo - al disposto di cui all'art. 12 delle Preleggi¹⁴⁶. La tesi in argomento coniuga le acquisizioni teoriche tradizionali, cui era giunta l'autorevole dottrina che si era occupata del tema, con i *dicta* provenienti dalle giurisprudenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel tentativo di offrire una nuova lettura dei rapporti tra concorso apparente di norme e del *ne bis in idem* sostanziale.

¹⁴⁶ Si fa riferimento al contributo monografico di SILVA, *Sistema punitivo*, cit., *passim*.

Più in particolare, si sottolinea come il divieto d'imputare più volte un disvalore unitario ad un medesimo soggetto vada agganciato a referenti costituzionali espressi, quali gli artt. 2, 3 e 13 della Costituzione, in uno al principio di legalità in materia penale e al principio della personalità della responsabilità penale¹⁴⁷. Peraltro, anche il principio costituzionale di offensività concorrerebbe a costituire la base normativa da cui indurre l'esistenza, nell'ordinamento giuridico penale, di un principio generale inespresso di *ne bis in idem* sostanziale.

Quanto all'insegnamento maturato nelle Alte Corti, eurounitaria e convenzionale, la tesi attribuisce rilevanza al portato degli insegnamenti proveniente da quelle sedi, costituito dalla valorizzazione della proporzionalità tra fatto e sanzione. Tuttavia, essa non si spinge fino al punto d'individuare un nesso di correlazione necessaria tra principio (costituzionale) di proporzionalità della reazione sanzionatoria e *ne bis in idem* sostanziale¹⁴⁸. Quest'ultimo, infatti, andrebbe confinato al piano della validità della norma e, dunque, atterrebbe al problema dei rapporti tra fattispecie astratte; ciò che precede, logicamente, il piano della risposta sanzionatoria. Il principio di proporzionalità tra fatto e sanzione attiene al *quantum* di pena previsto in conseguenza della manifestazione di un disvalore, di azione o di evento; esso non inerisce ai rapporti logici tra fattispecie, bensì entra in gioco nel momento dell'applicazione delle norme al caso concreto, a prescindere dai criteri con cui si sia deciso di risolvere l'eventuale convergenza delle prime. Non può esservi, seguendo tale argomentare, un nesso d'interdipendenza necessaria tra principio di proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale.

Va sottolineato, comunque, che la tesi in argomento non disconosce *tout court* l'esistenza di punti di contatto tra proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale; semplicemente, li colloca in due ambiti diversi della teoria della

¹⁴⁷ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 195 ss.

¹⁴⁸ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 335.

norma, ovverosia nel campo dell'applicazione (la prima) e in quello della validità della norma (il secondo)¹⁴⁹.

Tuttavia, non si può non evidenziare come la garanzia del *ne bis in idem* di matrice convenzionale (prim' ancora che eurounitaria), seppur inizialmente sbilanciata a favore della prospettiva processuale del divieto di *bis in idem*, si sia ultimamente assestata sul versante sostanziale del medesimo, agganciandolo - in particolare - all'esigenza di proporzione tra reato e pena (*rectius*, tra violazione del precetto e reazione sanzionatoria). Quanto rilevato dovrebbe richiamare l'attenzione sulla possibilità di ricostruire il divieto di doppia punizione (come oggi appare più correttamente qualificabile la garanzia convenzionale, inizialmente consistente nel divieto di doppio procedimento) a partire proprio dal principio di proporzionalità, il quale fonda - e allo stesso limita - la garanzia convenzionale. Ciò, peraltro, senza considerare che gli orientamenti emersi in sede eurounitaria e convenzionale, valorizzando il *ne bis in idem* a partire proprio da pragmatiche considerazioni inerenti al trattamento sanzionatorio, impongono un rinnovato approccio al problema della collocazione dogmatica dell'istituto del concorso apparente di norme.

Se, a partire dai *dicta* provenienti da Strasburgo e Lussemburgo, si ritiene di poter ricavare l'esistenza di un principio del *ne bis in idem* nella sua portata sostanziale, ciò non può prescindere dall'attribuzione di una valenza decisiva al canone della proporzione, il quale assurge al rango di principio proprio nel passaggio - nell'ambito della lettura delle Alte corti - dal carattere processuale a quello sostanziale della garanzia tutelata nelle Carte *lato sensu* europee dei diritti. Ricostruire il principio del *ne bis in idem* sostanziale obliterando gli echi provenienti da quelle sedi condurrebbe ad una sostanziale dequotazione del principio stesso, facendogli assumere valenza poco più che descrittiva.

¹⁴⁹ In termini PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 254.

Altre sono le tesi che, viceversa, ritengono di poter attribuire al *ne bis in idem* sostanziale valenza di principio costituzionale inespresso a partire da una pregnante valorizzazione del suo collegamento con il principio di proporzionalità tra reato e pena. I fautori di quest'impostazione¹⁵⁰ individuano il referente normativo espresso del *ne bis in idem* sostanziale nell'art. 27 della Costituzione, interpretando il principio di proporzionalità quale corollario necessario del canone di personalità della responsabilità penale, inteso come espressione del più generale principio di colpevolezza, vero e proprio grimaldello – quest'ultimo – utile a consentire l'attribuzione di un tono costituzionale al *ne bis in idem*, declinato sotto l'aspetto sostanziale.

Pur nell'adesione dei sostenitori della tesi in parola ad impostazioni marcatamente pluralistiche, l'acquisizione più rilevante delle tesi in argomento appare consistere nell'individuazione di un nesso di derivazione necessaria tra proporzionalità e *ne bis in idem*, alla luce delle affinità elettive presentate dalla prima con il principio di colpevolezza, se inteso quale fattore perimetrante in negativo la sanzione penale¹⁵¹.

La cifra della ricostruzione ermeneutica in parola – la quale non scioglie comunque l'interrogativo in ordine alle proprie conseguenze in tema di collocazione sistematica del concorso apparente di norme e in relazione ai rapporti con il principio di specialità – appare certamente concretizzarsi nel rilievo precettivo attribuito all'opera di ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza europea.

¹⁵⁰ FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 289 ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1048 ss.

¹⁵¹ DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 298.

CAPITOLO TERZO

ITINERARI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. La tendenziale adesione ai criteri strutturali. - 1.1. Un "cortocircuito" emblematico: i rapporti tra il reato previsto dall'art. 334 c.p. e l'illecito amministrativo *ex art.* 213 del Codice della Strada. - 2. Gli orientamenti fondati sulle teorie moniste "spurie". - 2.1. L'indirizzo strutturale mediato dal riferimento all'interesse protetto. - 2.2. Le elaborazioni giurisprudenziali agganciate alla specialità in concreto. - 3. Gli indirizzi fondati sull'adesione alle teorie moniste "pure". - 3.1. Il rapporto tra la ricettazione e le fattispecie in tema di tutela del diritto d'autore. - 3.2. I rapporti tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato. - 3.3. Le interferenze tra malversazione a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. - 3.4. Relazioni strutturali tra i reati in materia di armi. - 3.5. I rapporti tra i reati di indebita percezione di erogazioni pubbliche e di truffa aggravata ai danni dello Stato. - 4. L'annoso problema della specialità bilaterale o reciproca. - 4.1. Disorientamenti ermeneutici in ordine ai rapporti tra reati associativi. - 5. Orientamenti ispirati ai criteri valoriali.

1. Introduzione. La tendenziale adesione ai criteri strutturali

L'analisi degli orientamenti pretori in tema di concorso apparente di norme restituisce un quadro che, a prima vista, potrebbe sembrare univocamente definito. Se, infatti, il panorama dottrinale si caratterizza per la sua polifonia, il diritto vivente appare fermo nel ripudiare qualsiasi criterio ulteriore rispetto a quello di specialità. In particolare, le Sezioni Unite hanno confermato l'imprescindibilità, quanto alla scelta della norma prevalente

nella risoluzione dei casi di convergenza apparente, di una rigorosa indagine logico-strutturale¹.

Le elaborazioni giurisprudenziali più recenti, dominate dalle pronunce a Sezioni unite, se da un lato individuano nella specialità l'unico criterio risolutivo della convergenza di norme, dall'altro censurano l'utilizzo dei canoni della sussidiarietà (tacita) e dell'assorbimento/consunzione, in ragione dell'evidente *vulnus* al principio di prevedibilità che l'applicazione di questi ultimi determinerebbe, stante l'indiscriminata vaghezza ed indeterminazione da cui sono ammantati².

A ciò si aggiunge, sovente, che tale riferimento normativo include altresì l'operatività delle clausole di riserva, agganciando l'acquisizione in parola all'espressione "salvo che sia altrimenti stabilito" contenuta nel corpo della norma codicistica. In sostanza, ci si muove pur sempre nell'alveo dell'argomento strettamente normativo³.

¹ Solo per limitarsi alle principali sentenze pronunciate dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, molte delle quali verranno riprese nei paragrafi seguenti, si veda Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2017, con nota di SIBILIO, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*, nonché in Cass. pen., 2018, 144 ss., con nota di B. ROSSI, *Inammissibilità del concorso formale tra i reati di detenzione e porto in luogo pubblico di arma comune da sparo e di arma clandestina*; 23 febbraio 2017, n. 20664, in Cass. pen., 2017, 2653 ss., con nota di N. MADIA, *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni unite*, nonché in *Giust. pen.*, 2017, II, 343 ss., con nota di GIANNELLI, *Truffa aggravata e malversazione: concorso di reati o concorso apparente di norme? La soluzione delle Sezioni Unite*; 28 ottobre 2010, n. 1963, in Cass. pen., 2011, 3845 ss., con nota di GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*; 19 aprile 2007, n. 16568, in Cass. pen., 2007, 4526 ss.; 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Riv. pen.*, 2006, 306 ss.; 28 marzo 2001, n. 22902, in Cass. pen., 2002, 112 ss., con nota di FAIELLA, *Offesa e sanzione nel cosiddetto "riciclaggio di carte di credito"*; 9 gennaio 2001, n. 23427, in *Riv. pen.*, 2001, 732 ss.

² Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, cit.; Cass., Sez. un., 23 giugno 2017, cit. In dottrina SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 169.

³ Cass., Sez., un., 20 dicembre 2005, cit.

L'espressione cui si è fatto da ultimo riferimento, se da un lato consente di ammorbidire le "maglie" della stretta specialità, dall'altro non va comunque inquadrata quale grimaldello idoneo ad abbracciare le teorie di stampo valoriale, dal momento che essa si riferirebbe ai soli casi di sussidiarietà espressa, in cui è la stessa norma incriminatrice – in deroga al criterio di specialità – a dichiararsi sussidiaria rispetto ad altre norme, pur in assenza di un rapporto strutturale fra le stesse⁴.

La giurisprudenza in tema di concorso apparente è caratterizzata, come detto, da un'estrema instabilità, la quale ostacola la possibilità di giungere ad una chiara ricostruzione sistematica. I diversi indirizzi giurisprudenziali saranno analizzati a partire dagli orientamenti più stabilizzati, con la preliminare avvertenza che, seppur ad apparire prevalente sembra oggi essere l'utilizzo del solo criterio logico-formale di specialità, in alcune pronunce è dato rinvenire echi di criteri risolutivi differenti da quello cui aderiscono le tesi moniste.

Come si vedrà nel corso dell'analisi, la Suprema Corte – aderendo alle più aggiornate teorie in tema di concorso apparente di norme – è giunta a ritenere applicabile l'art. 15 c.p. anche nei casi di specialità bilaterale bilateralmente per specificazione (situazione che si concretizza, ad esempio, nel rapporto tra i delitti di percosse e maltrattamenti in famiglia), mediante l'estensione del concetto di "stessa materia", escludendo dal novero, dunque, le problematiche ipotesi di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, ove – come già rilevato – ciascuna fattispecie risulta speciale rispetto all'altra in virtù di elementi aggiuntivi reciprocamente eterogenei (situazione che si verifica, ad esempio, nei rapporti tra fra violenza sessuale, che presenta l'elemento della violenza o minaccia, ed incesto, che prevede il rapporto di parentela od affinità)⁵.

⁴ Cass. Sez. un., 20 dicembre 2005, cit.

⁵ Cass., Sez. un., 23 giugno 2017, cit.

In virtù di tali premesse, appaiono coerenti con esse le affermazioni contenute in molti arresti, tese a negare qualsiasi rilievo all'oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie in gioco, poiché i riferimenti ai beni giuridici protetti costituirebbero "elementi incerti quali dato di discriminine, di non univoca interpretazione, e per questo suscettibili di opposte valutazioni da parte dell'interprete"⁶.

A fronte di una tale, apparentemente netta, presa di posizione, il quadro complessivo offerto dal lavoro giurisprudenziale si staglia su di uno sfondo caratterizzato da non infrequenti "scatti" verso conclusioni teoriche incoerenti con le premesse teoriche di base: si è assistito, nel corso degli anni, ad adesioni - neanche troppo celate - ad impostazioni di matrice deontologica, mediante la legittimazione dell'opzione risolutiva offerta dai criteri di sussidiarietà e consunzione⁷.

Peraltro, conclusioni dissonanti con la teoria "pura" della specialità - con tale intendendo quella che postula tanto l'inesistenza di criteri altri rispetto a quello della *lex specialis*, quanto il rifiuto di far refluire considerazioni relative all'oggetto giuridico nell'esegesi del concetto di "stessa materia" - non appaiono frequenti solo nella giurisprudenza più datata, poiché (con specifico riferimento alla concretizzazione del concetto di "stessa materia") talvolta si è ricostruito il rapporto di specialità basandosi solo sulla similarità del bene giuridico protetto dalle fattispecie, pur in assenza di un rapporto strutturale tra di esse⁸.

È duplice, dunque, il "cortocircuito" metodologico cui dà vita la prassi giurisprudenziale: a sentenze che, pur propagandando adesione teorica ai postulati monisti, fanno applicazione dei principi di sussidiarietà e

⁶ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, cit.

⁷ Si veda *infra*, par. 5.

⁸ VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 848.

consunzione⁹ (evidenziando in controtelaio, dunque, una preferenza per le logiche pluraliste), si affiancano decisioni che tentano di scardinare la corazza della stretta specialità a partire da valutazioni valoriali inerenti al rapporto tra interessi tutelati.

1.1. UN "CORTOCIRCUITO" EMBLEMATICO: I RAPPORTI TRA IL REATO PREVISTO DALL'ART. 334 C.P. E L'ILLECITO AMMINISTRATIVO EX ART. 213 DEL CODICE DELLA STRADA

In questa temperie giurisprudenziale è dato rinvenire sentenze che – pur incentrando il proprio argomentare su presupposti teorici eminentemente legati alla nozione di specialità in astratto – finiscono per determinare zone d'incertezza nella complessa opera di fisionomizzazione dell'istituto del concorso apparente, stante l'assenza di una elaborazione unitaria del concetto di "specialità".

Indicativa della tendenza in parola è la pronuncia delle Sezioni Unite con cui sono stati chiariti i rapporti tra il reato di cui all'art. 334 c.p. (che punisce la sottrazione o il danneggiamento di cose sottoposte a sequestro nel corso di un procedimento penale o dall'Autorità amministrativa) e l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 del Codice della strada (che censura la circolazione abusiva con veicolo sottoposto a sequestro amministrativo)¹⁰.

⁹ In tema di rapporti fra gli artt. 374-bis (false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale) e 479 c.p. (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici) la Cassazione recentemente, dopo aver rilevato l'esistenza di un rapporto di specialità unilaterale per aggiunta, ha optato – utilizzando il criterio della consunzione – per l'applicazione dell'art. 374-bis non in quanto fattispecie avente carattere speciale, bensì perché in grado di esaurire l'intero disvalore penale del fatto medesimo, comprendendo in sé anche la tutela apprestata dall'art. 479 c.p. Sul punto SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 146.

¹⁰ Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, cit.

La Suprema Corte, nella sua massima composizione, ha aderito, *prima facie*, al criterio strutturale, identificato quale l'unico realmente praticabile in tema di concorso apparente di norme.

I supremi giudici hanno ritenuto d'individuare tra l'illecito amministrativo e la norma delittuosa codicistica un rapporto di specialità unilaterale.

La decisione prende le mosse dalla già esposta tesi dottrinale¹¹ (maturata in relazione sia all'art. 15 c.p., sia all'art. 9 della legge n. 689 del 1981) secondo cui, posto che indubbiamente le ipotesi di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta appaiono riconducibili alla regola sancita dall'art. 15 del codice penale, un elemento specifico o aggiuntivo non basta a determinare una diversità di materia o di fatto. L'elemento specifico, infatti, costituisce pur sempre una delle possibili forme di manifestazione del corrispondente elemento generico. Inoltre, l'elemento aggiuntivo che caratterizza la disposizione unilateralmente speciale non incontra, in quella generale, un requisito ulteriore, a confronto del quale il primo possa dirsi differente.

Se così è, anche in ipotesi di specialità reciproca bilateralmente per specificazione, oppure di specialità reciproca mista (ossia da un lato per specificazione e dall'altro per aggiunta), la materia (o il fatto) rimane la medesima: nella prima ipotesi i due tipi si distinguono solo in virtù di elementi specifici, i quali non determinano un'eterogeneità rilevante. Nel secondo caso, viceversa, una delle due fattispecie si caratterizza solo per un elemento specifico, senza descrivere un requisito ulteriore rispetto al quale quello aggiuntivo – che connota la contrapposta figura tipica – determina una diversità.

È solo nelle ipotesi di specialità reciproca bilateralmente per aggiunta che si assisterà ad una divergenza di materia, posto che ciascun elemento appare ulteriore e diverso da quello – o da quelli – presenti nella fattispecie convergente: dette situazioni integrerebbero, allora, ipotesi di concorso

¹¹ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 48; ID., voce *Concorso apparente di norme*, cit., 11 ss.

formale di reati. In caso di specialità reciproca bilateralmente per aggiunta, infatti, non è individuabile una sola fattispecie speciale ma, al più, è individuabile una sottofattispecie comune ad entrambe le norme, costituita dall'incontro di tutti i requisiti comuni e di quelli reciprocamente specializzanti.

Tuttavia, dalla lettura delle norme oggetto della pronuncia a Sezioni unite del 2010 si evince come esse si pongano in quella zona di confine fra concorso formale e concorso apparente, presentandosi i due illeciti proprio in rapporto di specialità reciproca bilateralmente per aggiunta.

Se da un lato, infatti, l'art. 213 del Codice della strada risulta speciale per specificazione in virtù della condotta (la circolazione abusiva è *species* del *genus* sottrazione, previsto dall'art. 334 c.p.) e della sola natura amministrativa del sequestro (laddove la fattispecie delittuosa contempla anche quello penale)¹², dall'altro la norma codicistica risulta a sua volta fattispecie speciale per specificazione a causa del soggetto attivo, dal momento che l'art. 334 c.p. si caratterizza come reato proprio, integrabile dal solo custode (al contrario dell'illecito amministrativo, che sanziona "chiunque" circoli abusivamente).

La Suprema corte, tuttavia, per evitare di ricondurre problematicamente l'area della convergenza apparente alla categoria della specialità reciproca (e a discapito del concorso formale di reati)¹³, individua fra i due illeciti un rapporto di specialità unilaterale, ritenendo l'art. 213 del Codice della strada norma speciale rispetto alla *lex generalis*, individuata nell'art. 334 c.p.

Tutti gli elementi specializzanti – si afferma – appaiono contenuti nella fattispecie prevista dal Codice della strada: tanto la circolazione abusiva (che è *species* del *genus* "sottrazione", tipizzato dall'art. 334 c.p.), quanto la natura necessariamente amministrativa del sequestro (non anche penale) e l'oggetto materiale (un veicolo e non una qualsiasi *res*).

¹² VALLINI, *Giusti principi*, cit., 854.

¹³ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 148.

La conclusione più opinabile, però, sembra essere quella cui i supremi giudici giungono nel ritenere la norma sanzionatoria amministrativa speciale, quanto a soggettività attiva, rispetto alla fattispecie codicistica; poiché quest'ultima integra un reato proprio (essendo necessaria una particolare qualifica soggettiva), l'illecito amministrativo sarebbe speciale per aggiunta rispetto ad essa, in quanto fattispecie applicabile ad una cerchia di soggetti più ampia rispetto a quella considerata dall'art. 334 c.p. Una simile argomentazione pare insostenibile: sino a questa sentenza, mentre da un lato si riteneva che l'aggiunta di elementi particolari specificasse la fattispecie, dall'altro vi era generale consenso nel qualificare le fattispecie a soggettività qualificata come speciali rispetto a quelle riferite ad un soggetto generico. Invece, seguendo l'argomentare delle Sezioni Unite del 2010, si deve concludere che le fattispecie appartenenti alla seconda categoria aggiungono degli elementi rispetto alle fattispecie (tradizionalmente ritenute speciali) del primo tipo, con la conseguenza che ciò che un tempo si qualificava come *lex generalis* dovrebbe, ora, transitare nel concetto di *lex specialis*.

La Corte ha ritenuto, dunque, che i soggetti ulteriori rispetto al solo custode rientrino nel paradigma dell'elemento aggiuntivo.

Non si può non evidenziare il carattere "paralogico" di questo tipo di argomentazione, il quale conduce la Corte ad una conclusione antinomica con le premesse strutturali di fondo¹⁴.

L'aporia è determinata dall'adesione ad una nozione ampia e indifferenziata di elemento aggiuntivo; mentre, intendendo bene il principio di specialità, si dovrebbe concludere che non tutti gli elementi aggiuntivi specializzano la fattispecie. Se infatti la *species* include, per definizione, un sottoinsieme dei casi riconducibili al *genus*, la sola aggiunta strutturale che legittima l'individuazione di un rapporto formale di specialità è quella che, elevando il numero dei dettagli del "tipo",

¹⁴ VALLINI, *Giusti principi*, cit., 855.

circoscrive il campo applicativo di una fattispecie rispetto all'ambito di riferimento della figura generale, in sé meno particolareggiata. Ciò non si verifica quando, come nel caso di specie, una fattispecie amplia la descrizione della classe dei soggetti attivi (ampliando, conseguentemente, la stessa tipicità).

Quest'ultima ipotesi si realizza proprio nei rapporti tra reato proprio e reato comune: mentre il primo si può applicare tanto al soggetto qualificato quanto a quello non qualificato, il secondo si riferisce esclusivamente al soggetto qualificato. È il secondo, evidentemente, ad essere speciale, poiché si applica ad un insieme di casi interamente ricompreso nell'ambito applicativo del primo, e non viceversa.

Breve: le Sezioni Unite – ove affermano che la specialità si caratterizza per il fatto che, eliminata la specificazione o l'aggiunta, si ricade nell'ipotesi generale – adottano *prima facie* una nozione corretta di specialità unilaterale. Nel prosieguo, però, qualificano come unilateralmente speciale una norma (l'art. 213 del Codice della strada) applicabile ad una classe di casi non interamente riconducibili alla norma ritenuta generale¹⁵.

La piattaforma teorica cui si basa il ragionamento della Suprema corte avrebbe dovuto condurre a qualificare la fattispecie oggetto di scrutinio come un caso di specialità bilaterale bilateralmente per specificazione (con l'ulteriore, pressante, problematica d'individuare la norma prevalente). Secondo alcuni commentatori, quest'ultima si sarebbe dovuta identificare nella fattispecie sanzionatoria amministrativa, poiché connotata dal maggior numero di elementi specializzanti¹⁶.

La problematica soluzione offerta da quest'arresto va agganciata, probabilmente, nella consapevolezza che l'individuazione di un rapporto

¹⁵ VALLINI, *Giusti principi*, cit., 860. Infatti, le circolazioni abusive attuate da chi non sia né custode, né proprietario sono riconducibili solo alla norma presente nella legislazione complementare, non anche alla fattispecie codicistica. Ciò rende evidente l'aporia cui dà luogo la pronuncia che qui occupa.

¹⁶ VALLINI, *Giusti principi*, cit., 863.

di specialità reciproca avrebbe complicato enormemente le operazioni prasseologiche di scelta della norma prevalente, offrendo una soluzione poco rispettosa della funzione nomofilattica. Tuttavia, per evitare di affidare le interferenze tra le norme all'istituto del concorso di reati si è tentato, con una *ratio decidendi* evidentemente dissonante dalle "forme" logiche della specialità, di far refluire la vicenda nell'alveo dei tranquilli lidi della specialità unilaterale.

A fronte di deviazioni, più o meno problematiche, offerte dalla prassi, ci si deve interrogare allora sull'effettiva tenuta del canone della *lex specialis* interpretato alla luce delle tradizionali tesi monistico-strutturali, nella prospettiva della valorizzazione delle istanze – sottese alla disciplina della convergenza apparente – espressione del principio di legalità.

2. Gli orientamenti fondati sulle teorie moniste "spurie"

2.1. L'INDIRIZZO STRUTTURALE MEDIATO DAL RIFERIMENTO ALL'INTERESSE

PROTETTO

Le tesi pretorie fondate sull'applicazione del solo canone della specialità costituiscono il filone quantitativamente più numeroso e, secondo le affermazioni contenute nelle medesime sentenze che lo compongono, l'unico astrattamente concepibile nell'approccio al problema del concorso apparente di norme.

In realtà, come già rilevato, la riluttanza ad accogliere criteri ubicati in luoghi diversi dal "monismo" puro ha, nel corso dei decenni, costituito nient'altro che un'affermazione di facciata, dietro la quale si sono spesso celate – più che adesioni ad indirizzi sostanzialistici – interpretazioni della nozione di "stessa materia" come medesimezza di bene giuridico tutelato¹⁷.

¹⁷ *Ex multiis* Cass., 11 giugno 2015, n. 33989, *rv.* 266644.

Le suggestioni emerse in sede giurisprudenziale, tese a sancire – più o meno celatamente – l’operatività di criteri quali sussidiarietà e consunzione, hanno richiesto l’intervento nomofilattico delle Sezioni unite, le quali, recentemente, hanno richiamato all’ordine le sezioni semplici, prediligendo il ricorso alla specialità logico-formale, senza la (invocata) mediazione del requisito dell’identità di bene giuridico¹⁸.

Tuttavia, non va sottaciuta la tendenza delle corti nostrane a “strizzare l’occhio” a criteri aventi un aggancio positivo meno solido, ritenuti tuttavia da talune decisioni preferibili per sciogliere l’enigma concorsuale¹⁹.

Al contrario, calandosi nell’indagine sui criteri marcatamente monisti, va segnalato come vi sia un indirizzo (tra questi) più restrittivo, il quale richiede – oltre al requisito del rapporto strutturale di specialità tra le fattispecie incriminatrici – anche che vi sia identità (o, quantomeno, omogeneità) tra le oggettività giuridiche tutelate dalle norme. In tal modo si finisce per confinare l’ambito del concorso apparente a poche ipotesi, in quanto si esclude la sua presenza nonostante esista un rapporto di specialità.

Il richiamo al bene giuridico tutelato quale criterio di soluzione ulteriore del concorso di norme, nei casi in cui vi sia già a monte un rapporto strutturale di specialità, viene dalla giurisprudenza utilizzato spesso nei casi di specialità reciproca: in assenza d’identità o omogeneità dell’oggetto

¹⁸ Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, cit.

¹⁹ Per tutte Cass., 28 febbraio 2017, n. 13849, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2017, con nota di S. BERNARDI, *La Suprema Corte alle prese con il “principio di assorbimento” in una recente sentenza in materia di abuso d’ufficio*, che ha risolto il “concorso” tra falsità ideologica del pubblico ufficiale in atto pubblico (art. 479 c.p.) e abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) mediante il ricorso al criterio dell’assorbimento.

giuridico si è, non infrequentemente, concluso per la sussistenza di concorso formale di reati²⁰.

Negli ultimi tempi, tuttavia, l'indirizzo che risolve la convergenza apparente mediante considerazioni di stampo valutativo relative alla tipologia di bene giuridico protetto dalle norme in concorso, pur se un tempo assolutamente prevalente, appare minoritario, specie se confrontato con le elaborazioni marcatamente riconducibili all'indirizzo monista.

Tra le sentenze che s'ispirano a tale modalità di risoluzione del concorso, di stampo assiologico, può essere annoverata una pronuncia secondo cui non sussiste rapporto di specialità tra le disposizioni di cui agli artt. 455 (che punisce la spendita e l'introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate) e 648-*bis* del codice penale (che incrimina il riciclaggio), poiché le norme in concorso tutelano beni giuridici differenti: mentre la prima è posta a protezione della regolare circolazione della moneta e della credibilità degli istituti di emissione, la seconda tutela il patrimonio e, più in generale, l'ordine pubblico economico²¹.

²⁰ Lungo questo filone interpretativo si sono poste Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, n. 9568, in *Cass. pen.*, 1995, 58 ss., e Cass., Sez. un., 29 ottobre 1997, n. 119, *ivi*, 1998, 1331 ss., che si richiamano entrambe, in modo abbastanza apodittico, al criterio dell'oggetto giuridico. Nella prima sentenza si è affermato che, affinché si verifichi il concorso apparente di norme (con la conseguente necessità d'individuare la norma speciale che deroga a quella generale), è necessaria in primo luogo l'identità della natura delle norme, che devono essere tutte norme penali. In secondo luogo, è necessaria l'identità dell'oggetto di tali norme, che devono, tutte, regolare "la stessa materia": devono essere, perciò, caratterizzate dall'identità del bene alla cui tutela sono finalizzate.

²¹ Cass., 12 giugno 2008, n. 25773, *rv.* 241444.

2.2. LE ELABORAZIONI GIURISPRUDENZIALI AGGANCIATE ALLA SPECIALITÀ IN CONCRETO

Non sono mancate pronunce che si sono espressamente richiamate, per la soluzione del problema della convergenza, agli indirizzi postulanti l'adesione al criterio della specialità cd. in concreto²².

Alla stregua di tale impostazione è stato affermato che il delitto di violenza sessuale in continuazione non è in concorso formale con quello di maltrattamenti in famiglia, qualora il medesimo fatto concreto rientri sotto entrambe le norme, sia perché anche il delitto previsto dall'art. 572 c.p. è caratterizzato da un dolo unitario e programmatico, sia perché il concorso tra i due reati non può essere giustificato dalla diversa oggettività giuridica delle due fattispecie, trattandosi di criterio estraneo alla configurazione codicistica del principio di specialità (interpretata però, in quest'arresto, come ricomprensivo anche le ipotesi di specialità in concreto)²³.

Nella motivazione, la Corte ha aderito espressamente alla tesi della specialità in concreto, predicando apertamente la possibilità che una stessa condotta fattuale possa integrare contemporaneamente il reato di violenza sessuale e di maltrattamenti (possibilità negata, tuttavia, nel caso di specie, poiché il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. escluderebbe il concorso formale di reati apparentemente integrati da una stessa fattispecie materiale quando un reato è tipicamente configurato come speciale rispetto ad un altro).

La medesima tendenza è risultata caratterizzare la *ratio decidendi* anche di una pronuncia a Sezioni Unite, ove si è affermato che l'aggravante agevolativa dell'attività di un sodalizio mafioso e l'aggravante dei motivi abietti, contestate in relazione ad un medesimo reato, possono concorrere

²² Per la ricostruzione teorica (e critica) della categoria della specialità in concreto, si veda *sub* Cap. II, par. 8.1.

²³ Cass., 29 novembre 2000, n. 3998, in *Cass. pen.*, 2002, 2787 ss.; 24 giugno 2004, n. 35849, *ivi*, 2006, 965 ss.

solo ove l'aggravante comune appaia autonomamente caratterizzata da un *quid pluris* rispetto alla finalità di consolidamento del prestigio e del predominio sul territorio del gruppo malavitoso²⁴.

3. Gli indirizzi fondati sull'adesione alle teorie moniste "pure"

3.1. IL RAPPORTO TRA LA RICETTAZIONE E LE FATTISPECIE IN TEMA DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE

Gli orientamenti maggiormente accreditati, sul piano giurisprudenziali, aderiscono *apertis verbis* alle tesi moniste, imperniate sulla stretta applicazione del criterio logico-formale del rapporto di specialità tra fattispecie astratte.

In particolare, agli indirizzi in parola mostrano adesione svariate pronunce a Sezioni Unite, a partire quantomeno dalla pronuncia in cui, in tema di concorso tra ricettazione e commercio di prodotti con segni falsi (delitto punito dall'art. 474 c.p.), è stato affermato – a seguito di un raffronto strutturale tra gli elementi di fattispecie – come i due delitti possano

²⁴ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 337, in *Cass. pen.*, 2009, 2790 ss.

concorrere, atteso che le fattispecie incriminatrici descrivono condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico²⁵.

Ponendosi nell'alveo della prospettiva strutturale, tuttavia, una delle pronunce più rilevanti è costituita dall'arresto delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra il reato di ricettazione ed altre, limitrofe, fattispecie criminose, le quali sanzionano l'utilizzo, a ricezione avvenuta, delle *res* di provenienza illecita. La Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, ha concluso per il concorso reale tra le fattispecie in esame, cogliendo però l'occasione per enucleare alcuni principi in tema di concorso apparente di norme²⁶.

In particolare, l'analisi condotta si è focalizzata sui problematici rapporti intercorrenti tra il delitto di ricettazione e gli illeciti, penali ed amministrativi, previsti dagli artt. 171-ter e 174-ter della normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633). Tali ultime fattispecie reprimono la circolazione di supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali (illecitamente duplicati o, comunque, con contrassegno SIAE mancante o contraffatto).

²⁵ Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, in Cass. pen., 2001, 3019 ss., con nota di SVARIATI, Le Sezioni Unite si pronunciano sulla configurabilità del concorso tra il reato di ricettazione e quello di commercio di prodotti industriali recanti marchi o segni contraffatti. In termini, altresì, Cass., Sez. un., 13 dicembre 2000, n. 35, in Cass. pen., 2001, 2054 ss., che, seppur relativa alla diversa materia della successione di norme penali, sembra privilegiare in modo netto l'approccio strutturale. La Corte, infatti, nell'affermare che in tema di reati tributari, tra la contravvenzione di omessa presentazione delle dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto (già prevista dall'art. 1, comma 1, d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito in l. 7 agosto 1982, n. 516) ed il delitto di omessa dichiarazione (introdotto dall'art. 5, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) sussiste, stante la disomogeneità strutturale fra le due fattispecie, discontinuità di illecito (con conseguente abrogazione delle condotte sanzionate dalla contravvenzione abrogata, sembra segnare una svolta ermeneutica, prendendo posizione, in modo netto, a favore dell'impostazione teorica che procede ad un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, rifuggendo totalmente dall'analisi del fatto storico.

²⁶ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, in Cass. pen., 2006, 861 ss.

La pronuncia, richiamandosi espressamente ai principi contenuti nella sentenza a Sezioni unite *Ndiaye* del 2001 (inerente, come rilevato, ai rapporti tra il delitto di ricettazione e la fattispecie delittuosa di cui all'art. 474 c.p.), ha affermato che tra le fattispecie previste dagli artt. 648 c.p. e 171-ter della legge sul diritto d'autore non può sussistere una convergenza apparente di norme, in quanto non è configurabile un rapporto di *genus ad speciem* tra le condotte tipiche descritte dalle summenzionate fattispecie.

La condotta di acquisto (o ricezione) della *res*, descritta dalla fattispecie prevista dall'art. 648 c.p., precede logicamente e cronologicamente quella di detenzione, tipizzata nell'art. 171-ter della legge del 1941. Esse appaiono dunque come eterogenee e non appaiono, evidentemente, riducibili ad un rapporto di *genus ad speciem*.

Vari gli argomenti addotti, dalle Sezioni unite, a sostegno dell'opzione per la sussistenza di un concorso di reati tra le fattispecie in esame.

In primo luogo, la condotta di acquisto o ricezione non può essere considerata speciale rispetto a quella di detenzione perché, avendo la prima natura istantanea, si perfeziona cronologicamente prima e a prescindere dalla sussistenza del requisito della persistenza temporale; requisito, quest'ultimo, indispensabile invece per il perfezionamento della norma che incrimina la detenzione, la quale ha, viceversa, natura permanente. Inoltre, la condotta tipica della ricettazione non può essere considerata una *species* di quella di detenzione prevista dall'art. 171-ter della legge sul diritto d'autore, anche perché - mentre la prima assume rilevanza solo se finalizzata alla vendita, in guisa da evidenziare una finalità ulteriore in capo al soggetto agente - la detenzione rilevarebbe a prescindere da finalità ulteriori insistenti in capo al soggetto attivo.

Specularmente, la condotta di detenzione non può a sua volta essere considerata speciale rispetto a quella di acquisto o ricezione, poiché - se la prima rileva anche qualora il soggetto agente non sia a conoscenza della natura illecita del bene al momento dell'acquisto - la condotta tipica

prevista dalla fattispecie codicistica assume rilievo solo in presenza della *scientia fraudis* in ordine alla provenienza illecita del bene.

Le Sezioni unite ribadiscono, dunque, il principio secondo cui le questioni poste dall'art. 15 c.p. vanno risolte esclusivamente tramite un raffronto strutturale tra le fattispecie in gioco, negando – al contempo – qualsiasi fondamento normativo ai criteri valoriali di assorbimento e di consunzione. Tanto, in virtù della considerazione per cui l'inciso finale dell'art. 15 c.p. (“salvo che non sia altrimenti stabilito”) alluderebbe alle sole clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici di parte speciale o inserite nella legislazione complementare. Dette clausole, derogando al principio di specialità, possono prevedere l'applicazione della norma generale, ritenuta sussidiaria, in luogo di quella speciale. Esse, tuttavia, riferendosi ad ipotesi specifiche, non sono suscettibili di applicazione generalizzata (*id est*, di applicazione analogica).

In aggiunta a ciò, il supremo consesso ha cura di rilevare come i giudizi di valore – di cui i criteri di assorbimento e di consunzione costituirebbero concretizzazione – si pongano in contrasto con il principio di legalità, *sub specie* di determinatezza e tassatività, poiché fanno dipendere da valutazioni dell'interprete, arbitrarie e discrezionali, l'opzione per una delle norme convergenti.

Si potrebbe obiettare, nei confronti di tale ultima affermazione, che anche l'applicazione rigida del criterio di specialità (e, in particolare, la categoria della specialità per aggiunta) presupporrebbe pur sempre una scelta tra gli elementi strutturali a mente dei quali operare il raffronto tra fattispecie. La censura in parola risulta, però, agevolmente superabile non appena si consideri che, nell'ambito del criterio di specialità, la selezione degli elementi sintomatici su cui operare la comparazione è governata da un criterio solidamente logico-formale. Viceversa, i criteri di matrice valoriale – prescindendo dalla struttura della fattispecie – imporrebbero il compimento, da parte del singolo interprete, di scelte vaghe e non prevedibili *ex ante*.

Peraltro, ad ulteriore smentita della praticabilità del percorso tracciato dai criteri risolutivi a sfondo assiologico, le Sezioni unite hanno cura di osservare che essi (e, in particolare, quello di consunzione) giammai potrebbero regolare le interferenze tra gli artt. 648 c.p. e 171-ter della legge sul diritto d'autore: l'acquisto di supporti illecitamente riprodotti non può essere considerato, infatti, un *ante factum* non punibile della detenzione, in quanto il delitto contemplato dalla legislazione speciale (che incrimina tale condotta) è sanzionato con una pena più mite e non risulta in grado, dunque, di assorbire il disvalore della fattispecie delittuosa codicistica.

In definitiva, la circostanza in base alla quale la condotta d'illecita immissione in circolazione possa essere realizzata anche da chi, in buona fede al momento di ricezione del supporto, s'induca a cederlo ad altri con la sopravvenuta consapevolezza della contraffazione, impone di ritenere il concorso "reale" tra i delitti in parola: la responsabilità per l'immissione in circolazione può essere addebitata anche a chi non debba rispondere di concorso nella contraffazione o di ricettazione.

Non può sostenersi – come sarebbe stato necessario per concludere nel senso della sussistenza di un rapporto strutturale di specialità – che l'integrazione di una fattispecie presupponga inevitabilmente l'integrazione dell'altra.

3.2 I RAPPORTI TRA FRODE FISCALE E TRUFFA AGGRAVATA AI DANNI DELLO STATO

Ulteriore ipotesi in cui la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, ha aderito – per risolvere il problema della convergenza apparente – alle tesi moniste è quello dei rapporti tra il delitto di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti (previsto dall'art. 2 del d. lgs n. 74 del 2000) e il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (disciplinato dall'art. 640, comma 2, n. 1, c.p.).

Sui rapporti tra le predette fattispecie si sono tradizionalmente registrati orientamenti contraddittori.

Una prima elaborazione pretoria riteneva che, fra i delitti in esame, mancasse un rapporto logico-formale di specialità in astratto, in virtù dell'assenza di un nucleo strutturale comune tra le due fattispecie: mentre la frode fiscale prevederebbe un artificio specifico (ossia l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), la fattispecie codicistica richiederebbe – per la sua consumazione – la sussistenza di elementi ulteriori, quali l'induzione in errore e la determinazione di un danno, del tutto indifferenti per il delitto previsto dalla legislazione tributaria. Si è così sostenuta l'assenza di un rapporto di specialità in astratto tra le due norme, tanto in virtù della mancata ricomprensione nel delitto di frode fiscale di tutti gli elementi costitutivi del primo, quanto in ragione del fatto che il delitto di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti non contempla, quali elementi del tipo, né l'effettiva induzione in errore dell'erario, né la determinazione dell'ingiusto profitto con pari danno in capo all'Amministrazione Finanziaria²⁷. In realtà, le pronunce che hanno escluso la sussistenza di un rapporto di specialità tra i delitti in questione hanno talvolta integrato la propria *ratio decidendi* mediante il ricorso a considerazioni attinenti alla diversa oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie delittuose.

Tuttavia, l'orientamento prevalente – già maggioritario prima dell'intervento delle Sezioni unite, di cui a breve si dirà – riteneva sussistente un tipico rapporto di specialità tra le due norme: il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato sarebbe stato speciale rispetto all'altro, in virtù della presenza di una specifica condotta decettiva²⁸.

Le Sezioni unite, intervenute nel 2011 a sciogliere gli interrogativi sul punto, hanno chiaramente optato per la sussistenza di un rapporto di specialità in

²⁷ Cass., 14 novembre 2007, n. 14707, *rv.* 239659.

²⁸ Cass., 28 ottobre 2009, n. 41488, *rv.* 245001.

astratto tra le norme in esame, sulla base – primariamente – del raffronto strutturale tra le fattispecie di reato²⁹.

Argomento pregnante è risultato essere quello dell'acclarata specialità della norma penale tributaria, in virtù della presenza in essa, quali elementi costitutivi, del peculiare artificio costituito dall'induzione in errore dell'erario mediante utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni soggettivamente inesistenti.

Si è ritenuto che gli elementi costitutivi della truffa, idonei a qualificarla come reato a forma vincolata (consistenti nell'induzione in errore e nel fatto che il soggetto agente procuri, a sé o ad un terzo, un ingiusto profitto con conseguente danno altrui), non sarebbero idonei ad impedire l'emersione di un rapporto di specialità logico-formale tra i delitti in questione. Ciò, tanto in virtù del fatto che *l'eventus damni* presente nella truffa troverebbe un corrispondente nella finalità di evadere le imposte (ossia nell'oggetto del dolo specifico del reato di cui all'art. 2, d. lgs. n. 74 del 2000), quanto in ragione della presenza, anche nella fattispecie penal-tributaria, della (necessaria) induzione in errore del soggetto passivo, concretizzantesi nel momento di presentazione della dichiarazione fraudolenta.

In virtù di quanto sostenuto ed argomentato, le Sezioni unite concludono per la convergenza apparente dei delitti di frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato, accordando prevalenza al primo, poiché ritenuto unilateralmente speciale (per specificazione) rispetto al secondo.

Non si può non sottacere, criticamente, che altro è l'evento di (profitto e di) danno, previsto nella truffa quale elemento costitutivo della stessa (che deve essere, dunque, perseguito dal soggetto attivo e da questi necessariamente conseguito), altro è il dolo specifico, avente ad oggetto – nel delitto di frode fiscale – il fine di evadere le imposte. Trattandosi di

²⁹ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2011, n. 1235, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss., con nota di SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*; in *Cass. pen.*, 2011, 2501 ss., con nota di RUTA, *Truffa ai danni dello Stato e frode fiscale: limiti al principio di specialità*.

elementi costitutivi strutturalmente differenti, svolgenti funzioni dissimili nell'ambito della teoria generale del reato, si sarebbe dovuto più correttamente concludere per l'assenza di un rapporto di stretta specialità tra le norme in argomento, optando - al più - per la sussistenza di un rapporto di specialità bilaterale bilateralmente per specificazione: mentre la truffa richiede come elementi specializzanti l'induzione in errore e l'*eventus damni*, il reato fiscale presuppone l'utilizzazione o l'emissione di fatture fittizie ed il fine di evasione, elementi - a loro volta - specializzanti rispetto al reato previsto dall'art. 640 c.p.

*LE INTERFERENZE TRA MALVERSAZIONE A DANNO DELLO STATO E TRUFFA
AGGRAVATA PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE*

A conferma della piena adesione, almeno in via di principio, ai criteri di risoluzione della convergenza apparente mediante il ricorso al criterio della stretta specialità, si colloca una recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione la quale, nel dirimere i nebulosi rapporti tra i delitti di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (previsto dall'art. 640-*bis* c.p.) e quello di malversazione a danno dello Stato (contenuto nella norma di cui all'art. 316-*bis* c.p.), ha aderito *expressis verbis* al criterio della specialità in astratto.

In base all'orientamento prevalente i due reati avrebbero dovuto concorrere tra di loro, mancando i presupposti per ritenere esistente tra i medesimi un rapporto di specialità. Infatti, mentre la malversazione a danno dello Stato attribuisce penale rilevanza alle frodi "a valle", ovvero ai comportamenti finalizzati a distrarre i fondi dalle finalità d'interesse pubblico cui gli stessi erano stati in principio destinati, la fattispecie di truffa incrimina la condotta, posta "a monte", consistente nell'illecita percezione del finanziamento statale, ottenuto tramite artifici o raggiri. Le condotte tipiche valorizzate dalle due norme si collocherebbero, dunque, in momenti

logicamente e cronologicamente distinti tra di loro. In tal modo, ben sarebbe possibile concepire che, a seguito di una legittima percezione del finanziamento, esso non venga poi destinato alle finalità istituzionalmente previste; così come, ottenuti i fondi mediante una condotta decettiva, non vi sarebbe ostacolo ad immaginare una corretta destinazione dei medesimi. Infine, sarebbe astrattamente predicabile una situazione in cui, ottenuti contributi pubblici mediante artifici o raggiri, il soggetto percettore li destini a finalità non contemplate dalla normativa in tema di finanziamenti statali. Il reato di malversazione a danno dello Stato, secondo la tesi prevalente, non postulerebbe una previa truffa. Se si aggiunge, a tanto, altresì la diversità dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie in esame (buon andamento della Pubblica Amministrazione, quanto all'art. 316-bis; patrimonio, quanto all'art. 640-bis), non si può non concludere per l'assenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie³⁰.

È dato rilevare, tuttavia, come secondo un orientamento nettamente minoritario in seno alla giurisprudenza di legittimità i due reati darebbero luogo ad una convergenza apparente, da risolversi mediante l'opzione per i criteri valoriali (*sub specie* del criterio della consunzione). I due comportamenti, tipizzati dalle norme in (ritenuto) concorso apparente, sarebbero espressione di un disvalore crescente, tale da rendere necessaria (e sufficiente) l'applicazione della sola fattispecie di cui all'art. 640-bis c.p. (norma che prevede il trattamento sanzionatorio più rigoroso), in virtù della considerazione per cui le condotte incriminate rappresentano gradi differenti di offesa al medesimo bene giuridico (la corretta allocazione delle risorse pubbliche)³¹. Si potrebbe, però, criticamente rilevare comune tale argomentazione possa avere un principio di legittimazione solo nel caso in cui il soggetto agente prima induca in errore l'ente erogatore e,

³⁰ Cass., 16 giugno 2015, n. 29512, *rv.* 264231.

³¹ *Ex plurimis* Cass., 4 giugno 2009, n. 23063, *rv.* 244180.

successivamente, devii dalle finalità istituzionali nel momento d'impiego dei contributi percepiti.

Recentemente, le Sezioni unite hanno, ancora una volta, aderito al principio di specialità in astratto per dirimere il contrasto ermeneutico³².

In primo luogo, esse hanno ribadito come l'unico criterio-guida in materia di convergenza apparente non possa che essere quello logico-formale di specialità, mediato dal riferimento – di carattere strettamente normativo – alle clausole di sussidiarietà.

Un passaggio nodale, anche per la potenza concettuale – parzialmente dissonante dalle precedenti pronunce sul tema – appare certamente essere quello in cui le Sezioni unite, rilevando che anche il concorso tra elementi accidentali del reato viene disciplinato dalla sola specialità in astratto (come è reso evidente dall'art. 68 c.p., relativo al concorso di circostanze), affermano che la disciplina codicistica della specialità, di cui all'art. 15 c.p., è totalmente informata alla salvaguardia del *ne bis in idem* sostanziale, poiché la norma impedisce che sia imputato ad un medesimo soggetto l'addebito plurimo di un accadimento unitariamente valutato dal punto di visto dell'ordinamento penale.

In ogni caso, l'adesione alle teorie moniste è suffragata dalla considerazione per cui solo queste possiedono una solida base ricostruttiva; ciò, contrariamente agli orientamenti incentrati su valutazioni valoriali, i quali – oltre a risultare privi di referenti normativi espressi – richiamano dati incerti (come l'identità dell'oggetto giuridico e la graduabilità della relativa offesa) e, pertanto, determinano un *vulnus* al principio di legalità in materia penale³³.

³² Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, cit.

³³ Le Sezioni unite, però, paiono riferirsi nel corpo della motivazione – per suffragare la ritenuta assenza di un rapporto di specialità tra le norme – a considerazioni evidentemente valoriali, attinenti al bene giuridico tutelato dalle due fattispecie e rinvenendo nella diversa oggettività giuridica (corretta individuazione del beneficiario, quanto all'art. 640-bis;

Le Sezioni unite, poste le premesse in parole, escludono che le fattispecie in esame – le quali possiedono una genesi ed uno sviluppo autonomo – si situino in rapporto di specialità tra loro, posto che esso può ravvisarsi solo ove vi sia un identico contesto di fatto ed una delle norme contenga necessariamente gli elementi dell'altra.

Ed infatti, se si analizzano gli elementi costitutivi dei reati in esame, ci si accorge *ictu oculi* dell'impossibilità d'inquadrare i loro rapporti secondo lo schema della specialità: è pacifico come gli artifici e raggiri non costituiscano l'unica modalità mediante la quale si possa ottenere la percezione dei finanziamenti e delle altre forme di provvidenze previste dall'art. 316-*bis* c.p. Specularmente, la percezione fraudolenta dei contributi (ciò che caratterizza la disposizione di cui all'art. 640-*bis* c.p.). non necessariamente sfocia nella distrazione delle somme erogate dalla loro finalità.

Depone a favore della lettura in parola la genesi delle due disposizioni, introdotte a pochi giorni di distanza l'una dall'altra, in assenza di clausole di sussidiarietà espressa: tale ultima scelta evidenzia l'assenza di una *voluntas legislatoris* a livello politico-criminale, tesa a rendere subvalente l'una norma rispetto all'altra.

Pertanto, le due fattispecie non sono in rapporto di necessaria interdipendenza tra loro, poiché le somme ottenute dal soggetto privato, e da questi non destinate alle finalità previamente indicate (ciò che costituisce il disvalore del reato *ex art. 316-bis* c.p.), possono originare tanto da una condotta lecita, quanto da un comportamento decettivo.

Sulla base delle analizzate differenze tra le due fattispecie in comparazione si possono verificare astrattamente, secondo le Sezioni unite, almeno tre tipi di situazioni diverse:

efficace allocazione delle risorse pubbliche, quanto all'art. 316-*bis*) un ulteriore argomento a sostegno del concorso effettivo tra i due reati.

- a) il privato ottiene illecitamente il finanziamento e, successivamente, utilizza la somma per scopi privati;
- b) il privato ottiene con mezzi fraudolenti l'erogazione, ma la destina effettivamente ad opere o ad attività giustificanti il sostegno economico richiesto;
- c) il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma omette di destinarlo all'attività o all'opera di pubblico interesse per cui era stato erogato.

Nell'ipotesi *sub c)*, si verterebbe in ipotesi di malversazione "pura"; nel caso *sub b)*, verrebbe invece in rilievo l'autonomia tra le due fattispecie, in quanto il privato attua una truffa ma poi non compie una malversazione. Nel primo caso, infine, dopo aver compiuto la truffa (con una condotta anche cronologicamente autonoma ed eventuale), il privato realizza la malversazione a danno dello Stato.

L'analisi del rapporto strutturale tra fattispecie astratte ha il pregio di mettere in luce come le situazioni concrete in cui i due reati possono realizzarsi siano molteplici, oltre a potersi combinare tra loro con modalità autonome. Ciò sottolinea la differenza strutturale tra le due fattispecie e le interferenze tra le condotte che, anche se in via eventuale, possono venire ad esistenza.

La possibilità astratta di tali diverse conseguenze porta correttamente le Sezioni unite a concludere che la soluzione giuridica non possa che essere quella del concorso effettivo (stante l'assenza di un rapporto di specialità) tra i reati di cui agli artt. 316-*bis* e 640-*bis*, comma 2, n. 1, c.p.

RELAZIONI STRUTTURALI TRA I REATI IN MATERIA DI ARMI

La legislazione complementare in materia di armi e munizioni, contenuta – principalmente – nelle leggi 2 ottobre 1967, n. 895 e 18 aprile 1975, n. 110, ha

posto rilevanti problematiche quanto al possibile concorso tra diverse fattispecie di reato in essa previsti.

Più nello specifico, l'attenzione della giurisprudenza di legittimità si è appuntata sulle relazioni intercorrenti tra il delitto di porto e detenzione in luogo pubblico di arma comune da sparo (previsto dagli artt. 4 e 7 della legge del 1967) e quello di porto e detenzione in luogo pubblico di arma clandestina.

Tale contrasto è stato risolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, nel senso della sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie, con una pronuncia quasi coeva a quella che ha sistemato i rapporti tra i reati di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e malversazione ai danni dello Stato³⁴.

L'orientamento maggiormente seguito dai giudici, soprattutto di legittimità, riteneva che tra i reati in esame sussistesse un concorso effettivo³⁵. Tale considerazione era fondata, perlopiù, su argomentazioni di stampo valoriale, incentrate sulla diversità dei beni giuridici tutelati: mentre la norma incriminatrice relativa alle armi comuni da sparo sarebbe stata posta a protezione del patrimonio conoscitivo dell'autorità di pubblica sicurezza quanto all'esistenza delle armi, ai luoghi di custodia e ai soggetti possessori, la fattispecie inerente alle armi clandestine avrebbe tutelato l'interesse della Pubblica Amministrazione ad inibire l'ingresso nel territorio nazionale di armi prive dei necessari requisiti identificativi.

Le Sezioni unite, impiegando argomentazioni marcatamente moniste, hanno respinto in blocco una chiave ermeneutica concettualmente caratterizzata da valutazioni di stampo valoriale, ritenendo che l'assunta diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme in rilievo non possa assumere decisività ai fini dell'insussistenza di una convergenza apparente. Infatti, se per "stessa materia" deve intendersi la stessa fattispecie astratta,

³⁴ Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, cit.

³⁵ Cass., 16 giugno 2013, n. 45903, *rv.* 257386.

ovverosia lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato, il riferimento all'interesse (diverso, nel caso di specie) tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità. Ciò porta a ritenere che, come già affermato in altra parte del presente lavoro³⁶, l'identità di materia si ha sempre nel caso di specialità unilaterale per specificazione - perché l'ipotesi speciale è ricompresa in quella generale - e, parimenti, nel caso di specialità reciproca per specificazione (come nel rapporto tra i delitti di percosse e di maltrattamenti in famiglia), ovvero ancora di specialità unilaterale per aggiunta (situazione che viene ad esistenza, ad esempio, nei rapporti tra il sequestro di persona e il sequestro di persona a scopo di estorsione). L'identità di materia, seguendo tali presupposti, va invece esclusa nel caso di specialità reciproca bilaterale bilateralmente per aggiunta, ove ciascuna delle fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (come nel rapporto tra violenza sessuale e incesto, in cui c'è la violenza o la minaccia, nel primo caso e il rapporto di parentela o affinità, nel secondo).

Le Sezioni unite, in particolare, ritengono che i rapporti strutturali tra le fattispecie in esame porti ad affermare che il requisito della clandestinità dell'arma integri un elemento specializzante unilateralmente per aggiunta. I reati di detenzione e porto di arma clandestina costituiscono, dunque, ipotesi criminose speciali rispetto a quelle di detenzione e porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo, giacché contengono tutti gli elementi costitutivi della condotta - detenzione e porto di un'arma comune da sparo - e in più, quale elemento specializzante, il dato della clandestinità dell'arma comune da sparo, che risulta non catalogata o priva dei segni identificativi previsti dall'art. 11 della legge n. 110 del 1975.

Non è, peraltro, configurabile un rapporto di specialità reciproca fra le fattispecie in esame, posto che le disposizioni di cui all'art. 23 della legge n.

³⁶ Cap. II, par. 3.

110 del 1975 non contengono l'avverbio "illegalmente", impiegato invece dal legislatore per definire le condotte illecite di detenzione e porto illegale di armi non clandestine. Ciò in quanto l'arma clandestina non è mai, per definizione, legalmente detenibile, né può essere legalmente portata in luogo pubblico o aperto al pubblico.

La possibilità di detenere o di portare in luogo pubblico, o aperto al pubblico, armi comuni da sparo, nel rispetto delle norme di pubblica sicurezza, costituisce il presupposto logico delle condotte incriminate dalle norme contenute nella legge n. 895 del 1967, qualificate dall'illegalità della detenzione o del porto.

Pertanto, in base al raffronto strutturale tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte si deve concludere per la sussistenza di un rapporto di specialità (per aggiunta) tra le norme che incriminano condotte attinenti ad armi comuni da sparo e norme che censurano quelle relative ad armi clandestine.

Nei casi di detenzione e di porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma comune da sparo clandestina troveranno, allora, applicazione le sole fattispecie di cui all'art. 23, primo, terzo e quarto comma, della legge n. 110 del 1975, dedicate alla detenzione ed al porto delle armi clandestine, e non le generali previsioni sulla detenzione ed il porto illegali delle armi comuni da sparo, di cui agli artt. 2, 4 e 7 della legge n. 895 del 1967.

I RAPPORTI TRA I REATI DI INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI PUBBLICHE E DI TRUFFA AGGRAVATA AI DANNI DELLO STATO

La complessa e problematica questione dei rapporti tra i reati di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, risolta dalle Sezioni unite nel 2007, rappresenta probabilmente l'esempio cristallino delle "buone intenzioni" contenute negli orientamenti pretori che propagandano

l'adesione al criterio della sola specialità in astratto per la risoluzione dei possibili casi di convergenza apparente tra norme.

L'art. 316-ter, introdotto con la legge n. 300 del 2000, costituisce attuazione della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, firmata a Bruxelles nel 1995, i cui artt. 1 e 2 impegnavano gli Stati membri a punire – con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive (comprehensive, almeno nei casi di frode grave, di pene privative della libertà personale idonee a comportare l'estradizione) – ogni azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o presentazione di documenti falsi, inesatti o incompleti o alla mancata comunicazione di informazioni dovute cui fosse conseguita la percezione o la ritenzione illecita di fondi comunitari.

L'art. 316-ter, però, non era previsto nell'originario articolato del disegno di legge, poiché si riteneva – come ribadito anche nella Relazione illustrativa di quest'ultimo – che la fattispecie di cui all'art. 640-bis c.p. avrebbe soddisfatto il rispetto degli obblighi comunitari di cui si richiedeva l'attuazione.

Il vero *punctum dolens* s'incentrava, tuttavia, sulla possibile riconduzione, nell'alveo della tipicità del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, anche del mero silenzio antidoveroso, ovvero della mancata comunicazione di un'informazione in violazione di uno specifico obbligo gravante sul soggetto: tale condotta, prevista dalla Convenzione del 1995 come idonea a dar vita ad una frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione europea, non sarebbe stata – in assenza del requisito normativo dell'induzione in errore del soggetto passivo – agevolmente riconducibile sotto l'ombrello dell'art. 640-bis c.p. Tale preoccupazione, emersa già nel corso dei lavori parlamentari, aveva convinto il legislatore a configurare un'apposita fattispecie delittuosa, inserita nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, finalizzata ad attribuire penale rilevanza a fatti *prima facie* non integranti il paradigma previsto dalla fattispecie codicistica, posta – quest'ultima – a tutela del bene giuridico patrimonio.

Se da un lato la novella dell'ultima ora avrebbe potuto reprimere il timore di aver dato vita ad una flebile tutela penale degli interessi finanziari comunitari, dall'altro è apparso evidente come il legislatore, con l'inserimento dell'art. 316-ter nel corpo del codice penale, abbia dato vita ad una fattispecie in probabile rapporto di specialità reciproca con quella più risalente: i due reati, infatti, presentano un nucleo comune quanto all'oggetto materiale della condotta e all'*eventus damni*, costituito – quest'ultimo – dall'indebita percezione degli aiuti economici, menzionati in entrambe le norme.

L'unica differenza residuale, esistente tra le fattispecie in esame, è costituita dalla presenza delle false dichiarazioni od omissioni informative, nell'art. 316-ter, e dagli artifici o raggiri, nell'art. 640-bis, comma 2, n. 1.

La complessità del problema è acuita (se non proprio determinata) dalla presenza, in apertura dell'art. 316-ter c.p., di una clausola di sussidiarietà espressa a favore dell'art. 640-bis c.p.

Nel panorama giurisprudenziale antecedente alla pronuncia a Sezioni unite del 2007 si contendevano il campo due orientamenti. In forza del primo, prevalente, *iter ricostruttivo*, l'art. 316-ter c.p. sarebbe stato qualificabile come norma sussidiaria rispetto alla fattispecie di truffa aggravata, argomentando a partire dalla clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640-bis" presente nell'*incipit* della norma di più recente introduzione e sulla finalità di politica criminale, perseguita dal legislatore del 2000, di assicurare una più efficace ed uniforme tutela contro le frodi in tema di sovvenzioni pubbliche³⁷. Interpretato in questo modo, l'art. 316-ter avrebbe abbracciato condotte – quali il nudo mendacio – palesemente estranee al delitto di truffa, mancando in esse l'induzione in errore del soggetto passivo determinato dalla presenza di artifici o raggiri.

³⁷ Cass., 30 ottobre 2001, n. 2976, in *Cass. pen.*, 2003, 2679 ss., con nota di N. MADIA, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316-ter cod. pen. e l'art. 640-bis cod. pen.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parti inutili.*

Secondo altro, e diverso, orientamento, l'art. 316-ter si troverebbe invece, malgrado l'esistenza della clausola di riserva e con riferimento alle condotte di presentazione o di utilizzazione di documenti falsi, in rapporto di specialità con la truffa: le condotte di silenzio antidoveroso, integrando esse stesse un raggirio, integrerebbero - in assenza dell'art. 316-ter c.p. - la fattispecie *ex art. 640-bis c.p.*³⁸

Va segnalato come della questione abbia avuto modo di occuparsi anche la Corte costituzionale. Era stato, infatti, prospettato un contrasto tra l'art. 316-ter c.p. e gli artt. 3 e 10 della Costituzione: la nuova disposizione incriminatrice - se intesa quale fattispecie in rapporto di *sussidiarietà* con l'art. 640-bis c.p. - avrebbe, a parere del giudice *a quo*, prodotto il paradossale effetto di espungere dal perimetro di tipicità della truffa aggravata condotte che in passato venivano pacificamente ricondotte alla nozione di "artifici e raggiri". Ciò avrebbe determinato un'ingiustificata disparità di trattamento tra la truffa in danno degli interessi finanziari eurounitari (soggetta al più mite trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 316-ter, c.p.) e quella in danno di soggetti privati.

Breve: secondo il giudice rimettente la norma sospettata d'incostituzionalità si sarebbe insinuata nel sistema quale disposizione palesemente eccentrica, poiché caratterizzata da un'evidente contraddizione tra la formale *sussidiarietà* evocata dalla clausola di riserva e - se raffrontata con l'art. 640-bis c.p. - la sua sostanziale specialità, derivante altresì dalla tradizionale elaborazione pretoria, la quale era solita ritenere tutte le condotte tipizzate dalla novella come la più comune e tipica forma di estrinsecazione degli artifici e raggiri.

La Corte costituzionale ha rifiutato di aderire alla prospettazione ermeneutica proposta dal giudice *a quo*³⁹.

³⁸ Cass., 6 marzo 2003, n. 18417, in *Cass. pen.*, 2005, 1267 ss.

³⁹ Corte cost., ord. 12 marzo 2004, n. 95.

Posto che, alla luce della clausola di riserva presente nel corpo dell'art. 316-ter c.p. e della finalità della novella (consistente nello scopo di fornire una tutela aggiuntiva e complementare agli interessi finanziari dell'Unione europea), non potrebbe seriamente dubitarsi della natura sussidiaria e residuale della norma scrutinata, la Consulta ha concluso per la chiara sussistenza di un esclusivo rapporto di sussidiarietà tra le norme in questione, idoneo a consentire l'applicazione della fattispecie d'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato nei soli spazi concretamente non coperti dalla fattispecie di truffa. Gli interstizi di tipicità non occupati da quest'ultima fattispecie (in relazione ai quali, soli, troverà applicazione la norma incriminatrice più recente) devono, però, essere individuati dall'interprete avuto riguardo alla concreta definizione del requisito degli artifici o raggiri e dell'induzione in errore, veri e propri elementi "spartiacque" in ordine alla differenziazione tipologica tra le due fattispecie di reato.

La Sezioni unite, nella pronuncia del 2007, aderiscono alle coordinate ermeneutiche già tracciate dalla Consulta, in particolare valorizzando – per affermare la sussistenza di un rapporto di sussidiarietà tra le norme in esame – il requisito dell'induzione in errore.

La Suprema Corte incentra il discrimine fra i due reati – non già sul tipo di condotta di volta in volta realizzato, bensì – primariamente sull'essere stato l'ente erogante caduto in errore a causa del comportamento decettivo posto in essere dal beneficiario. Poiché il *discrimen* tra le due norme viene incentrato sulla presenza o meno dell'induzione in errore, le Sezioni unite ritagliano consapevolmente un ambito applicativo dell'art. 316-ter c.p. estremamente ridotto, limitato a situazioni residuali, quali il mero silenzio antidoveroso e le condotte che non producano un danno patrimoniale o che, comunque, non abbiano indotto in errore l'autore della disposizione patrimoniale. Questa seconda ipotesi, in particolare, può ravvisarsi nelle fattispecie in cui il controllo sulla veridicità dei dati forniti dal privato intervenga in un momento successivo all'erogazione del finanziamento o

del contributo. In tal caso, infatti, la corresponsione dell'erogazione non può dipendere da un'erronea rappresentazione dei fatti da parte dell'ente erogante, il quale si limita, in prima battuta, solo a verificare che l'istanza presenti i connotati di regolarità formale.

Il delitto d'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato si pone dunque, secondo le Sezioni unite, in rapporto di sussidiarietà – e non di specialità – con quello di truffa aggravata ai danni dello Stato.

È possibile formulare alcune osservazioni di carattere critico al *dictum* delle Sezioni unite del 2007.

Il rapporto tra le due fattispecie andrebbe più correttamente inquadrato, leggendo in filigrana la *ratio decidendi* della pronuncia, come ricadente nell'alveo della specialità reciproca per aggiunta.

Infatti, pur se le affermazioni di principio contenute nella sentenza inducono ad optare senza dubbio per una relazione di sussidiarietà tra le due norme (plasticamente evidenziata dalla presenza, nell'*incipit* dell'art. 316-ter c.p., della clausola di riserva), ad una più attenta analisi risulta evidente come tra le norme in gioco intercorra un rapporto di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, poiché al nucleo comune degli artifici o raggiri e dell'*eventus damni* si affiancano – quali elementi eterogenei – da un lato l'omissione d'informazioni doverose (sufficienti ad integrare la tipicità dell'art. 316-ter, c.p.) e, dall'altro, l'induzione in errore (necessaria per la consumazione del delitto di truffa).

Peraltro, qualora si aderisse all'orientamento pretorio propagandante la ricomprensione, nell'alveo della fattispecie di truffa, anche delle mere omissioni (obliterando, però, il carattere di reato a forma vincolata di quest'ultima), si potrebbe addirittura sostenere l'esistenza, tra gli artt. 316-ter e 640-bis, c.p., di un rapporto di specialità unilaterale per aggiunta, dove la norma speciale sarebbe evidentemente quella che prevede la fattispecie di truffa, poiché solo in questa vi sarebbe l'elemento aggiuntivo dell'induzione in errore. Aderendo a tale, ultima, prospettazione, si giungerebbe al paradosso di dover ritenere la clausola di sussidiarietà

presente nell'art. 316-ter c.p. totalmente inutile: è chiaro, infatti, che i casi rientranti nell'ambito dell'art. 640-bis troverebbero in quest'ultimo la loro disciplina. Ciò, però, in virtù del semplice operare del principio di specialità ex art. 15 c.p. e non, invece, in conseguenza della clausola di sussidiarietà espressa.

In ogni caso, la tesi sposata dalle Sezioni unite, volta a sostenere l'esistenza di un rapporto di sussidiarietà - e non di specialità - tra le norme in esame, ha probabilmente evitato al supremo consesso di ritrovarsi in un cortocircuito logico.

Se, infatti, si fosse aderito alla tesi della specialità unilaterale, si sarebbe dovuta constatare l'assoluta inutilità della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 316-ter c.p. Qualora, invece, le Sezioni unite avessero aderito alla tesi della specialità bilaterale o reciproca, sarebbe stata controverso la scelta della modalità di risoluzione del concorso apparente (*rectius*, della norma da ritenere prevalente) tra le norme in gioco.

In definitiva, la propagandata adesione al solo criterio normativo della specialità - affiancata, quale criterio ulteriore e in presenza di clausole di riserva nelle singole disposizioni di parte speciale, dalla sola sussidiarietà - avrebbe dovuto condurre le Sezioni unite ad affermare, più correttamente, l'esistenza di un rapporto strutturale di specialità tra le norme in commento. Le conseguenze paradossali - o la difficoltà d'individuare la norma prevalente - hanno probabilmente imposto di propendere verso una soluzione più rispettosa della *ratio legis* e delle finalità di politica criminale innervanti la riforma del 2000.

Va segnalato, inoltre, che con la medesima pronuncia è stato individuato un rapporto di specialità tra il delitto d'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e quelli - rispettivamente previsti dagli artt. 483 e 489 c.p. - di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico e di uso di atto falso, in quanto la formazione o l'utilizzo di documenti falsi costituiscono elementi necessari per la configurazione del delitto di cui all'art. 316-ter c.p.

Peraltro, i reati posti a tutela della fede pubblica concorrerebbero con la truffa, poiché il falso costituisce solo una delle possibili modalità di realizzazione della frode.

4. L'annoso problema della specialità bilaterale o reciproca

Il vero banco di prova degli orientamenti pretori, che – almeno in astratto – mostrano di aderire al solo criterio della specialità, è certamente costituito dai casi di specialità bilaterale o reciproca, situazione che viene ad esistere, come già rilevato, qualora le fattispecie possiedano – oltre ad un nucleo di elementi costitutivi in comune – alcuni elementi eterogenei speciali, per specificazione o per aggiunta.

Le fattispecie tradizionalmente problematiche, molte delle quali oggetto di pronunce giurisprudenziali non sempre tra di loro coerenti, sono molteplici⁴⁰.

Solo per proporre alcuni esempi, si pensi ai rapporti tra il reato di millantato credito (punito – fino al 2019 – dall'art. 346 c.p.) e quello di truffa, i quali condividono gli eventi comuni dell'induzione in errore del soggetto passivo e del conseguimento di una *utilitas* patrimoniale; tuttavia, mentre nell'art. 346 c.p. si prende in considerazione un particolare tipo di raggiro (ovverossia millantare credito presso un pubblico ufficiale), la fattispecie di truffa si distingue per un evento ulteriore, ossia la produzione di un danno. L'abrogazione dell'art. 346 c.p., ad opera della legge n. 3 del 2019, la quale ha altresì riformulato l'art. 346-bis c.p., non sembra aver diradato i dubbi interpretativi menzionati, posto che anche la nuova conformazione del delitto di traffico d'influenze illecite pare porsi in rapporto di specialità reciproca con l'art. 640 c.p.

⁴⁰ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 263 ss.

Si ponga mente, ancora, alla relazione intercorrente tra la violenza sessuale (di cui all'art. 609-*bis* c.p.) e la fattispecie d'incesto (punito dall'art. 564 c.p.): entrambi i reati richiedono la realizzazione di un atto sessuale, ma mentre l'art. 609-*bis* c.p. pretende che esso sia il frutto di una costrizione attuata mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o tramite un'induzione posta in essere con inganno o abuso della minorazione fisica o psichica, la fattispecie d'incesto si caratterizza per coefficienti ulteriori ed aggiuntivi, consistenti primariamente nella causazione di un pubblico scandalo.

Anche le fattispecie di violazione di domicilio (*ex art.* 614, c.p.) e di violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale appaiono porsi in rapporto di specialità bilaterale: posto il nucleo comune della condotta costituita dall'introduzione o nel trattenimento nell'altrui abitazione o privata dimora, per un verso l'art. 614 c.p. richiede che manchi la volontà espressa o tacita del titolare del diritto e, d'altra parte, l'art. 615 c.p. contiene tanto un elemento specializzante per specificazione (la qualifica soggettiva), quanto un elemento specializzante per aggiunta (l'abuso funzionale).

Il problema si pone in quanto, nelle numerose ipotesi ora cursoriamente accennate, nessuna fattispecie risulta speciale rispetto all'altra. È vero che, qualora si concretizzino - oltre all'elemento costitutivo comune - anche tutti gli elementi speciali delle due fattispecie, troveranno applicazione tutte le norme incriminatrici in astratto rapporto di specialità bilaterale; ma in questi casi, atteso che la condotta naturalisticamente realizzata ha contemporaneamente integrato la tipicità di entrambe le norme incriminatrici, si verserà pacificamente nell'ipotesi di concorso formale di reati (o, addirittura, materiale, qualora le condotte siano da ritenersi naturalisticamente non unitarie).

Con riferimento all'opera della giurisprudenza, va in primo luogo rilevato che l'orientamento, talvolta riaffiorante in ambito pretorio, secondo cui il requisito dell'inerenza delle più norme ad una medesima materia sussisterebbe solo laddove le norme in concorso tutelino il medesimo bene giuridico, ha gioco facile nell'escludere la presenza di un rapporto di

specialità tra le norme in esame, posto che sovente le fattispecie analizzate sono poste a tutela di oggettività giuridiche estremamente distanti tra loro. Si noti come tale interpretazione, fondata su valutazioni di tipo assiologico, abbia progressivamente sempre più attecchito nell'ambito della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, pregiudicando la chiarezza delle argomentazioni che si richiamano espressamente alle teorie moniste⁴¹.

Proprio in tale frangente si coglie l'estrema complessità del rompicapo costituito dalle ipotesi di specialità reciproca. Con riferimento a queste ultime, infatti, l'adesione alle teorie moniste dovrebbe determinare la conclusione per l'assenza, *sic et simpliciter*, di un rapporto di specialità e, conseguentemente, imporre l'opzione per la disciplina del concorso di reati, stante l'assenza di un autentico rapporto di specialità unilaterale in astratto. Tuttavia, i giudici sembrano spesso cedere ad argomentazioni di matrice valoriale, vuoi per ritrosia ad espungere le ipotesi di specialità reciproca dall'alveo della specialità in astratto, vuoi per giustificare - a livello di politica del diritto - la *ratio decidendi* delle pronunce con cui si finisce per imputare ad un soggetto plurime fattispecie di reato. Il che, specie in presenza di condotte naturalisticamente omogenee, può apparire insostenibile se ci si pone nella prospettiva delle esigenze equitative e di giustizia sostanziale.

Conferme di tali affermazioni emergono nell'ambito dei rapporti tra la fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al narcotraffico: dette fattispecie si collocano chiaramente in rapporto di specialità reciproca, atteso che all'elemento specializzante dell'art. 416-bis c.p. (costituito dal cd. metodo mafioso) si contrappone un *numerus clausus* di reati-fine previsti dalla fattispecie prevista dall'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 1990.

In fattispecie riguardanti associazioni di tipo mafioso operanti (anche) nell'ambito degli stupefacenti, la giurisprudenza - invece di concludere per

⁴¹ VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 280.

la mancata integrazione dei requisiti previsti dalle tesi moniste, posta l'assenza di un rapporto di specialità unilaterale – inserisce riferimenti alla diversità dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie in gioco (ossia ordine pubblico, l'una, salute collettiva, l'altra) per affermare la ricorrenza di un concorso di reati⁴². La non totale coincidenza del perimetro operativo delle due associazioni avrebbe dovuto far propendere per l'assenza di una convergenza apparente di norme, atteso l'evidente rapporto di specialità reciproca intercorrente tra le medesime. Il riferimento, di natura valoriale, al bene giuridico protetto, se da un lato appare superfluo, dall'altro determina una situazione di preoccupante incertezza, concretizzantesi nella predicabilità – a seguire un tale argomentare – di un concorso apparente di norme nel caso in cui le oggettività giuridiche delle fattispecie in rapporto di specialità reciproca coincidano.

La Cassazione ha peraltro, di recente, confermato la configurabilità del concorso tra i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione a delinquere finalizzata al narcotraffico, nel caso in cui quest'ultima sia dotata di un'autonoma struttura organizzativa che, avvalendosi del contributo di sodali anche diversi dai soggetti affiliati al sodalizio mafioso, persegua un proprio programma delittuoso, dalla cui attuazione discenda il concomitante conseguimento dell'interesse del clan. Nel caso di specie, come si vedrà nel prossimo paragrafo, è stata recisamente esclusa la violazione del *ne bis in idem* sostanziale, mancando – nel rapporto tra le due fattispecie associative – piena coincidenza (non solo degli elementi costitutivi, ma anche) delle oggettività giuridiche tutelate⁴³.

⁴² Cass., 23 ottobre 2009, n. 4651, in *Cass. pen.*, 2010, 4367 ss., con nota di LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato": la responsabilità dei soggetti operanti nel comparto di produzione e traffico di droga dell'impresa mafiosa*.

⁴³ Cass. 16 marzo 2020, n. 10255, in *Cass. pen.*, 2020, 2721 ss., con nota di SALVIANI, *La configurabilità del reato previsto dall'art. 416-bis c.p. anche per le organizzazioni criminali diverse dalle mafie "tradizionali"*.

4.1. DISORIENTAMENTI ERMENEUTICI IN ORDINE AI RAPPORTI TRA REATI

ASSOCIATIVI

Uno dei principali banchi di prova dell'operatività dell'elaborazione teorica in tema di specialità reciproca è rappresentato dagli intricati rapporti tra fattispecie in cui, accanto al nucleo comune dell'associazionismo criminoso, vengono incriminate condotte divergenti.

Il riferimento corre, in particolare, alla configurabilità di un concorso formale tra la fattispecie di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, *ex art. 74, d.P.R. n. 309 del 1990*, e altre ipotesi delittuose di carattere associativo quali, in particolare, quelle previste dagli artt. 416 e 416-*bis* c.p.

La sovrapposizione tra le fattispecie è, infatti, ipotesi di non rara verifica nella prassi: dal caso in cui vi sia un unico sodalizio finalizzato alla commissione di delitti di diversa natura, tra cui quelli in materia di stupefacenti e che operi avvalendosi del c.d. metodo mafioso, a quello in cui sia riscontrabile una pluralità di sodalizi differenti per finalità delittuosa ma afferenti alla medesima, complessa, struttura criminosa, atteggiatesi a società criminale "madre".

A tale proposito, accanto alla sostanziale coincidenza strutturale dell'art. 74, d.P.R. 309 del 1990 con la fattispecie associativa "base" di cui all'art. 416 c.p., non può sottacersi come la prima fattispecie astratta risulti caratterizzata da una specificazione dei reati-fine al compimento dei quali l'organizzazione associativa è rivolta (ossia quelli legati al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope), in aggiunta alla previsione della figura del "finanziatore" e al superamento del ruolo del "capo" (sostituito in termini più moderni da quello del "dirigente").

Ebbene, se con riferimento all'associazione per delinquere comune, *ex art. 416 c.p.*, dottrina e giurisprudenza concordano nel ravvisare un rapporto di specialità unilaterale (per aggiunta) tra le due fattispecie associative, più

complesso è lo scenario sul versante del rapporto tra la fattispecie associativa con finalità di narcotraffico ed il reato associativo di cui all'art. 416-bis c.p.

Sul punto, è costante l'orientamento della Suprema Corte secondo cui un soggetto possa partecipare contemporaneamente ad un'organizzazione di stampo mafioso ed essere intraneo anche ad un gruppo che abbia come suoi reati-scopo quelli connessi al traffico di sostanze stupefacenti.

La peculiarità dell'incedere argomentativo della giurisprudenza maggioritaria risiede nella configurabilità di un concorso formale fondato sulla diversità dei beni giuridici considerati dalle due norme, ovverosia l'ordine pubblico (messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e di omertà) e la salute individuale e collettiva (minacciata dalla diffusione dello spaccio di sostanze stupefacenti).

Qualora il traffico di stupefacenti sia oggetto di una delle attività di un'associazione di tipo mafioso e venga gestito attraverso un'associazione all'uopo finalizzata e appositamente costituita e diretta dai componenti di quella mafiosa, rispondono tanto del reato di associazione di tipo mafioso, quanto di quello di associazione criminale finalizzata al traffico di stupefacenti - non solo gli intranei all'associazione mafiosa, ma altresì - coloro che abbiano operato esclusivamente nell'ambito del traffico di stupefacenti, se consapevoli però che il narcotraffico fosse gestito dal sodalizio mafioso⁴⁴.

Tale conclusione è stata ribadita anche di recente⁴⁵, allorché la Suprema Corte - muovendo dal presupposto fattuale dell'esistenza di un gruppo criminale dedito al traffico di sostanze stupefacenti autonomo e distinto da quello mafioso - ha ritenuto (in linea con un'impostazione stratificata sul punto) che per i soggetti implicati anche nel sodalizio mafioso potesse ravvisarsi un concorso (materiale) di reati. Tale opzione si spiega con

⁴⁴ Cass., 23 ottobre 2009, n. 4651, cit.

⁴⁵ Cass., 16 marzo 2020, n. 10255, cit.

l'argomentazione per cui, così ragionando, si riesce ad ottenere un aumento della pena base su cui calcolare il cumulo giuridico - a partire da quella più elevata di cui all'art. 74, T.U. stupefacenti - ma, al contempo, non si rinuncia a taluni effetti connessi all'applicazione dell'art. 416-bis c.p., come quello della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, ex art. 275 c.p.p. Viene dunque ribadito l'orientamento giurisprudenziale, foriero di eccessi repressivi, che afferma il concorso di reati tra l'associazione ex art. 416-bis c.p. e l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, "anche quando la medesima associazione sia finalizzata alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti e di reati diversi"⁴⁶.

Tale indirizzo, come visto, esclude il concorso apparente di norme sulla base del criterio sostanzialistico della diversità, quantomeno parziale, del bene giuridico protetto dalle due fattispecie associative: l'ordine pubblico nel caso dell'art. 416-bis c.p. e la tutela della salute, individuale e collettiva, minacciata dal commercio di sostanze stupefacenti e psicotrope, bene protetto dall'art. 74 del T.U. sugli stupefacenti.

Sul punto, va tuttavia rilevato che in relazione alla pronuncia da ultimo citata non sembra del tutto convincente la premessa (vale a dire l'asserita alterità tra le due associazioni), considerato che, nel caso di specie, tanto i vertici, quanto molti partecipanti, coincidevano soggettivamente. Inoltre, il potere decisionale era concentrato nelle mani delle stesse persone e l'organizzazione di mezzi e persone era sostanzialmente unitaria. Sarebbe stato maggiormente corrispondente alla realtà fenomenologica ravvisare un'unica associazione mafiosa dedita, tra le altre attività, anche al traffico di stupefacenti e, quindi, qualificare giuridicamente la vicenda come concorso materiale tra il delitto associativo ex art. 416-bis c.p. e il delitto-scopo previsto dall'art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, eventualmente aggravato ex art. 416-bis.1 c.p.

⁴⁶ Cass., 17 giugno 2016, n. 9956, *rv.* 269715.

La dottrina⁴⁷, ancorché non siano mancate posizioni critiche e discordanti, ha per lo più fatto propria l'impostazione giurisprudenziale maggioritaria. Segnatamente, alcuni autori hanno evidenziato come dovrebbe assumere preminenza la posizione soggettiva effettivamente rivestita dal singolo imputato. In effetti, il dato esperienziale mostra chiaramente come le associazioni criminose di stampo mafioso presentino carattere multilivello (in giurisprudenza vengono, infatti, definite anche "federazioni") e, come tale, è ben possibile che l'appartenente al livello dirigenziale non sia in alcun modo legato ai livelli inferiori dove, invece, l'attività principale è proprio quella legata al traffico di sostanze illecite. Conseguentemente, in tali ipotesi, risulterebbe irragionevole l'applicazione acritica e generalizzata del concorso formale tra le diverse fattispecie associative⁴⁸.

Inoltre, si potrebbe osservare – ricorrendo a considerazioni di stampo valoriale – come sia eccessivo ritenere configurabile il concorso formale tra l'organizzazione mafiosa e quella volta al narcotraffico nel caso di fattispecie associative che presentino la medesima struttura organizzativa, poiché in simili evenienze il fatto appare tale da esprimere un disvalore penale sostanzialmente omogeneo.

Nonostante la Suprema Corte si sia espressa in favore del concorso formale, anche in questo caso – tanto nell'ipotesi concreta dell'unico sodalizio dedito al traffico di stupefacenti che ricorra al metodo mafioso, quanto in quella del sottogruppo della stessa associazione di stampo mafioso che si dedichi stabilmente e in via esclusiva alla realizzazione delle attività di cui all'art. 74, T.U. Stupefacenti – sembra tuttavia possa affermarsi che tra le due norme intercorra un rapporto di specialità reciproca, in parte per aggiunta (per quanto attiene al metodo mafioso di cui all'art 416-bis, c.p.) e in parte

⁴⁷ SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1163 ss.

⁴⁸ GIUS. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti: le fattispecie previste dall'art. 73 D.P.R. 309/1990*, in CAPUTO-FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 324.

per specificazione (per ciò che riguarda la natura dei reati-fine di cui all'art. 74, T.U. Stupefacenti).

Ritenendo necessario valutare partitamente le singole ipotesi d'interferenza, qualora risulti costituito un unico sodalizio si porrebbe però il problema d'individuare la norma prevalente, che solo in prima battuta potrebbe essere identificata - nonostante l'opposto indirizzo della Suprema Corte, che oblitera totalmente la regola *ex art. 15 c.p.* - nella fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., stante il maggior numero di elementi specializzanti aventi un significativo peso a livello di politica criminale.

Nella diversa ipotesi in cui si rinvenga la sussistenza di due sodalizi distinti e autonomi, deve valutarsi attentamente la specifica posizione degli appartenenti alle due associazioni, per giungere a conclusioni differenti a seconda che svolgano un ruolo in entrambi oppure che abbiano aderito ad uno soltanto di essi. L'ipotesi del concorso di reati sarebbe ipotizzabile solo nei confronti dei primi.

Una questione più delicata si pone ove vi sia, in seno alla medesima associazione "madre" di stampo mafioso (che attingerebbe al livello di una sorta di "holding criminale"), una pluralità di gruppi dediti ad attività delittuose, tra cui rientrano quelle di cui all'art. 73, T.U. Stupefacenti.

La Suprema Corte, accontentandosi della semplificazione probatoria consistente nel riscontrare la partecipazione del singolo ad entrambe le associazioni, è giunta ad affermare una duplice responsabilità - ovverosia tanto per il reato di associazione di tipo mafioso, quanto per quello di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti - non solo in capo al soggetto membro dell'associazione "madre" di tipo mafioso, ma anche in capo a colui il quale che abbia operato esclusivamente nell'ambito del sottogruppo dedito al traffico di stupefacenti, ritenendo *in re ipsa* la consapevolezza del fatto che lo stesso fosse gestito dal sodalizio mafioso⁴⁹. Si è così ammesso una sorta di automatismo, tutt'altro che condivisibile, che

⁴⁹ Cass., 23 ottobre 2009, n. 4651, cit.

trascura l'eterogeneità dei vincoli associativi – e della compagine degli associati – e considera immanente, nella generica consapevolezza di svolgere un'attività controllata da un sodalizio mafioso (a prescindere dalla prova di un accordo a tal fine), la partecipazione allo stesso.

Rispetto a tale quadro è possibile svolgere talune considerazioni critiche⁵⁰. Innanzi tutto, non è corretto ritenere che la diversità del bene giuridico tutelato dalle due fattispecie associative escluda il concorso apparente di norme, dal momento che, da ultimo, le Sezioni unite hanno chiarito che per valutare la sussistenza di un rapporto strutturale di specialità tra norme incriminatrici *ex art. 15 c.p.* si deve operare un raffronto tra i loro elementi costitutivi, a prescindere dagli interessi giuridici protetti⁵¹.

In secondo luogo, non appare convincente neanche la conclusione di far discendere tale soluzione dalla mancanza di un rapporto di specialità unilaterale tra le figure associative, atteso che la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite del 2017⁵² ha in realtà aperto le porte anche alla specialità bilaterale in parte per specificazione ed in parte per aggiunta; ciò che caratterizza proprio il caso di specie, in cui l'art. 416-*bis* c.p. richiede, in aggiunta rispetto all'altra norma, il requisito del metodo mafioso, mentre l'art. 74 del T.U. Stupefacenti specifica unilateralmente il novero delle finalità del sodalizio, limitandolo alla commissione di una ben precisa categoria di reati-scopo.

Per contro, all'applicazione della disciplina del concorso apparente di norme, ai casi di partecipazione ad un unico sodalizio a prescindere dalla varietà del programma delittuoso, si può giungere ricorrendo al criterio valoriale dell'assorbimento, utilizzato in luogo del criterio strutturale, dal momento che in presenza di un'unitarietà normativo-sociale del fatto associativo pare inevitabile ritenere assorbito il disvalore del fatto concreto

⁵⁰ AMARELLI, *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l'art. 416 bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 10, 2249 ss.

⁵¹ Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, cit.

⁵² Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, cit.

nella fattispecie che sanziona il reato più grave. Differente, tutt'al più, potrebbe essere l'esito del processo d'individuazione della norma prevalente, in considerazione del fatto che le pene edittali previste per l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti sono astrattamente più elevate di quelle previste per l'associazione di stampo mafioso. Motivo per il quale potrebbe propendersi, aderendo ad una prospettiva dichiaratamente valoriale (in ordine ai criteri risolutivi dei casi di specialità reciproca), per la prevalenza dell'art. 74, T.U. Stupefacenti.

In definitiva, ove si sia in presenza di una struttura organizzativa unitaria – per quanto allettante dal punto di vista repressivo sia la prospettiva del concorso formale, in ragione della deterrenza discendente dall'eccezionale carico sanzionatorio che ne deriverebbe – sembra davvero inaccettabile la contestazione di una pluralità di reati associativi in conseguenza della diversa natura dei reati-fine, posto che la pericolosità insita nella struttura organizzativa che è alla base del programma delittuoso è già sufficientemente neutralizzata dall'applicazione di una sola delle disposizioni rilevanti. In altri termini, il *favor* per il concorso apparente di norme pare conseguenza necessaria di un'interpretazione delle fattispecie associative che valorizzi come fulcro del disvalore l'elemento strutturale dell'organizzazione, più che la specifica tipologia dello scopo delittuoso.

È anche evidente che il problema dei rapporti intercorrenti tra l'art. 74 del T.U. Stupefacenti con le altre fattispecie associative risente del mancato coordinamento tra le varie ipotesi di reato, introdotte dal legislatore senza perseguire una logica repressiva coerente e mediante l'utilizzo di una tecnica incriminatrice omogenea.

Da un lato, infatti, si è continuato a fare ricorso al modello d'incriminazione generale di cui all'art. 416 c.p., inserendovi delle ipotesi aggravate in relazione alla specificazione del programma delittuoso; dall'altro, sono state previste distinte fattispecie incriminatrici corrispondenti a paradigmi criminologici fortemente polarizzati sulla natura dei reati-fine. Date le diverse aporie venutesi a creare – tra cui si segnalano l'incongruità del

trattamento sanzionatorio, la mancata coincidenza tra le condotte tipizzate e i casi irrisolti di interferenza – sarebbe opportuno compiere una riflessione congiunta sui vari fenomeni associativi e, con riferimento alla specifica problematica in ultimo affrontata, predisporre dei meccanismi di coordinamento, come, ad esempio, specifiche clausole di riserva, che escludano in radice ogni possibilità di frizione con le esigenze di proporzione sottese al canone del *ne bis in idem* sostanziale.

Nell'attesa di un intervento normativo che riporti ordine nel labirinto dei reati associativi non resta che auspicare che la giurisprudenza, stimolata da un proficuo dialogo con la dottrina, valorizzi gli strumenti interpretativi a disposizione per razionalizzare il panorama normativo esistente ed evitare esiti aberranti, palesemente in contrasto con un diritto penale incentrato, in chiave costituzionalmente orientata, sulla complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

5. Orientamenti ispirati ai criteri valoriali

Nella giurisprudenza delle sezioni semplici della Corte di cassazione non è infrequente il riferimento ai criteri di sussidiarietà e assorbimento.

Le sentenze che s'ispirano a criteri *lato sensu* valoriali affermano, talvolta, che l'utilizzo dei criteri in parola è reso necessario dall'operatività del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Non mancano concretizzazioni di tale opzione ermeneutica in alcune decisioni delle Sezioni unite⁵³, ove si è giunti ad affermare che, in caso di concorso apparente di norme, la scelta della norma prevalente può avvenire, quasi indifferentemente, in virtù dei diversi criteri di specialità, specialità bilaterale, sussidiarietà o consunzione. Nel caso di specie, più in particolare, è stata data applicazione tanto al criterio di specialità, quanto al

⁵³ Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, n. 22902, cit.

principio di consunzione, per affermare l'applicabilità della sola fattispecie prevista dall'art. 12, primo periodo, della legge n. 197 del 1991 (che sanziona l'indebito utilizzo di carte di credito di origine illecita), ritenuto in concorso apparente con l'ipotesi delittuosa di truffa prevista dall'art. 640 c.p.

La ricostruzione dell'incedere argomentativo delle Sezioni unite appare particolarmente indicativo: esse riconoscono, in prima battuta, che il criterio della specialità unilaterale – talvolta mediato dal riferimento, presente in alcuni orientamenti, alla necessaria identità del bene giuridico tutelato dalle norme in concorso – possa in alcuni casi determinare esiti razionalmente insoddisfacenti. Conseguentemente, è stata data rilevanza al rapporto di specialità reciproca, in forza del quale, però, non risulta agevole individuare la norma prevalente. Di qui, l'esigenza di ricorrere ad ulteriori criteri di soluzione del concorso apparente di norme incriminatrici, desumibili – secondo le Sezioni unite e pur in assenza di una specifica previsione – dai principi che informano l'ordinamento giuridico, al quale sarebbe connaturata un'esigenza equitativa di giustizia materiale tesa ad impedire l'addebito plurimo di un medesimo fatto ove l'applicazione di una sola delle norme in concorso esaurisca l'intero contenuto di disvalore. Viene, in tal modo, riconosciuta espressamente l'operatività risolutiva del principio del *ne bis in idem* sostanziale, il quale legittimerebbe il pieno riconoscimento (anche) dei criteri di sussidiarietà e consunzione.

L'utilizzo dei criteri valoriali viene esplicitamente posto a base della risoluzione dei casi di concorso anche da altre pronunce⁵⁴, tra le quali se ne segnala una che ha applicato espressamente il canone della sussidiarietà (tacita)⁵⁵.

Il caso riguardava l'ipotesi del crollo di costruzioni (punito dall'art. 434, comma 2, c.p.) commesso mediante l'incendio della costruzione medesima. Si è ritenuto che, nel caso di specie, dovesse trovare applicazione solo la fattispecie incriminante il crollo doloso (aggravato, in base al comma 2 dell'art. 434 c.p.), proprio in base all'operatività del principio di sussidiarietà tra norme che prevedono stati o gradi diversi di offesa di un medesimo bene. L'offesa maggiore, pertanto, avrebbe assorbito il disvalore spiegato da quella minore. La Corte, in particolare, ha messo in luce come il rapporto di consunzione – ispirato al canone del *ne bis in idem* sostanziale – sia un rapporto di valore tra due norme incriminatrici, il quale determina l'esaurimento del disvalore di un accadimento naturalistico, riconducibile ad un'unica condotta, all'interno della norma che prevede il reato più grave. Tuttavia, non può sottacersi la circostanza per cui, dopo aver esplicitamente operato un riferimento al principio di sussidiarietà quale criterio risolutivo delle ipotesi di convergenza apparente, la stessa pronuncia suole far

⁵⁴ Cass., 8 aprile 2014, n. 44017, *rv.* 262098; Cass., 12 dicembre 2006, n. 1090, in *Cass. pen.*, 2007, 4574 ss., con nota di M. PROVENZANO, *La "nuova" nozione di schiavitù e il possibile concorso col reato di maltrattamenti in famiglia*, secondo cui le condotte costitutive della fattispecie criminosa di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù hanno in comune lo stato di sfruttamento del soggetto passivo ed implicano il maltrattamento dello stesso, a prescindere dalla percezione che questi ne abbia. Pertanto, in ragione del principio di consunzione, non concorrono con il reato di maltrattamenti in famiglia, essendo irrilevante la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme. Si veda, altresì, Cass., 12 marzo 2009, n. 15068, *rv.* 243471, secondo cui il delitto di sequestro di persona è assorbito in quello di violenza sessuale quando la privazione della libertà personale della vittima si protrae per il tempo strettamente necessario a commettere l'abuso sessuale.

⁵⁵ Cass., 2 marzo 2006, n. 7629, in *Dir. e giust.*, 2006, 15, 87 ss.

riferimento, altrove, al principio di consunzione, il quale comporterebbe sempre la prevalenza della norma conventerete il trattamento sanzionatorio più severo.

In ciò è agevole ravvisare una dimostrazione plastica dei disorientamenti e delle aporie che caratterizzano l'incedere argomentativo di alcune elaborazioni pretorie in tema di concorso apparente di norme.

CAPITOLO QUARTO

“EPIFANIE” DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE

SOMMARIO: 1. Il reato complesso. – 1.1. L’unificazione di violazioni plurime. Reato eventualmente complesso e *ne bis in idem* sostanziale. – 2. Le aggravanti complesse. – 3. Il reato progressivo e la progressione criminosa. – 4. *Ante factum* e *post factum* non punibile.

1. Il reato complesso

Intorno al concetto di reato complesso si addensano una serie di questioni, proprie anche di altri istituti, particolarmente attinenti all’unità e pluralità di reati.

In particolare, svariati interrogativi (relativi all’emergere di una serie di istanze volte a ricondurre sotto il manto del reato complesso casi nei quali viceversa giurisprudenza costante e dottrina prevalente riconoscono una pluralità di reati) possiedono un riflesso eminentemente pratico. Altre problematiche, riferibili ad ipotesi in cui con il reato complesso concorrono altre figure di reato, danno luogo ad interessanti e non facili questioni interpretative, volte a stabilire se per effetto di tale concorso possa operare una sorta di “scissione” del reato complesso¹.

¹ Per una panoramica dell’istituto ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 537 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 628 ss.; PROSDOCIMI, voce *Reato complesso*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, 220 ss.; RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, 132 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 748; SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino, 2006, 5 ss.; VASSALLI, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1967, 817.

In prima approssimazione, può dirsi che il reato complesso, disciplinato dall'art. 84 c.p., viene ad esistenza qualora un reato presenti, come elemento costitutivo o circostanza aggravante, fatti che costituirebbero di per sé altro reato²: "esso figura quale associazione di condotte e/o eventi riconducibili alla previsione di norme incriminatrici diverse fra loro ma caratterizzate da un'omogeneità di tutela e collegati nel concreto del loro accadimento da un vincolo di funzione o di derivazione e di unicità, desunta dal tempo della loro realizzazione (contestualità) e dall'identità della persona offesa"³.

La *ratio* e, al contempo, la funzione pratica di tale istituto è quella di evitare il ricorso al regime del concorso di reati in casi in cui si è preferito optare per un'unificazione normativa di fatti aventi autonomo disvalore.

Uno dei principali interrogativi che circondano l'istituto *de quo* inerisce alla sua natura.

Alcuni studiosi⁴, richiamandosi alla dottrina tedesca, propendono per la natura unitaria dello stesso, ritenendo che si tratti di un'unica fattispecie legale da considerare come «una morsa che tiene uniti e riassume i singoli elementi che la costituiscono»⁵.

La *ratio* di una simile impostazione risiede nella necessità di assorbire alcune componenti illecite in un unico fatto espressivo di un disvalore unitario⁶, sul presupposto per cui il bene giuridico leso appare prevalente

² VASSALLI, voce *Reato complesso*, cit., 817.

³ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano* cit., 537.

⁴ Tra cui ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 109 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 732; LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 366; PIACENZA, *Il reato complesso*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1967, 966;

⁵ PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 965.

⁶ Sull'assorbimento in un disvalore unitario quale *ratio* fondante le ipotesi di reato complesso, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 647.

sulle altre oggettività giuridiche prese in considerazione dalla fattispecie complessa⁷.

La tesi in argomento troverebbe conferme nel complesso di norme che ne disciplinano esplicitamente il regime giuridico.

Si pensi all'art. 131 c.p., che stabilisce la procedibilità d'ufficio nel caso in cui essa sia prevista per uno dei reati che compongono la fattispecie complessa, e all'art. 170 c.p., per cui la causa estintiva di un reato, che sia elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende alla fattispecie complessa.

Come chiarito dai compilatori del codice penale, gli attuali artt. 131 e 170 c.p. «non sono che logiche conseguenze del principio della unicità giuridica nel quale i diversi reati che lo compongono assumono qualità di elemento costitutivo o di circostanza aggravante. Se, infatti, essi perdono ogni loro autonomia e convergono verso un'unica figura criminosa, incorporandovisi, è ovvio che, lungi dal trasferire a questa la propria disciplina, essi debbano subire il regime e l'ordinamento del reato nuovo e diverso, sorto sulla loro base»⁸. Nella Relazione è altresì precisato che il reato complesso è stato pensato come un espediente per ovviare al rigore sanzionatorio del cumulo materiale delle pene, eventualmente aggravato dall'applicazione della connessione *ex art. 61, comma 1, n. 2 c.p.*, poiché tale regime sanzionatorio, in alcune situazioni contingenti, può risultare sproporzionato ed irragionevole. Proprio per tale ragione, il legislatore ha previsto l'unificazione di più illeciti in un'unica figura delittuosa espressiva di un disvalore unitario.

⁷ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 438; MORO, *Unità e pluralità* cit., 243 ss., per il quale la prevalenza di uno dei beni giuridici considerati dalla fattispecie complessa fa sì che si determini una nuova entità comprensiva del disvalore oggettivo che riassume la vera essenza del reato complesso.

⁸ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 139.

Altra parte della dottrina⁹ coglie una sfumatura diversa dell'istituto, estendendone i confini oltre i limiti di una rigida unificazione legale di reati autonomi, per ricomprendervi le ipotesi nelle quali in concreto si assiste alla fusione di due fatti illeciti nell'unità di disvalore espressa dalla fattispecie più grave. In altri termini, il reato complesso rappresenterebbe anche un'associazione di condotte o di eventi riconducibili alla previsione di norme incriminatrici diverse fra loro ma caratterizzate da un'omogeneità di tutela e collegati, nel concreto del loro accadimento, da un vincolo di funzione o di derivazione e di unicità, desunta dal tempo della loro realizzazione e dall'identità della persona offesa¹⁰.

Quanto all'esegesi del dettato normativo, l'art. 84 c.p. prevede due tipologie di reato complesso: i reati complessi c.d. in senso stretto (costituiti dall'insieme di due fattispecie, oppure di una fattispecie e di una circostanza aggravante) e i reati complessi c.d. in senso lato, composti da un fatto costituente reato e da elementi aggiuntivi, i quali di per sé sono penalmente irrilevanti¹¹. Questi ultimi sarebbero i casi in cui il legislatore

⁹ PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

¹⁰ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 537. Profili di criticità si rinvengono in tema di rapporti tra tentativo e reato complesso. Secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, si ha un unico tentativo di reato complesso sia quando entrambe le componenti illecite non sono portate a consumazione, sia quando ne venga consumata solo una. Si realizza un'ipotesi di concorso apparente di norme da risolvere nel senso della validità del tentativo di reato complesso, qualora venga riscontrata la sussistenza del collegamento finalistico ed oggettivo tra gli illeciti. Ancora una volta il reato complesso circostanziato induce a riflettere su alcuni aspetti particolari, coinvolgendo la distinzione tra tentativo di delitto circostanziato e tentativo circostanziato di delitto. Secondo parte della dottrina si verifica il tentativo del reato complesso circostanziato quando resta allo stadio del tentativo l'azione costitutiva del reato che nello schema complesso è la circostanza aggravante. PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 967 ss., aggiunge che il tentativo del reato aggravato è ammissibile secondo i principi generali il tentativo di reato complesso.

¹¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 735: l'esempio proposto di reato complesso "in senso lato" è quello della figura delittuosa, oggi non più prevista come tale, di violenza carnale, che era composta dal reato di violenza privata unito all'elemento ulteriore, di per

prende in considerazione un fatto previsto dalla legge come reato (per esempio la violenza o la minaccia) insieme ad un dato penalmente irrilevante (come un rapporto sessuale), per dare un significato giuridico complessivo ai fatti posti in essere dall'agente.

La rilevanza della specificazione inerisce al diverso atteggiarsi del principio del *ne bis in idem* sostanziale, che opera con effetti differenti a seconda che ci si trovi dinanzi ad una delle due tipologie di reato complesso¹².

La nozione ampia di reato complesso in senso lato è utile anche a quella parte della dottrina che sostiene l'ammissibilità di un reato eventualmente complesso, che si caratterizzerebbe per il fatto che un elemento particolare

sé non costituente reato, della congiunzione carnale. Si evidenzia come ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 537 ss. distingue tra reato composto (o complesso in senso stretto), oggetto della norma *ex art. 84 c.p.*, e reato complesso in senso lato, il quale "si ha quando un reato, in tutte o in alcune delle ipotesi contemplate nella norma incriminatrice, contiene in sé necessariamente altro reato meno grave" bastando, dunque, un solo reato con l'aggiunta di un elemento ulteriore.

¹² Per quanto concerne il reato complesso inteso in senso stretto, si ritiene pacificamente che il giudicato formatosi in relazione alla fattispecie complessivamente considerata impedisca l'instaurazione del procedimento relativo ai singoli reati incorporati e, viceversa, la decisione irrevocabile su uno di questi ultimi comporti il divieto di valutare, successivamente, l'insieme (PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 967).

Nella situazione da ultimo richiamata (ossia nel caso di giudicato intervenuto su uno dei reati componenti) occorre precisare, nondimeno, che non si ritiene preclusa l'instaurazione di un giudizio in ordine all'ulteriore fattispecie incorporata, insieme alla prima, nel reato complesso e rimasta estranea al processo (RIVELLO, *Analisi in tema di Ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 506).

Nel caso di reato complesso in senso lato, invece, si rileva la sussistenza di una piena simmetria: il giudicato sulla fattispecie complessa preclude un nuovo procedimento in ordine al reato componente e, allo stesso modo, la sentenza irrevocabile sul reato incorporato impedisce un secondo giudizio sia su quello complesso, sia sul residuo elemento "aggiuntivo" in quanto costituente non un ulteriore illecito, bensì un *quid pluris* penalmente insignificante (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 537 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto* cit., 421. In giurisprudenza Cass., 17 novembre 1999, n. 13261, in *Riv. pen.*, 2000, 401).

della fattispecie può solo in alcuni casi – quindi non necessariamente – essere costituito da un altro reato. In tali casi, come si vedrà nel prossimo paragrafo, la norma finirebbe per contenere un solo elemento autonomamente qualificabile come illecito¹³.

1.1. *L'UNIFICAZIONE DI VIOLAZIONI PLURIME. REATO EVENTUALMENTE
COMPLESSO E NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE*

Se le definizioni circa il reato complesso sembrano alquanto pacifiche, nella pratica non è semplice comprendere come operi l'unificazione (o, se si preferisce, l'assorbimento) delle plurime violazioni di legge¹⁴.

In questo senso, occorre comprendere quando un reato può essere, effettivamente, considerato elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro ai sensi dell'art. 84 c.p. e cosa accade quando l'agente superi i limiti della fattispecie complessa, realizzando fatti che, per disposizione del legislatore, non sono in essa assorbiti (per esempio, nel caso in cui la violenza adoperata durante una rapina determini la morte dell'offeso).

La giurisprudenza tende ad affidarsi al criterio dell'identità o meno del bene giuridico tutelato¹⁵. Tale parametro si rivela inappropriato, come già

¹³ È la nota tesi di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., *passim*. Si pensi all'ipotesi della truffa rispetto ad un reato di falso. La fattispecie di cui all'art. 640 c.p. si limita a richiedere che la disposizione patrimoniale avvenga per l'effetto di artifici e raggiri. Qualora questi ultimi fossero realizzati attraverso l'uso di un documento falso, ammettendo la nozione di reato eventualmente complesso, la truffa finirebbe per contenere un unico elemento illecito e sarebbe, quindi, un reato eventualmente complesso in senso lato.

¹⁴ Per un'analisi approfondita del dibattito dottrinale sul punto, nonché sul concorso di persone nel reato complesso, si rinvia a SORRENTINO, *Il reato complesso*. cit., 45 ss.

¹⁵ Per tutte Cass., 28 gennaio 2010, n. 3359, non massimata, che esclude la configurabilità di un reato complesso circostanziato tra il delitto di omicidio colposo aggravato e l'art. 186 c.d.s., perché la finalità del reato complesso è quella di «garantire un trattamento

rilevato¹⁶, rispetto al concorso apparente di norme, dal momento che la mancata convergenza su di uno stesso fatto deriva dall'esistenza di un certo rapporto strutturale tra le fattispecie o, comunque, dall'esistenza di una disposizione che consenta di ricondurre il fatto alla sfera di validità di un'unica norma. L'inadeguatezza di tale criterio è ancora più evidente nel caso del reato complesso, il quale, per definizione, combina reati tra loro eterogenei e che ben possono essere posti a tutela di beni giuridici differenti. La dottrina che aderisce ad un'impostazione rigorosamente formalistica ritiene che solo le fattispecie che, espressamente, sono considerate elementi del fatto complesso o sue aggravanti, possono essere assorbite ai sensi dell'art. 84 c.p.¹⁷. Diversamente opinando, si introdurrebbe un elemento di forte incertezza nel sistema, che condurrebbe a degli esiti paradossali.

Si dovrebbe considerare, ad esempio, che l'art. 575 c.p., in quanto reato a forma libera, sarebbe, di per sé, idoneo ad assorbire tutte le modalità illecite attraverso le quali un soggetto possa cagionare la morte di un uomo.

Pertanto, anche se è vero che ogni reato complesso, in quanto fattispecie espressiva di un disvalore unitario, richiede l'esistenza di un rapporto di strumentalità o di un rapporto modale tra componenti illecite, non può essere valida l'affermazione contraria¹⁸.

Autorevole dottrina, invece, partendo dalla considerazione che le fattispecie che prevedono esplicitamente un illecito come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato sono in un numero esiguo, ritiene che l'art. 84 c.p. preveda l'assorbimento non solo

sanzionatorio equo nel caso in cui un reato smarrisca la propria autonomia fondendosi in un altro».

¹⁶ Si veda *sub* Cap. II.

¹⁷ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 76 e 77.

¹⁸ Esasperando tali osservazioni, la giurisprudenza nega che una violazione di legge possa essere considerata unificata in una fattispecie complessa se la norma in questione non vi si riferisce specificamente, ma si rivolge, indistintamente, ad una categoria d'illeciti. Cfr. Cass., 28 gennaio 2010, n. 3359, cit.

delle violazioni espressamente indicate nella fattispecie complessa, ma anche di quelle solo eventualmente comprese in essa¹⁹. Nel raffronto strutturale tra fattispecie in astratto, tale impostazione dottrinale sottolinea che ci sono alcune fattispecie di reato che, sebbene non siano un elemento necessario di un'altra fattispecie, possono essere considerate un elemento particolare di questa, cioè una sua specifica modalità di realizzazione: l'illecito, dunque, rappresenterebbe una modalità esecutiva di un altro reato.

Seguendo tale impostazione, il reato eventualmente complesso presuppone l'ammissibilità della categoria del reato complesso in senso lato, perché spesso accade che tali reati eventualmente complessi finiscano per assorbire un solo elemento autonomamente valutabile come illecito.

Interpretato in questi termini, l'art. 84 c.p. confermerebbe la validità del principio del *ne bis in idem* sostanziale, dato che sarebbe vietato sanzionare due volte uno stesso disvalore, ora come fattispecie singola e ora come elemento particolare indispensabile alla configurazione della fattispecie complessa.

Diverse ragioni inducono l'interprete a propendere per la configurabilità dei reati eventualmente complessi.

In primo luogo, e a prescindere dalle esigenze di armonizzazione sistematica, l'art. 131 c.p. - relativo alla procedibilità d'ufficio di una componente illecita del reato complesso - senza il riferimento alla complessità eventuale non avrebbe alcun senso e significato. Per le fattispecie necessariamente complesse, infatti, o è stabilita esplicitamente una procedibilità a querela di parte, oppure il reato segue la disciplina generale della procedibilità d'ufficio.

¹⁹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss.

Inoltre, se l'art. 68 c.p. è pacificamente esteso alle circostanze eventualmente complesse²⁰, non vi sono motivi per non interpretare nel medesimo modo anche l'art. 84 c.p.

Difficile da superare è poi l'argomento per cui, a prescindere dall'accoglimento o meno di tale categoria, la dottrina e la giurisprudenza fanno entrare nell'ambito delle fattispecie complesse ipotesi che, in realtà, sono solo fattispecie eventualmente complesse.

Accanto alle fattispecie a base violenta esplicitamente complesse²¹, esistono fattispecie a base violenta che, in realtà, sono solo eventualmente complesse, ma vengono fatte rientrare pacificamente nell'ambito di applicazione dell'art. 84 c.p.²². Se, poi, si considera che, quando una fattispecie si riferisce alla violenza, essa non si riferisce alla fattispecie della violenza privata, bensì ad un concetto che può essere integrato da una serie di atti variegati che possono avere un significato illecito autonomo (come le percosse, le minacce, lo stato di incapacità procurato mediante violenza, l'ipnotizzazione, la narcotizzazione *et similia*), oppure potrebbero essere penalmente irrilevanti (come la chiusura momentanea in una stanza, uno spintone o degli spari con un'arma giocattolo), allora si comprende che tutte le fattispecie a base violenta sono, in realtà, solo eventualmente complesse. Quindi, anche una fattispecie come la rapina, a seconda delle concrete

²⁰ Si veda il par. 3.

²¹ Ne costituiscono esempi la violenza sessuale *ex art 609-bis c.p.*, la rapina *ex art 628 c.p.*, l'oltraggio a magistrato in udienza commesso con violenza o minaccia *ex art. 343, comma 3, c.p.* e l'evasione con violenza o minaccia nei confronti delle persone *ex art. 385, comma 2, c.p.*

²² Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 530, rientrano in tale categoria l'attentato al Presidente della Repubblica *ex art 276 c.p.*, l'offesa alla libertà del Presidente della Repubblica *ex art. 277 c.p.*, la strage *ex 422 c.p.*, l'abuso correzione mezzi correzione e disciplina *ex art. 571 c.p.*, i maltrattamenti in famiglia *ex art. 572 c.p.*, l'omicidio *ex art. 575 c.p.*, l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale *ex art. 578 c.p.*, la lesione personale *ex art. 582 c.p.*, la rissa *ex art. 588 c.p.*, il sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art. 630 c.p.*

modalità di manifestazione, ben può essere qualificata come fattispecie eventualmente complessa in senso lato (per esempio nel caso di una rapina commessa mediante uso di violenza in sé non punibile).

Lo stesso art. 581 c.p., che viene considerato come una norma in materia di reati necessariamente complessi, dovrebbe essere riferito, in realtà, ad una nozione eventuale di reato complesso. Il secondo comma, infatti, stabilisce l'assorbimento delle percosse nei casi in cui esse siano elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato. Ma esse, come visto, costituiscono solo una delle possibili modalità di realizzazione di una violenza.

Occorre, poi, riflettere sul fatto che questa nozione di complessità eventuale possa essere inquadrata come applicazione diretta del principio del *ne bis in idem* sostanziale, che impedisce che il medesimo disvalore possa essere computato più volte a carico di uno stesso soggetto.

Tale nozione ampia di reato complesso, se da un lato consente di procedere a qualificazioni giuridiche proporzionate e che rispondano ad un sostanziale senso di giustizia, dall'altro sembra però consentire al giudice di sostituirsi al legislatore nella valutazione dell'unitarietà del disvalore del fatto. L'esistenza di un collegamento strumentale o modale tra reati non è, di per sé, oggettivamente indicativo di un maggiore o minore disvalore. A testimonianza di ciò, si pongono l'aggravante della connessione tra reati e la disciplina della continuazione²³. Solo il legislatore, allora, può valutare se i fatti realizzati siano espressivi di un disvalore unitario, tale da meritare un'autonoma e unica risposta sanzionatoria.

²³ Lo stesso F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. afferma che il legislatore può scegliere discrezionalmente lo strumento che più ritiene opportuno per valorizzare, in termini di aggravamento o di mitigazione del trattamento sanzionatorio, il collegamento esistente tra varie violazioni: il reato complesso, il reato abituale (specie se improprio) e il reato continuato. Secondo l'Autore, tali ipotesi rientrano nella più generale categoria dei reati a struttura complessa.

2. Le aggravanti complesse

L'art. 68 c.p. è norma dettata in materia di circostanze, eppure è frequentemente analizzato in relazione al tema delle qualificazioni giuridiche multiple, perché da esso si cerca di ricavare delle indicazioni utili – non solo in relazione alla nozione di complessità di cui all'art. 84 c.p., ma anche – con riferimento alla stessa nozione di specialità di cui all'art. 15 c.p. L'articolo in questione, infatti, fa riferimento al caso in cui una circostanza “comprende in sé” un'altra circostanza, stabilendo un assorbimento sanzionatorio²⁴.

Sebbene la rubrica dell'art. 68 c.p. faccia riferimento esclusivamente ai “limiti al concorso di circostanze”, e sebbene alcuni Autori abbiano sottolineato l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di circostanze che unifichino più elementi autonomamente illeciti, le circostanze in esso previste sono comunemente definite circostanze complesse²⁵.

Si tratta di stabilire, allora, cosa s'intenda con l'espressione “comprende in sé” e se essa sia sovrapponibile a quella di “considera elemento costitutivo”, contenuta nell'art. 84 c.p.

La vaghezza dell'art. 68 c.p. autorizza una pluralità d'interpretazioni e induce la giurisprudenza – la quale sembra non essersi mai espressa esplicitamente sull'interpretazione di tale articolo, limitandosi ad ammettere o meno il concorso di talune circostanze – ad assumere un profilo basso²⁶.

²⁴ Sulle questioni generali in materia di circostanze relative, in particolare, ai criteri distintivi tra circostanze ed elementi costitutivi di tipi autonomi di reato e sulla necessità di un rapporto di specialità tra gli stessi VALLINI, *Circostanze del reato*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., 3.

²⁵ PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965.

²⁶ VALLINI, *Circostanze del reato*, cit., 68-69. Tale Autore sottolinea la tendenza della giurisprudenza ad adottare un metodo teleologico di interpretazione dell'art. 68 c.p. Il

Secondo l'impostazione prevalente in dottrina, l'art. 68 c.p. disciplinerebbe una particolare ipotesi di concorso apparente di norme (in questo caso circostanziali). Essa svolgerebbe la medesima funzione del principio di specialità, e cioè quella di risolvere un conflitto tra fattispecie astratte²⁷.

In questa prospettiva, rappresentando l'art. 68 c.p. una gemmazione del principio di specialità, il principale dilemma interpretativo è quello di ritagliare all'art. 68 c.p. uno spazio autonomo rispetto all'art. 15 c.p.: più si dilata la sfera di riferimento dell'art. 15 c.p., maggiormente si restringe quella dell'art. 68 c.p., e viceversa. D'altra parte, va osservato che risolvere un concorso di disposizioni circostanziali - applicando rispettivamente l'art. 15 c.p. o l'art. 68 c.p. - conduce ad un ben diverso risultato pratico.

Infatti, ove vi sia una circostanza speciale rispetto ad un'altra generale, per il principio di cui all'art. 15 c.p. la prima prevarrà sempre sulla seconda a prescindere dalla maggiore o minore entità dell'aumento o della diminuzione circostanziale; diversamente, l'art. 68, comma 1, c.p., afferma la regola dell'applicabilità della circostanza che comporti il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena.

problema è che con tale espressione la giurisprudenza non intende una comprensione delle norme alla luce delle opzioni politico- criminali espresse dalla Costituzione e, poi, dalle leggi, bensì un'analisi sull'identità o meno di bene giuridico e, in rapporto all'art. 68 c.p., un'identità strutturale tra circostanze, per valutare se le norme sono applicabili contemporaneamente o no. Sul punto VALLINI, *Concorso di norme*, cit., 264 ss. Quali esempi di giurisprudenza in materia di art. 68 c.p. si veda, in particolare, Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, n. 12917, in *Cass. pen.*, 2001, 2662 ss. Sul concorso tra l'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203 del 12 luglio 1991, e quella di cui all'art. 628, comma 3 n. 3 e 629, comma 2 c.p. relative a rapina ed estorsione realizzate con violenza o minaccia dall'appartenente ad un'associazione di tipo mafioso; Cass., 7 luglio 1992, n. 10383, *rv.* 192112, sulla non cumulatività tra il ravvedimento operoso di cui all'art. 62, comma 1 n. 6 e quello in materia di stupefacenti *ex art.* 73, comma 7 d.P.R. 309 del 1990. Su tale ultimo punto, altre sentenze si sono espresse in favore dell'esistenza di un rapporto di specialità: *ex multis*, Cass., 25 maggio 2006, n. 28596, *rv.* 232920.

²⁷ Sul punto G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 88 ss.

In ordine a tale nodo interpretativo, – va subito detto – le soluzioni proposte sono state le più disparate.

Tralasciando ulteriori classificazioni dei rapporti tra artt. 15 e 68 c.p., secondo la dottrina prevalente l'art. 68 c.p. disciplinerebbe le circostanze complesse, definite come quelle disposizioni circostanziali che, nella formulazione normativa, inglobino un'altra circostanza²⁸; le altre situazioni, invece, ricadrebbero nell'alveo dell'art. 15 c.p.²⁹.

Non sono, peraltro, mancate numerose obiezioni, volte a sottolineare che, così interpretato, l'art. 68 c.p. finirebbe con l'identificarsi con il principio di specialità, posto che la norma contenente necessariamente un'altra non è che una disposizione speciale rispetto a quella contenuta. Da ciò deriverebbero incertezze e incongruenze sulla scelta della disposizione circostanziale da adottare. In effetti, si è osservato che ove la disposizione circostanziale di formulazione più generale prevedesse un aumento o una diminuzione maggiore, per l'art. 68 c.p. – così interpretato – essa dovrebbe prevalere sulla norma circostanziale speciale, a dispetto del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.³⁰.

A fronte di tali considerazioni, la dottrina più recente ha ampliato l'estensione del rinvio effettuato dall'art. 68 c.p. a favore dell'art. 15 c.p., sostenendo che spetterebbe a questa norma regolare tutte le ipotesi che rientrino nel rapporto di specialità.

D'altra parte, se solamente all'art. 15 c.p. viene attribuita la funzione di risolvere tutte le situazioni in cui una disposizione circostanziale si presenta speciale rispetto ad un'altra, lo spazio operativo dell'art. 68 c.p. non può che

²⁸ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 40 ss.

²⁹ In tale prospettiva si è affermato che l'art. 15 c.p. regolerebbe soltanto il concorso tra circostanze comuni e specifiche, le quali cioè ricalcano il contenuto delle prime per un solo reato o per un numero più ristretto di reati (come ad es. l'abuso di poteri di cui all'art. 605, comma 2 c.p. in relazione all'aggravante prevista dall'art. 61, n. 9).

³⁰ Nel senso che la norma speciale debba sempre essere preferita M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 665.

trasferirsi su un altro piano, ponendosi in una prospettiva che esorbiti dalla mera valutazione del rapporto astratto tra norme³¹.

In tal senso, si è affermato³² che l'art. 68 c.p. non può riguardare la relazione di necessaria continenza di una norma in un'altra, ma quella di "continenza eventuale", intesa come possibile ricomprensione, nella situazione di fatto concreta sussumibile in una disposizione circostanziale, dei dati circostanziali propri di un'altra circostanza³³.

Concretamente, secondo tale impostazione, la funzione dell'art. 68 c.p. si collocherebbe al di fuori dalla relazione di specialità tra norme circostanziali astratte. Lo scopo del disposto sarebbe, invece, quello di indurre ad una valutazione della situazione di fatto concretamente verificatasi al fine di evitare, nell'applicazione della circostanza, di attribuire più volte rilevanza ad un medesimo fattore.

In altri termini, si può sostenere che tutte le istanze di equità che stanno alla base del *ne bis in idem* sostanziale trovano fondamento, quanto alla materia delle circostanze, non nell'art. 15 c.p., bensì nell'art. 68 c.p.

In definitiva, l'art. 68 c.p. costituirebbe, nella prospettiva adottata dalla dottrina più recente³⁴, una norma precipuamente volta ad imporre, riguardo alle circostanze, il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, anche laddove non vi sia un rapporto di specialità tra disposizioni circostanziali astratte (situazione, viceversa, già risolvibile col ricorso all'art. 15 c.p.)³⁵.

³¹ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali* cit., 335.

³² AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 336.

³³ B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 179 ss.

³⁴ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 337.

³⁵ Pur nella diversità di impostazione, altra autorevole dottrina abbraccia l'idea di fondo che il significato dell'art. 68 c.p. si evidenzia non tanto sul piano normativo e astratto, quanto su quello dell'accadimento reale, in virtù dello «spiccato orientamento verso il concreto» della circostanza che è volta ad adeguare la rilevanza penale al singolo e specifico fatto realizzatosi. In tal senso, l'art. 68 c.p. regolerebbe le ipotesi di interferenza fra fattispecie circostanziali che si verificano quando una circostanza comprende l'altra, nel senso che la realizzazione dell'una ha, sul piano concreto, recato con sé la realizzazione dell'altra, con

Per contro, la giurisprudenza non mostra di attribuire particolare rilevanza all'art. 68 c.p., con la conseguenza che ove non venga riscontrata una relazione di specialità fra le disposizioni circostanziali, la tendenza è quella di dar luogo al concorso delle disposizioni.

In tal senso, le Sezioni unite hanno ritenuto che, in tema di rapina ed estorsione, la circostanza aggravante del metodo mafioso o della finalità agevolatoria dell'associazione mafiosa, di cui all'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, ben può concorrere con quella di cui all'art. 628, comma 3, n. 3 e 629, comma 2, c.p. (violenza o minaccia poste in essere dall'appartenente a un'associazione di stampo mafioso)³⁶.

Al riguardo, va nondimeno rilevato che in base all'analisi strutturale si sarebbe potuta riconoscere, nel caso concreto, la relazione di specialità fra le due fattispecie, e dunque l'operatività dell'art. 15 c.p. Conseguentemente, in ottemperanza al principio statuito nell'art. 68, c.p., sarebbe derivata l'applicazione di una sola circostanza, assorbente l'intero disvalore del fatto specifico.

È possibile, altresì, ricordare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui allorché siano contestate, in relazione al medesimo reato, le circostanze aggravanti di aver agito al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso e dei motivi abietti, esse concorreranno qualora quella comune risulti autonomamente caratterizzata da un *quid pluris* rispetto alla finalità di consolidamento del prestigio e del predominio sul territorio del gruppo malavitoso³⁷.

conseguente prevalenza di quella dotata di effetti penali più intensi. Così, ad esempio, si osserva che la procurata cattura dell'evaso, di cui all'art. 386 c.p., assorbe l'art. 62, n. 6 c.p., con cui interferisce sotto il profilo dell'eliminazione delle conseguenze dannose. Sul punto, G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 427.

³⁶ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 718.

³⁷ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 337, in *Cass. pen.*, 2009, 2790. Nello stesso senso Cass., 24 ottobre 2006, n. 41332, in *Guida dir.*, 2007, 6, 65, secondo cui, pur non essendovi materia, in astratto, per un concorso apparente di norme tra l'aggravante dell'art. 61 n. 1 c.p. e quella

3. Il reato progressivo e la progressione criminosa

Tradizionalmente, è definito reato progressivo il fenomeno di un contestuale susseguirsi di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene giuridico, che dà vita all'integrazione di più ipotesi delittuose differenti ma in rapporto di gravità progressiva, tra loro necessariamente collegate, tanto che quella più grave implica la realizzazione di quella meno grave³⁸: si tratta, evidentemente, di un classico

di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, allorché il motivo abietto venga riferito, nel concreto, alla finalità di favorire o consolidare un'associazione criminale di matrice mafiosa (finalità rientrante, quindi, nel paradigma di una delle due ipotesi alternative della previsione speciale), deve trovare applicazione la sola ipotesi circostanziale speciale: quella cioè che regola l'aggravamento dei delitti commessi con il motivo, tra i tanti abietti, di agevolare associazioni mafiose. E ciò in base ai principi generali e per effetto altresì dell'esplicita clausola di riserva contenuta nel primo alinea dell'art. 61 c.p. (che costituisce espressione del principio di specialità e che, in quanto tale, è fatta salva dall'art. 68 c.p., mediante il richiamo all'art. 15 c.p., persino nel caso di previsione di circostanze complesse). La Corte, pur evidenziando che l'aggravante dell'art. 61 n. 1 c.p., è da sola capace di mutare, a causa del richiamo ad essa contenuto nell'art. 577 c.p., la pena temporanea prevista per l'omicidio in ergastolo, mentre identico effetto peggiorativo non ha l'aggravante dell'art. 7, rileva che la maggior gravità dell'effetto non è sufficiente, in linea di principio, ad escludere l'operatività del principio di specialità, nè una realistica interpretazione della *ratio* aggravatrice dell'art. 7 consente di ritenere implicita siffatta esclusione (nel senso cioè della inapplicabilità dell'art. 7 in tutti quei casi in cui uno dei fatti ivi considerati avrebbe l'effetto di un maggiore aumento di pena se ricondotto ad una aggravante comune).

³⁸ Sul tema MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità*, cit.; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, in *Scuola pos.*, 1960, 309 ss.; SABATINI, *Il reato progressivo nel sistema delle deroghe al concorso di reati*, in *Scritti in onore di U. Conti*, Città di Castello, 1932; SPIEZIA, *Il reato progressivo*, cit., 1937; VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit., 1150. Secondo ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 542 ss., nel reato progressivo si riscontra la realizzazione di "fatti che rappresentano un *maius* rispetto ad altri e che, necessariamente, quando vengono posti in essere implicano la realizzazione anche dei minori". Esempi di reato progressivo riportati dall'Autore sono quello di chi, prima di

esempio di applicazione del principio di assorbimento, in quanto più azioni naturalistiche appaiono, in base ad una valutazione normativo-sociale, riconducibili ad un'azione giuridicamente unitaria³⁹.

La figura del reato progressivo viene sovente analizzata insieme a quella della progressione criminosa, anche se in dottrina è stata evidenziata la fondamentale distinzione tra i due istituti: mentre quest'ultima consisterebbe in un aggravamento progressivo della lesione per effetto di risoluzioni distinte e successive, il primo sarebbe caratterizzato da un'unica risoluzione criminosa e dalla commissione di un unico fatto, il quale però non può essere realizzato senza che l'agente realizzi – antecedentemente o contemporaneamente – un'altra ipotesi delittuosa meno grave⁴⁰.

La giurisprudenza utilizza la figura del reato progressivo, in particolare, nel settore dei reati urbanistici e dei reati di corruzione⁴¹.

E' stato sostenuto che la contravvenzione di lottizzazione abusiva è reato progressivo nell'evento, che sussiste anche quando l'attività posta in essere sia successiva agli atti di frazionamento o ad opere già eseguite, atteso che

uccidere, percuote e ferisce la vittima ("non è possibile uccidere (...) senza percuotere o ferire"), ovvero il fatto di chi commette il reato di devastazione realizzando necessariamente il danneggiamento di cose mobili o immobili. Più di recente anche BAUSILIO, *Il principio del bis* in idem. *Dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 27 che specifica che il reato progressivo non trova riscontro nel codice penale in quanto frutto di elaborazione dottrinale.

³⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 726. Inoltre, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 543 specifica che "l'assorbimento del reato minore nel maggiore anche in questo caso deriva dal principio di specialità (art. 15), perché il secondo, oltre ai requisiti del primo, ne presenta qualcuno di più".

⁴⁰ Per tutti ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 542 ss. il quale spiega la differenza tra reato progressivo (caratterizzato dalla commissione di un fatto che rappresenta un *maius* rispetto ad un altro e che necessariamente, nel momento in cui viene posto in essere, implica la realizzazione anche di quello minore) e progressione criminosa (che, al contrario, non presuppone un solo fatto bensì una molteplicità di fatti posti in essere in modo continuativo).

⁴¹ Cass., 11 maggio 2005, n. 36940, in *Cass. pen.*, 2006, 2936.

tali iniziali attività – pur integrando la configurazione del reato – non esauriscono il percorso criminoso che si protrae con gli interventi successivi incidenti sull’assetto urbanistico, in quanto l’esecuzione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria compromette ulteriormente le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza pubblica. Con la conseguenza che il sub-acquirente di un singolo lotto, se pure non abbia dato causa all’operazione lottizzatoria, risponde nei limiti della propria partecipazione, realizzata attraverso l’attività negoziale o edificatoria, del reato di concorso in lottizzazione abusiva, nel quale è possibile l’adesione del correo in qualsiasi fase, a condizione che l’attività lottizzatoria stessa sia ancora in corso⁴².

Un’interessante applicazione della progressione criminosa riguarda, peraltro, i delitti di corruzione, ove si è sostenuto⁴³ che il reato di corruzione rappresenta una fattispecie a “duplice schema” perché si perfeziona alternativamente con l’accettazione della promessa o con il ricevimento dell’utilità da parte del pubblico ufficiale; da ciò consegue che, se tali atti si susseguono, il momento consumativo si cristallizza nell’ultimo atto, smarrendo la propria autonomia l’atto di accettazione della promessa, perché con l’effettiva prestazione si concretizza l’attività corruttiva e si approfondisce l’offesa tipica del reato, secondo un fenomeno assimilabile, appunto, al reato progressivo. Nella progressione criminosa, viceversa, si è di fronte a vere e proprie fattispecie distinte anche sul piano naturalistico, presupponendo questa – a differenza del reato progressivo – non un solo fatto, bensì una “molteplicità di fatti posti in essere in modo continuativo”⁴⁴: occorre pertanto tenere distinti i due istituti, in particolare per ciò che concerne i riflessi del *ne bis in idem* sostanziale.

⁴² Cass., 10 ottobre 2006, n. 39908, in *Cass. pen.*, 2007, 4693.

⁴³ Cass., 9 luglio 2007, n. 35120, in *Cass. pen.*, 2008, 1909.

⁴⁴ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 177.

Parte della dottrina riconduce il reato progressivo ad un problema di *ne bis in idem* sostanziale, inteso come unicità di disvalore. La fattispecie concreta, quindi, risulterebbe unitaria, perché idonea ad assorbire il disvalore degli stadi progressivi di offesa al bene giuridico da tutelare⁴⁵. Sarebbe proprio il passaggio da un'offesa minore ad una maggiore il tratto caratterizzante il reato progressivo, idoneo a differenziarlo dal reato complesso, di cui costituirebbe una *species*⁴⁶.

Il problema si pone, però, perché di solito la fattispecie meno grave non è prevista né come elemento costitutivo, né come circostanza aggravante del reato più grave⁴⁷. Per questo motivo, parte della dottrina ricorre ai canoni della consunzione e della sussidiarietà per giustificare la prevalenza della sola fattispecie più grave: la giustificazione dell'unificazione delle varie violazioni di legge andrebbe riscontrata nel vincolo di necessità della commissione di quelle meno gravi per la consumazione di quella più grave⁴⁸.

L'adesione alla tesi del reato complesso in senso lato e del reato eventualmente complesso, invece, non solo permetterebbe di spiegare la

⁴⁵ C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 649. In termini non difforni ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 544.

⁴⁶ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132; PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 966; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 649, secondo i quali il reato progressivo può essere ricondotto ad una specie di reato complesso oppure al criterio di sussidiarietà.

⁴⁷ Sarebbe questa l'ipotesi dei rapporti tra le percosse, le lesioni personali e la morte realizzate in un unico contesto e in esecuzione di un'unica risoluzione ad agire. In caso contrario si realizzerebbe una progressione criminosa. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 532, il quale sottolinea come in questi casi non sussista un reato progressivo, bensì, a ben interpretare le norme, una relazione d'incompatibilità tra le stesse. Così come non si può dire che tra tentativo e fattispecie consumata sussista un concorso apparente di norme, perché il primo richiede l'elemento negativo della non consumazione, così le percosse richiederebbero l'elemento negativo del non verificarsi di una malattia nel corpo e le lesioni richiederebbero l'elemento negativo del non verificarsi della morte della vittima.

⁴⁸ PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 966.

relazione di *genus ad speciem* tra reato complesso e reato progressivo, ma consentirebbe altresì di verificare come quest'ultimo possa manifestarsi nelle due forme del reato necessariamente progressivo e del reato eventualmente progressivo⁴⁹.

Quanto alla progressione criminosa, secondo parte della dottrina, essa costituirebbe un fenomeno mediano tra il concorso di norme (coinvolgendo norme violate in tempi successivi in rapporto di specialità e specialità reciproca) e il concorso di reati, rispetto al quale possiede in comune la pluralità di risoluzioni ad agire, pur in assenza della eterogeneità tra fattispecie⁵⁰.

⁴⁹ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 262 ss., secondo cui il reato progressivo è *specie* del reato necessariamente o eventualmente complesso in senso lato, che comprende quei reati che contengono come elemento costitutivo o eventuale un reato minore. Si tratta, quindi, di norme che celano un rapporto di specialità per coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo o fattispecie ed elemento particolare. Per questo motivo, il reato progressivo non costituisce una categoria veramente distinta dal reato complesso, ma solo un suo particolare modo di essere. Dal punto di vista della fattispecie legale esso è un'ordinaria ipotesi di reato complesso, mentre, dal punto di vista del divenire dell'attività criminosa, esso si presenta come passaggio da un *minus* a un *maius* di offesa. In sintesi, per il reato complesso basta che un reato sia contenuto in un altro, mentre per aversi un reato progressivo è necessaria anche l'offesa crescente ad uno stesso bene. Esempi di reato eventualmente progressivo potrebbero essere l'invasione di terreni, rispetto all'ingresso abusivo al fondo altrui, perché l'invasione si configura anche se il terreno non è recintato, oppure l'uccisione di un animale rispetto ai maltrattamenti realizzati sullo stesso.

⁵⁰ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 584 ss. L'Autore sottolinea che è proprio il rapporto di specialità reciproca a differenziare questa ipotesi da quelle dell'antefatto e postfatto non punibili che, invece, riguardano violazioni di legge tra loro completamente eterogenee. Allo stesso modo la progressione criminosa differisce dal reato progressivo che, invece, come il complesso, implica un rapporto di coincidenza tra fattispecie e elemento costitutivo o particolare. La progressione può, allora, configurarsi anche tra fattispecie tra loro incompatibili se sono strutturate in modo tale che, in assenza dell'elemento incompatibile, il fatto contemplato dall'una rientrerebbe nel fatto previsto dall'altra. Così avviene, ad esempio, nei rapporti tra percosse e lesioni.

Nel silenzio della legge, la dottrina, fondamentalmente, estende a tale istituto le soluzioni adottate in materia di concorso apparente di norme e, quindi, risolve i rapporti tra le norme di legge coinvolte sulla base dei rapporti strutturali tra le fattispecie. Parte della dottrina, invece, opta per l'applicazione dell'unica norma espressiva del fatto più grave, utilizzando i canoni della sussidiarietà o della consunzione⁵¹.

Altri Autori ancora, invece, ritengono ammissibile l'applicazione del principio generale del *ne bis in idem* sostanziale⁵², in virtù di esigenze equitative e di proporzione: si argomenta nel senso che, se le violazioni fossero state realizzate contestualmente, esse avrebbero dato luogo ad un concorso apparente di norme. Inoltre, questi Autori ritengono che il rapporto di specialità tra fattispecie consenta di rinvenire i presupposti di applicazione della disciplina del concorso apparente di norme e, quindi, del *ne bis in idem* sostanziale.

L'elemento che ostacola, tuttavia, la valutazione delle ipotesi rientranti nella progressione criminosa come un fatto progressivo unitario è la pluralità di deliberazioni, le quali, però, non sempre vengono considerate dal legislatore come ostacolanti l'unità di reato. Di tanto si rinviene tangibile conferma se si guarda al reato abituale, nel quale un soggetto viene punito per una serie di fatti in successione, autonomamente voluti dall'agente e, addirittura, realizzati in un contesto temporale non unitario. Tant'è che la costruzione del disvalore d'evento nell'oggetto del dolo del reato abituale risulta, talvolta, quasi artificiosa: l'agente, infatti, può porre in essere ogni

⁵¹ *Contra* G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 72, secondo il quale, in mancanza di basi normative «risulta difficile ricondurre una pluralità di deliberazioni - e di condotte corrispondenti - alla logica di un reato unitario». L'invocazione della consunzione conferma «l'insufficienza di tale scelta sistematica».

⁵² F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 584 ss. L'aver individuato la *ratio* di tale principio nel divieto di punizione plurima di uno stesso disvalore e l'aver individuato il sistema di norme che ne conferma la coerenza, autorizzerebbe l'applicazione analogica *in bonam partem*.

singolo fatto per effetto di deliberazioni e moventi completamente diversi ed occasionali. A fronte di tali deliberazioni successive ci si accontenta, generalmente, della consapevolezza da parte dell'agente che il proprio atto si va ad aggiungere alla serie di atti precedentemente realizzati⁵³.

Cadenze argomentative simili si ritrovano analizzando la categoria del reato permanente, ove il soggetto viene punito sulla base di una valutazione unitaria delle successive deliberazioni, concretizzanti plurime violazioni omogenee, realizzatesi nell'arco di manifestazione della permanenza.

Se ciò fosse vero, accertati i criteri che consentono di affermare la configurabilità e l'unità del reato progressivo, si potrebbe affermare che la questione della progressione criminosa, prim'ancora di riguardare un problema di concorso apparente di norme, riguarda la possibilità d'individuare un fatto unitario che si protrae nel tempo. Il problema, quindi, si sposterebbe da una questione di qualificazioni giuridiche multiple a una problematica di unicità del reato di durata che, come avviene nell'ipotesi di reato abituale improprio, unisce una pluralità di violazioni di legge eterogenee. I rapporti di questo reato unitario con le norme di legge convergenti sarebbero, poi, regolati dalle regole ordinarie vigenti in materia di qualificazioni giuridiche multiple⁵⁴.

4. *Ante factum e post factum non punibile*

Costituiscono *ante factum e post factum non punibile* le violazioni di legge che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, precedono un fatto di reato, perché costituiscono il mezzo della sua realizzazione, oppure sono ad esso successive al fine di "normalizzare" gli effetti del reato o di raggiungere gli

⁵³ Per tutti PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1967, 945 ss.

⁵⁴ A tale conclusione si giunge aderendo alla tesi del reato abituale come ipotesi di reato a struttura complessa, su cui F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 262 ss.

scopi che, mediante lo stesso, l'autore persegue.

I due fenomeni, quindi, sono studiati congiuntamente perché espressivi di un'identica *ratio*.

Il sistema penale conosce tali questioni, come emerge dalla presenza delle clausole di riserva nell'ambito della parte speciale del codice penale, le quali escludono esplicitamente la punizione di alcuni antefatti o postfatti⁵⁵.

La dottrina prevalente argomenta nel senso dell'insussistenza di criteri utili a giustificare l'estensione di tali figure ai casi in cui non vi sia un'esplicita esclusione della punibilità da parte del legislatore, sebbene i beni giuridici offesi appartengano ad un unico soggetto e nonostante lo stretto legame esistente tra queste violazioni legislative nella normalità dei casi.

L'unica soluzione possibile, quindi, resta quella di evitare la qualificazione giuridica plurima ricorrendo agli ordinari canoni ermeneutici⁵⁶.

L'*ante factum* ed il *post factum* non punibile costituiscono fenomeni generalmente posti in stretto collegamento con il reato progressivo e con la progressione criminosa, perché anche in questo caso si realizzano una serie di violazioni successive tra norme che sembrano, *prima facie*, non rientrare nell'ambito del concorso apparente di norme. In questo caso, tra l'altro, le

⁵⁵ Ne costituiscono degli esempi l'art. 304 c.p. che subordina la punizione dell'accordo a commettere un delitto contro lo Stato alla mancata realizzazione dello stesso e l'648 c.p. in materia di ricettazione che è postfatto non punibile rispetto al concorso nel reato dal quale provengono le cose delittuose. Su tali questioni FROSALI, *Concorso di norme* cit., 430 ss.; MORO, *Unità e pluralità*, cit., 92 ss.; LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità o pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 940 ss.; VASSALLI, voce *Antefatto non punibile e postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 505 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 587 ss.

⁵⁶ C.FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 650; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 70 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 587 ss., il quale ritiene che i casi normalmente citati come ipotesi di antefatto e postfatto non previste dalla legge come non punibili siano, in realtà, casi di norme incompatibili. Così il caso del possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli quando il soggetto è trovato in possesso degli stessi in flagranza del reato di furto. La stessa flagranza del reato, infatti, giustificherebbe il possesso di tali utensili.

condotte illecite sono tra loro autonome, in modo tale che la prevalenza di una norma sulle altre è alternativa ad un concorso materiale e non formale di reati.

Per tale motivo, la dottrina che riconduce l'unicità di azione tra i presupposti della convergenza apparente di norme sostiene anche che tali fenomeni siano estranei ai problemi delle qualificazioni giuridiche multiple, costituendo esse un'ipotesi di mera mitigazione del trattamento sanzionatorio tra reati eterogenei⁵⁷.

⁵⁷ Questa sembra, del resto, l'interpretazione scelta dallo stesso legislatore che, tra i casi di deroga al concorso di reati, insieme al reato complesso e progressivo, pone quelle «norme particolari più numerose di quelle contenute nella parte speciale del codice vigente, con le quali spesso sono elevati a reato unico fatti che costituirebbero più reati», espressione che sembra rivolgersi, appunto, all'antefatto e postfatto non punibili. Così ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132. Le ritiene un'ipotesi di unificazione legislativa di violazioni di norme plurime, insieme al reato abituale e al reato complesso, PALAZZO, *Corso*, cit., 550 ss. Sul punto anche G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 70, secondo il quale antefatto e postfatto si pongono al di fuori dall'alternativa concorso di norme concorso di reati. In tali casi una fattispecie è espressamente dichiarata applicabile ad esclusione dell'altra o delle altre. La *ratio* di tali fenomeni va riscontrata in una valutazione di tipo politico-criminale. Viene meno, infatti, la ragione di una punizione autonoma della fattispecie o perché si tratta della punizione di atti preparatori rispetto al reato effettivamente realizzato o perché la condotta del postfatto è accessoria e consequenziale a quella del reato effettivamente posto in essere.

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Conclusioni *de iure condito*. – 2. Prospettive *de iure condendo*. I progetti di riforma della parte generale del codice penale. – 2.1. Il Progetto Pagliaro. – 2.2. Il Progetto Grosso. – 2.3. Il Progetto Nordio. – 2.4. Il Progetto Pisapia. – 3. *Ne bis in idem* sostanziale e riforma della parte speciale. Il possibile ricorso ad una clausola generale di risoluzione dei conflitti tra norme.

1. Conclusioni *de iure condito*

Il quadro che si è tentato di tracciare nel presente lavoro – quanto alla convergenza di fattispecie astratte di reato, alle categorie dogmatiche utilizzate per la risoluzione delle ipotesi di concorso apparente, alle scelte ermeneutiche caratterizzanti i principali orientamenti pretori sul punto e alle tracce codicistiche del *ne bis in idem* sostanziale – si scontra con l’ipertrofia del sistema penale, che restituisce una fisionomia disarmonica e irrazionale della parte speciale del codice e di ampi settori della legislazione complementare. I disorientamenti, perlopiù giurisprudenziali, che si appuntano sull’istituto del concorso apparente di norme sono da rintracciare nella mancata sistematizzazione dei tipi di reato attorno ad oggettività giuridiche definite e circoscritte.

La *ratio* primaria della conformazione che il Codice Rocco aveva apprestato all’istituto del concorso apparente di norme andava rinvenuta nella precisa volontà legislativa, figlia della temperie tecnico-giuridica, di regolare i rapporti tra fattispecie astratte mediante l’applicazione di un criterio rigidamente logico-formale che, almeno *prima facie*, inibisse la penetrazione

d'istanze equitative per orientare la scelta della norma prevalente (e, prim'ancora, per ritenere sussistente una convergenza di fattispecie). Di tanto si rinviene evidente traccia nella formulazione codicistica dell'art. 15 c.p. e nell'adesione, costituente il brodo di coltura delle teorie moniste, al canone della specialità in astratto quale criterio principale per la disciplina delle ipotesi di convergenza apparente.

Tuttavia, la prospettata univocità dogmatica dell'istituto (che si sarebbe dovuta trasformare, in chiave ermeneutica, in un "pensiero unico" basato sulle acquisizioni delle tesi moniste) sconta delle contraddizioni già a partire dal dato meramente normativo, il quale contempla e conosce (nello stesso art. 15 c.p.) la possibilità di ricorrere a criteri che non siano strettamente riducibili alla sola specialità logico-formale. Le innumerevoli clausole di riserva, spesso non precisamente determinate, suffragano la tesi secondo cui, accanto alla specialità, insistono criteri "altri" idonei a risolvere le ipotesi di convergenza.

Se già tale ultima acquisizione avrebbe potuto scardinare le certezze propagandate dalle teorie moniste, l'analisi condotta su di una pluralità di istituti (presenti nella parte generale del codice o, pur se frutto di elaborazione dottrinale, vantanti ascendenze codicistiche) ha esplicitato la consapevolezza, emergente altresì dai Lavori preparatori del Codice del 1930¹, della presenza di un principio generale di *ne bis in idem* sostanziale, latore d'istanze equitative e innervato da funzioni di giustizia sostanziale.

Si è tentato di conferire "succo e sangue" al principio in parola, tanto a livello codicistico quanto su di un piano costituzionale, tentando di collocarlo - quale espressione dei principi di proporzionalità e di

¹ Nonostante l'art. 84 c.p. sembri riferirsi alle sole ipotesi in cui la legge preveda esplicitamente un fatto, autonomamente valutabile come illecito, quale elemento costitutivo o circostanza di un altro reato, dai Lavori preparatori emerge l'intenzione di utilizzare il reato complesso come figura idonea a derogare al concorso di reati allorché l'offesa agli interessi tutelati dal legislatore appaia unitaria.

colpevolezza, sulla scorta degli afflatti giurisprudenziali provenienti dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo - nell'alveo del volto costituzionale dell'illecito penale.

Lo studio del problema delle qualificazioni giuridiche multiple ha consentito d'individuare i presupposti della convergenza, primariamente concretizzati nella ricorrenza di una "stessa materia", ossia - come chiaramente ritenuto dalla dottrina più moderna, non sempre seguita sul punto dalla giurisprudenza (specie da quella più risalente) - come "interferenza" di plurime fattispecie astratte di reato alla luce dei reciproci rapporti strutturali. Sussiste convergenza, quindi, se le fattispecie sono riconducibili ad una relazione di specialità che possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 15 c.p. Per tale ragione, l'*ante factum* e il *post factum* non punibili, così come il reato progressivo e la progressione criminosa, resterebbero al di fuori dal perimetro del concorso apparente di norme, in quanto aventi ad oggetto fattispecie tra cui risulta assente un rapporto strutturale.

Quanto ai criteri cui riferirsi per risolvere le problematiche ipotesi di convergenza apparente, bisogna in primo luogo riferirsi al criterio di specialità, la cui nozione viene riempita e concretizzata dall'universo delle teorie monistiche, alcune delle quali tentano anche di estendere l'applicazione del canone in parola alle ipotesi di specialità c.d. bilaterale o reciproca, vero *punctum dolens* di tutta l'ermeneusi monista.

Nell'ambito delle tesi fondate sulla sola applicazione del canone di specialità in astratto tra fattispecie si è spesso fatto ricorso a concetti e metodologie di analisi del fenomeno propri delle impostazioni strutturali, prospettate da Ferrando Mantovani e riprese, con importanti ampliamenti e precisazioni, da Giovannangelo De Francesco. Il lessico proprio di questo peculiare tipo di strutturalismo ha fatto breccia nella giurisprudenza, in virtù dell'impiego di un rigoroso metodo di raffronto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie. Questa privilegiata chiave di lettura, le cui cadenze vanno rinvenute negli echi dello strutturalismo giusfilosofico e

della filosofia del linguaggio, ha consentito d'individuare la sussistenza di un concorso apparente di norme anche nelle problematiche ipotesi di specialità bilaterale, in cui sovente il concorso effettivo di reati viene avvertito come stridente con le istanze equitative e, *a fortiori*, con la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

La critica che i monisti "puri" muovono alle tesi strutturaliste s'impunta sull'ermeticità di concetti quali "specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta", "specialità bilaterale per specificazione" e "specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta", che appaiono avulsi da una nozione autenticamente logico-formale di specialità. Peraltro, tale ricostruzione non appare definitivamente risolutiva: sebbene essa taciti le esigenze di giustizia materiale in molte ipotesi di specialità reciproca, residuano casi in cui – a fronte di un'evidente sproporzione sanzionatoria – non è possibile elongare la nozione in esame al punto tale da consentirne la riconduzione nell'ambito della stessa specialità reciproca.

Accanto – e successivamente – alla specialità, si collocano i criteri di sussidiarietà (espressa ovvero tacita), di consunzione (o assorbimento, che può essere anch'esso espresso o tacito), e di alternatività. Qualora non sia utilizzabile nessuno dei criteri elencati, si dovrà concludere per la sussistenza di un disvalore plurimo e, conseguentemente, per un concorso effettivo di reati.

Si è già detto che l'apparente rigorismo del Codice Rocco scolora parzialmente ad un'attenta lettura dei Lavori preparatori, i quali lascerebbero intendere una *voluntas legislatoris* tesa a consentire l'ingresso di valutazioni ermeneutiche, di matrice valoriale, sulla presenza di un'unità ovvero di una pluralità di reati. L'interpretazione della categoria del reato complesso contenuta nei Lavori preparatori induce a ritenere che, sebbene il legislatore abbia provato a vincolare l'interprete stabilendo dei criteri rigorosi di qualificazione dei reati come unici ovvero plurimi, proprio la disciplina dell'art. 84 c.p. consentirebbe di concludere che lo stesso legislatore abbia preso coscienza dell'impossibilità di risolvere, *ex ante* e

definitivamente, i problemi derivanti dalle qualificazioni giuridiche multiple, affidando all'interprete la valutazione circa l'unitarietà del fatto (*rectius*, circa la convergenza di fattispecie) in base alle caratteristiche fenomenologiche della realtà.

2. Prospettive *de iure condendo*. I progetti di riforma della parte generale del codice penale

La crescente ipertrofia legislativa che ha caratterizzato - e, per lunghi tratti, continua a ancora a caratterizzare - gli orientamenti di politica criminale degli ultimi decenni, ha determinato l'emersione di numerosissime fattispecie di reato, tanto nella parte speciale del codice penale quanto nei meandri della legislazione complementare, che hanno sottoposto la scarna disciplina codicistica in tema di concorso apparente di norme a continui *stress test*, i quali hanno evidenziato l'inidoneità del solo art. 15 del codice Rocco a disciplinare un caos normativo in cui molteplici "tipi" di reato si affastellano già a livello di rapporti strutturali astratti.

Dell'esigenza razionalizzatrice si rinviene traccia nei vari progetti di riforma della parte generale del codice penale susseguitisi nel tempo i quali - pur affrontando con sensibilità differenti la possibile modifica dell'attuale disciplina codicistica in tema di convergenza - hanno evidenziato l'insufficienza del solo art. 15 del codice quale unico *locus* normativo funzionale a risolvere i casi di convergenza apparente.

Va peraltro rilevato, come si vedrà, che accanto a tale ultima consapevolezza è costantemente emerso una sorta di *horror vacui* nell'affidare la disciplina della convergenza a criteri aventi matrice eminentemente valoriale. Ciò in quanto, se lo scopo delle riforme resta l'aumento della garanzia della prevedibilità nell'applicazione del *jus criminale*, non appare allora agevole rivolgersi a criteri deontologici, l'applicazione dei quali aumenterebbe viceversa il tasso di vaghezza ed

indeterminatezza *ex ante* dell'operato delle Corti.

Analizzando le diverse proposte di riforma elaborate dalle varie Commissioni emerge, accanto allo sforzo di predisporre una disciplina più dettagliata per quanto concerne il concorso apparente di norme (e, più in generale, per quanto ai criteri d'interpretazione e applicazione della legge penale), il richiamo costante al principio del *ne bis in idem* sostanziale, quale principio sulla cui base modellare la convergenza di fattispecie di reato.

2.1. IL PROGETTO PAGLIARO

I lavori della Commissione Pagliaro (il cui elaborato conclusivo ha visto la luce nel 1992) sono, in tal senso, chiarissimi.

L'art. 4.2 dell'articolato di riforma, infatti, delegava il legislatore a "risolvere il concorso di norme prevedendo che la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla disposizione di legge generale e comunque nel rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale"².

L'intendimento della Commissione, che sarà suffragato dai lavori dei gruppi di studio sulla riforma della parte generale nominati negli anni a seguire, sembra chiaramente orientato a ritenere che "rispetto al concorso di norme, il principio del *ne bis in idem* sostanziale esprime una esigenza di proporzionalità tra fatto e sanzione, che va salvaguardata con la adozione di adeguati criteri risolutivi"³.

Similmente ai successivi progetti di riforma del codice penale, lo schema di legge-delega elaborato dalla Commissione Pagliaro non ha definito il

² COMMISSIONE PAGLIARO - PER L'ELABORAZIONE DI UNO SCHEMA DI DELEGA PER NUOVO CODICE PENALE (8 FEBBRAIO 1988) - *Proposta di articolato* (25 ottobre 1991), in www.giustizia.it.

³ COMMISSIONE PAGLIARO - PER L'ELABORAZIONE DI UNO SCHEMA DI DELEGA PER NUOVO CODICE PENALE (8 FEBBRAIO 1988), *Relazione* (25 ottobre 1991), in www.giustizia.it; PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 257 ss.

concetto di “stessa materia”. Tale omissione, salutata favorevolmente da parte della dottrina, avrebbe rappresentato la volontà di andare oltre il criterio dell’identità del bene giuridico, spesso utilizzato dagli orientamenti pretori per negare la convergenza apparente⁴.

Quanto alla valorizzazione del canone del *ne bis in idem* sostanziale, se è vero che l’art. 4.2. del progetto Pagliaro avrebbe fatto assurgere il principio in parola a criterio informatore dell’intera disciplina del concorso apparente, non può essere sottaciuta la circostanza per cui, pur auspicando la valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale quale canone risolutivo della convergenza, nell’articolato finale non si sia presa posizione sui criteri d’individuazione della norma prevalente. La Commissione non ha avuto la possibilità di redigere un articolato completo ed esauriente, perché una disciplina esaustiva e determinata sarebbe risultata probabilmente in contrasto con l’art. 76 della Costituzione. Per tale motivo, essa si è limitata ad effettuare delle dichiarazioni di principio, come nel caso della modifica del concorso apparente di norme.

Tuttavia, la semplice “legificazione” dell’art. 4.2 dell’articolato avrebbe confermato l’insufficienza del criterio di specialità ed avrebbe consentito il libero riferimento dell’interprete ai criteri valoriali utilizzati dai sostenitori delle tesi pluraliste⁵.

Il problema della convergenza avrebbe potuto essere, invece, risolto più efficacemente mediante la riforma della parte speciale del codice (la cui riforma dovrebbe sempre accompagnare quella della parte generale, restando altrimenti quest’ultima del tutto sterile sul piano delle applicazioni dogmatiche), poiché la Commissione aveva l’obiettivo – nel rispetto dei principi di frammentarietà e di *extrema ratio* – di prevedere solo i reati strettamente necessari e di codificare frammentariamente solo i fatti

⁴ RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE-MOCCIA-CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli, 2010, 311 ss.

⁵ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 10 ss.

effettivamente offensivi⁶.

Si noti come le numerose, e pressanti, problematiche poste dalla convergenza di fattispecie potrebbero essere risolte da una nuova sistematizzazione e classificazione delle oggettività giuridiche tutelate dalle norme della parte speciale le quali, unite ad una razionalizzazione dei tipi criminosi, diminuirebbero sensibilmente i casi di sovrapposibilità tra norme, affidando a specifiche clausole di riserva (determinate) le ipotesi in cui due norme siano astrattamente incentrate sul medesimo “quadro di vita”.

2.2. IL PROGETTO GROSSO

Il riferimento al principio del *ne bis in idem* sostanziale, quale criterio risolutivo dei casi di convergenza tra fattispecie, si rinviene anche nello Schema di disegno di legge-delega elaborato dalla Commissione Grosso (i cui lavori si sono svolti tra il 1998 e il 2001). Il progetto s’ispira ad una generale idea di mitigazione del trattamento sanzionatorio, all’abolizione dell’idea del carcere come sanzione principale e al costante riferimento all’efficacia preventiva di altri rimedi sanzionatori.

L’auspicio della Commissione Grosso, teso al necessario contrasto alla disorganica casualità della legislazione penale, alla tipizzazione dei reati mediante tecniche incriminatrici di dubbia costituzionalità e ai continui *vulnera* apportati al principio di offensività, si sarebbe dovuto concretizzare in una rinnovata centralità del codice penale come testo fondamentale dell’intero diritto criminale. Ciò avrebbe spiegato i suoi effetti anche sull’istituto del concorso apparente di norme, astretto tra l’ipertrofia legislativa ed i continui cortocircuiti giurisprudenziali.

⁶ PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, II, 200. Sui rapporti tra parte generale e parte speciale BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 9.

Nella Relazione finale, pertanto, si afferma che “il principio secondo cui la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale costituisce regola comunemente riconosciuta da tutte le legislazioni penali europee. Esso, tradizionalmente, si riferisce ai rapporti di c.d. specialità in astratto fra due o più norme penali. L'esperienza giurisprudenziale e dottrinale ha rivelato come il principio di specialità in astratto sia tuttavia inadeguato a rappresentare tutte le ipotesi in cui deve riconoscersi concorso apparente di norme coesistenti: la elaborazione dei criteri della sussidiarietà, dell'assorbimento e della consunzione da un lato, della specialità in concreto e della specialità bilaterale nelle sue diverse specificazioni dall'altro, stanno a dimostrare l'esigenza di impedire che il soggetto agente, pur in assenza di situazioni di specialità in astratto, sia chiamato a rispondere della violazione di più norme penali quando una di esse sia comunque in grado di comprendere per intero il disvalore del fatto (c.d. *ne bis in idem* sostanziale)”⁷.

Sulla scia di tali premesse, all'art. 4 dello Schema di legge-delega era stato previsto, accanto al principio di specialità in astratto, che “quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore”⁸; in questo modo l'interprete avrebbe dovuto valutare se, in mancanza della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza l'offesa realizzata dal fatto posto in essere. Il criterio di valutazione unitaria, così come conformato nel disegno di legge-delega, viene dalla Relazione finale della Commissione Grosso espressamente assunto quale manifestazione del *ne bis in idem* sostanziale.

⁷ COMMISSIONE GROSSO - PER LA RIFORMA DEL CODICE PENALE (1 OTTOBRE 1998) - *Relazione preliminare* (12 settembre 2000), in www.giustizia.it; PAGLIARO, *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1184 ss.

⁸ COMMISSIONE GROSSO - PER LA RIFORMA DEL CODICE PENALE (1 OTTOBRE 1998) - *Articolato 26 maggio 2001*, in www.giustizia.it.

Si può rilevare, criticamente, come il progetto Grosso – che, come il precedente Pagliaro, non prende posizione sulla nozione di “stessa materia” – non fornisca una definizione di “medesimo fatto” quale presupposto della convergenza: ciò avrebbe probabilmente determinato pressanti incertezze in ordine alla selezione delle norme da ritenere in concorso, non sciogliendo il dubbio del riferimento dell’espressione in parola all’*idem* legale o, viceversa, all’*idem* naturalistico.

Quanto all’apposizione del *ne bis in idem* come cardine della disciplina del concorso apparente di norme, è stato altresì rilevato che – lungi dal fornire all’interprete criteri certi in relazione alla norma cui attribuire prevalenza – la disposizione dell’articolato di riforma avrebbe definitivamente sdoganato il ricorso ai criteri valoriali, *a fortiori* se si considera che la stessa Relazione finale affida al giudice la funzione di valutare se, in concreto, una delle disposizioni in gioco sia in grado di assorbire l’intero disvalore dell’offesa realizzata anche in assenza di un rapporto di specialità tra norme⁹.

2.3. IL PROGETTO NORDIO

Il riferimento al *ne bis in idem* sostanziale quale canone ordinatore della materia è presente anche nel contributo offerto dalla Commissione Nordio, nominata nel 2001, i cui lavori sono terminati nel 2004.

L’art. 8 dello Schema di legge-delega elaborato da quest’ultima commissione appare estremamente interessante. Al primo comma si prevedeva la regola generale della *lex specialis*, secondo cui “quando più norme penali appaiono applicabili al medesimo fatto, la norma speciale prevale su quella generale, salvo che sia diversamente stabilito”. Il secondo comma, invece, disciplinava il reato complesso, stabilendo che “quando più

⁹ RICCARDI, *Le proposte di riforma*, cit., 312.

norme prevedono come reato fatti diversi che costituiscono insieme un reato complesso, si applica soltanto la norma che prevede il reato complesso, salvi i casi in cui la legge stabilisca diversamente". Il terzo comma, infine, conteneva la disposizione secondo cui "in ogni caso nessuno può essere punito più di una volta per il medesimo fatto"¹⁰.

Nella Relazione illustrativa si sottolineava l'insufficienza del criterio della specialità e la necessità d'indicare un ulteriore criterio generale che potesse risolvere i problemi di sovrapposibilità tra norme penali. Tale criterio avrebbe potuto essere individuato solo nel principio del *ne bis in idem* sostanziale, così come chiaramente codificato nel terzo comma dell'articolo.

Proprio con riferimento a quest'ultima previsione, concettualmente espressiva dell'*ubi consistam* del *ne bis in idem* sostanziale, è interessante segnalare come essa costituisca una mediazione tra le diverse correnti di pensiero emerse in seno alla Commissione Nordio: infatti, il testo originario dei commi 2 e 3 dell'art. 8 della bozza prevedeva che "al di fuori dei casi di specialità, non si applicano le norme penali che prevedono una condotta il cui significato offensivo è parte costitutiva essenziale di quello descritto da un'altra norma che preveda una pena più grave".

La Commissione Nordio ha preferito, viceversa, ubicare in due commi differenti gli istituti del reato complesso e del *ne bis in idem* sostanziale (quest'ultimo quale canone regolatore di chiusura della disciplina del concorso apparente).

La disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 8, nella versione proposta dallo Schema di legge-delega definitivo, avrebbe tuttavia posto molteplici problemi. In primo luogo, essa - nel tentativo di tradurre con una norma di chiusura il principio del *ne bis in idem* sostanziale - non avrebbe fornito alcun valido criterio normativo all'interprete, poiché si sarebbero date per presupposte le nozioni di "più di una volta" (*bis*) e "medesimo fatto"

¹⁰ PAGLIARO, *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 244 ss.

(*idem*)¹¹.

Il *ne bis in idem* sostanziale è un principio generale e, in quanto tale, deve essere tenuto ben distinto dai criteri di individuazione di un concorso apparente di norme. Come principio generale, infatti, esso non appare idoneo a individuare una relazione tra norme, né di dare indicazioni su quale sia la norma prevalente¹².

2.4. IL PROGETTO PISAPIA

L'ultima - in ordine di tempo - commissione nominata per la riforma della parte generale del codice penale è stata quella presieduta da Giuliano Pisapia, la quale ha terminato l'elaborazione dello schema del disegno di legge-delega, accompagnato da una relazione illustrativa, nel 2007.

I lavori della Commissione Pisapia sono stati indirizzati verso l'elaborazione di una nuova parte generale che rispettasse i principi di legalità, colpevolezza e offensività. Peraltro, nell'articolato si prevedeva - molto audacemente - la definitiva espunzione dal sistema di tutte le numerose ipotesi di responsabilità oggettiva¹³.

La Commissione aveva l'obiettivo, alquanto ambizioso, di conformare un diritto penale minimo, equo ed efficace, in grado d'invertire le tendenze ipertrofiche e panpenalistiche che, oltre a sfigurare il volto costituzionale dell'illecito penale, determinano l'insorgenza di pressanti problematiche proprio in tema di convergenza d'illeciti. Peraltro, come già previsto nel progetto Pagliaro, veniva ritenuto indispensabile l'inserimento, a livello costituzionale e non meramente codicistico, di una riserva di codice: all'art.

¹¹ RICCARDI, *Le proposte di riforma*, cit., 313.

¹² PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit. 12.

¹³ COMMISSIONE PISAPIA - PER LA RIFORMA DEL CODICE PENALE (27 LUGLIO 2006)

- RELAZIONE 19 NOVEMBRE 2007, IN WWW.GIUSTIZIA.IT.

2 dello Schema, infatti, si affermava che il Governo avrebbe dovuto “prevedere che le nuove disposizioni penali siano inserite nel Codice Penale ovvero in leggi che disciplinano organicamente l’intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti”¹⁴.

Quanto al tema, più specifico, del concorso apparente di norme, l’art. 5, comma 2, dello Schema prevedeva che l’Esecutivo avrebbe dovuto legiferare nel senso che “in caso di concorso di norme, nel rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia diversamente stabilito, e che quando un medesimo fatto sia riconducibile a più disposizioni di legge, si applichi la norma che ne esprime per intero il disvalore”.

Va evidenziato come l’articolo in parola fosse dedicato – come reso evidente dalla rubrica – all’interpretazione e applicazione della legge penale. Il concorso apparente di norme veniva, dunque, ritenuto un problema attinente alla legge penale e al suo, peculiare, statuto di garanzia.

Pur registrando il riferimento – tratto comune, come rilevato, a tutti i progetti di riforma avvicendatisi nel tempo – al principio del *ne bis in idem* sostanziale quale autentico “uovo di Colombo” per la risoluzione degli *hard cases* in tema di convergenza di fattispecie, si segnala come anche nel caso del Progetto Pisapia manchi una più compiuta concretizzazione dell’*ubi consistam* del principio in parola, atta a delinearne la fisionomia essenziale. L’art. 5 dello Schema di legge-delega pare inoltre aver contemplato, contemporaneamente, tutte le diverse categorie di criteri risolutori della convergenza apparente. Ciò in quanto, accanto al principio di specialità (canone primario di risoluzione della convergenza), vengono menzionati anche il criterio della sussidiarietà (espressa) e, implicitamente nell’ultima

¹⁴ COMMISSIONE PISAPIA - PER LA RIFORMA DEL CODICE PENALE (27 LUGLIO 2006)

– PROPOSTA DI ARTICOLATO, IN WWW.GIUSTIZIA.IT.

parte della norma, quello dell'assorbimento. A tacere del fatto per cui anche il canone della specialità sembra essere mediato dal principio del *ne bis in idem* sostanziale e che, inoltre, la riconduzione di un medesimo fatto a più norme avrebbe potuto legittimare l'accoglimento della tesi della specialità in concreto.

Una commistione concettuale così evidente avrebbe consegnato all'interprete strumenti inidonei a risolvere i casi dubbi di convergenza di fattispecie, determinando un inaccettabile *vulnus* al principio di stretta legalità penale.

Caratteristica condivisa dalle varie commissioni di riforma che si sono succedute nell'ultimo trentennio è stata quella di voler superare il riferimento esclusivo alla specialità unilaterale in astratto, sia mediante il richiamo al principio del *ne bis in idem* sostanziale, sia prevedendo l'applicazione della norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo.

L'intento, emerso nei lavori delle varie commissioni di riforma, di affiancare al criterio di specialità il canone regolatore del *ne bis in idem* sostanziale ha messo in luce la penetrazione delle esigenze equitative di mitigazione del trattamento sanzionatorio – germinate a seguito della nuova quotazione del principio costituzionale di proporzionalità del trattamento sanzionatorio – nell'alveo delle categorie dogmatiche tradizionali.

Tuttavia, come emerge chiaramente da un passo della Relazione illustrativa allo Schema di disegno di legge-delega elaborato dalla Commissione Nordio, le buone intenzioni non sono state perennemente concretizzate in schemi pratici idonei a restituire una corretta e coerente applicazione degli intendimenti teorici dei compilatori. Infatti, è stato precisato che, nell'ambito della stessa Commissione Nordio “la discussione è stata (...) molto articolata in merito alla formulazione positiva che esso [il principio del *ne bis in idem* sostanziale; n.d.a.] doveva assumere e sui rapporti da instaurare fra i due criteri accolti. In proposito, la maggioranza ha accolto una soluzione che indica solo il risultato finale da tutti condiviso:

l'inapplicabilità di una pluralità di pene per un medesimo fatto".

La necessità - teorica - di collocare il *ne bis in idem* sostanziale accanto al criterio della specialità in astratto ha evidentemente determinato dei cortocircuiti - pratici - nel momento di concreta delimitazione degli ambiti operativi dell'uno e dell'altro. Prim'ancora, gli interrogativi sono sorti nel momento di perimetrazione della portata applicativa e della fisionomia strutturale del *ne bis in idem* sostanziale; principio, quest'ultimo, oggetto di pregevoli ed elaborate ricostruzioni dottrinali (e di copiosi riferimenti giurisprudenziali), la cui forza precettiva era (ed è) ancora lungi dall'essere scolpita espressamente in una disposizione di legge.

La genericità del richiamo al *ne bis in idem* sostanziale, in assenza di una chiara delimitazione della sua portata e delle "regole d'ingaggio" che ne conformano lo statuto, avrebbe dunque comportato una crescita smisurata della discrezionalità giudiziaria, stante l'assenza di criteri orientativi cui assoggettare le scelte ermeneutiche. Basti pensare che il requisito dell'*idem factum*, esplicitato nei vari progetti di riforma alla stregua di "medesimo fatto", appare concetto altamente vago, potendo esso dare la stura ad approcci - quali, ad esempio, la specialità in concreto - a base strettamente naturalistica.

3. *Ne bis in idem* sostanziale e riforma della parte speciale. Il possibile ricorso ad una clausola generale di risoluzione dei conflitti tra norme

Gli interrogativi che si appuntano sulle possibili metodologie risolutive del concorso apparente di fattispecie incriminatrici sono strettamente collegati alle modalità di conformazione della parte speciale del codice e all'alluvionale legislazione complementare. Le tecniche di redazione delle norme, la classificazione delle oggettività giuridiche tutelate dai tipi astratti di reato, l'ipertrofia legislativa e l'assillante tendenza all'emersione di una

legislazione casistica costituiscono valvole di modulazione, nell'ambito della legalità penale, tra esigenze di prevedibilità della reazione penale, istanze equitative di giustizia sostanziale (tese a garantire la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio) ed esigenze di difesa sociale. Il problema delle definizioni giuridiche contenute nella parte speciale, oltre ad avere una dimensione tecnica, possiede una pregnante dimensione istituzionale, in grado di illuminare il profilo dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato¹⁵: se la legge non offre canoni risolutivi diversi da quello della stretta specialità, per lo scioglimento delle ipotesi di convergenza, appare evidente come ciò determini un'evidente limitazione l'opera degli interpreti. Qualora, invece, venisse legittimato – dal punto di vista normativo – il possibile ricorso a criteri di valore, esso potrebbe indurre gli operatori del diritto a formulare un sindacato sulle scelte di penalizzazione. Ed è probabilmente per tale motivazione, ossia per inibire un penetrante controllo *a posteriori* sulle scelte di politica criminale, che non si è ancora giunti a novellare le regole codicistiche in tema di concorso apparente di norme.

Risulta necessario, dunque, per risolvere il problema del concorso apparente di norme, una sistematizzazione razionale (quantomeno) della parte speciale del codice, coniugata con una linea direttrice di politica criminale che sia tesa a tutelare, mediante la sanzione criminale, oggettività giuridiche che possano fondarsi, almeno implicitamente, sulla Carta costituzionale. È, questa, la prospettiva di un modello costituzionale di lotta al delitto, scaturente dalla considerazione per cui il diritto penale va fondato primariamente sul catalogo dei beni giuridici di ascendenza costituzionale: nella Carta vanno, quindi, necessariamente individuate le *rationes* delle incriminazioni da inserire nella parte speciale e nella legislazione complementare, secondo la nota teorica bricoliana.

¹⁵ FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 39 ss.

A tali considerazioni possono aggiungersi quelle per cui la penalizzazione di un comportamento umano presupponga valutazioni di natura ideologica, ispirate dalla necessità di proteggere situazioni di valore offendibili e, in quanto tali, tutelabili¹⁶.

De iure condendo va, pertanto, delineata una parte speciale che incrimini forme di offesa a beni giuridici anche solo implicitamente riconosciuti in Costituzione. L'aggancio costituzionale delle oggettività giuridiche evidenzerebbe la rilevanza dell'offesa e giustificerebbe l'inflizione della sanzione penale, in presenza degli ulteriori presupposti di legittimazione dell'intervento sanzionatorio, al metro dei principi di materialità, colpevolezza, frammentarietà, *extrema ratio* e meritevolezza di pena.

La codificazione articolata sugli assi portanti del modello costituzionale di lotta al delitto, dove il numero delle fattispecie incriminatrici contenute nella parte speciale appare drasticamente diminuito, attribuirebbe chiarezza e certezza alla materia della convergenza apparente d'illeciti.

Dinanzi ad un sistema penale del genere si potrebbe individuare nel criterio di specialità il canone primario di risoluzione dei - ridotti - casi di convergenza strutturale tra fattispecie astratte, all'insegna di un rafforzamento delle garanzie di tassatività e determinatezza *ex ante* e, soprattutto, di prevedibilità delle conseguenze penali *ex post*. Ad esso potrebbero accompagnarsi, mediante esplicite indicazioni testuali, delle clausole di riserva determinate, da enucleare nei casi in cui legislatore individui previamente - in relazione ad alcuni "quadri di vita" ricorrenti - le norme non applicabili cumulativamente¹⁷. Il complesso di situazioni della vita sociale dovrebbe indirizzare il legislatore all'enucleazione di

¹⁶ ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 13 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*.

¹⁷ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 264.

alcuni tipi di reato per i quali il giudizio di rilevanza andrebbe effettuato alla stregua di un *numerus clausus* di fattispecie astratte¹⁸.

Solo qualora, oltrepassati questi due momenti dell'indagine valutativa, si dovesse giungere ad esiti incompatibili con le esigenze di proporzionalità nella complessiva sistemazione dei rapporti reato/pena, si potrebbe addivenire all'applicazione – sullo sfondo del principio di *ne bis in idem* sostanziale – della norma incriminatrice in sé assorbente la totalità del disvalore apportato dalle condotte concretamente poste in essere, valorizzando il profilo dell'offesa complessiva al bene giuridico. A tanto si potrebbe pervenire tramite una clausola generale di chiusura, sulla falsariga di quelle contenute nel Progetto Pisapia – o di quella presente nella versione originaria dell'articolato elaborato dalla Commissione Nordio¹⁹ – a patto, però, di fisionomizzare con maggior chiarezza la portata applicativa specifica del *ne bis in idem* sostanziale, al fine di coniugare armonicamente le esigenze di proporzionalità dell'irrogazione in concreto della pena con le istanze di determinatezza e prevedibilità cui deve essere finalizzata l'intera disciplina della convergenza d'illeciti.

I problemi in tema di convergenza apparente di fattispecie incriminatrici, alla luce del binomio unità/pluralità di reati, andrebbero risolti in primo luogo attraverso una razionalizzazione sistematica della parte speciale del codice penale.

Ove il legislatore proceda all'introduzione di incriminazioni astratte, infatti, dovrebbe contemporaneamente valutare anche quali siano i reciproci rapporti che s'instaurano con le norme già presenti nel sistema. L'abdicazione da un'analisi compiuta dei rapporti reciproci tra fattispecie astratte potrebbe essere sanata, come detto, dall'introduzione di clausole di sussidiarietà che risolvano in maniera *tranchant* gli interrogativi di sorta che

¹⁸ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 266.

¹⁹ “Al di fuori dei casi di specialità, non si applicano le norme penali che prevedono una condotta il cui significato offensivo è parte costitutiva di quello descritto da altra norma che preveda una pena più grave”.

potrebbero sopravvenire nella fase di applicazione concreta delle fattispecie astratte di reato.

Le riforme future dell'istituto del concorso apparente di norme dovranno anzitutto focalizzarsi sulla duplice funzione che, come rilevato, esso possiede nell'ambito del sistema penale a base legalitaria, e cioè il fatto che la valutazione dei "quadri di vita" avvenga, da un lato, nell'alveo dello statuto informato ai principi di tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici e prevedibilità delle conseguenze penali e, dall'altro, che la reazione sanzionatoria persegua gli scopi equitativi sottesi al principio inespresso del *ne bis in idem* sostanziale.

Tracciare una linea di confine netta tra queste due funzioni sembra essere la vera sfida dei futuri, e auspicabili, progetti di riforma i quali, ferma restando la necessità di razionalizzare compiutamente la parte speciale, vogliano intervenire sulla parte generale del codice penale.

In tal senso, potrebbe accogliersi positivamente una proposta che tenti di costruire una nuova norma, da collocarsi nell'alveo dei principi "primi" o "generalissimi" del codice, finalizzata a bilanciare le esigenze di proporzione del trattamento sanzionatorio, conseguente alla lesione o messa in pericolo delle oggettività giuridiche in gioco, con le "regole d'ingaggio" - ispirate ad istanze legalitarie - proprie di un sistema penale a legalità mista, formale-sostanziale.

In questo modo, qualora gli esiti dell'effettuazione - in prima battuta - del raffronto strutturale tra fattispecie astratte, in assenza di clausole di riserva, restituissero una valutazione dissonante con il principio di proporzione del trattamento sanzionatorio, si potrebbero legittimare interpretazioni, di matrice valoriale, tese a garantire la complessiva sostenibilità del carico sanzionatorio, avendo come "faro" il disvalore complessivamente apportato e, dunque, coinvolgendo nell'analisi la portata precettiva (anche) del principio di offensività.

Nell'ipotesi in cui l'applicazione congiunta di plurime fattispecie incriminatrici, pur se non in reciproco rapporto di specialità logico-formale,

dovesse condurre ad addossare più di una volta il medesimo elemento, esprimente un disvalore socialmente unitario, si potrebbe consentire l'ingresso nel sistema a criteri assiologici, idonei a ricalibrare la pena concretamente irrogata.

I criteri valoriali cui si fa riferimento dovranno, indefettibilmente, trovare in una solida base legale il proprio presupposto applicativo, affidando - in caso contrario - all'interprete un tasso di discrezionalità tale da sbilanciare inopinatamente il *trade-off* tra giustizia sostanziale e calcolabilità delle conseguenze penali, a tutto svantaggio delle istanze legalitarie.

BIBLIOGRAFIA

AMARELLI, *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l'art. 416 bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 10, 2249 ss.

AMATO GIUS., *I reati in materia di stupefacenti: le fattispecie previste dall'art. 73 D.P.R. 309/1990*, in CAPUTO-FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 324 ss.

AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, I, Bologna, 2010, 335 ss.

ANTOLISEI, *Concorso formale e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, II, 609 ss.

ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1949.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003.

ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *Arch. pen.*, 1949, I, 67 ss.

ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 1 ss.

BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962.

BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949.

BAUSILIO, *Il principio del bis in idem. Dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017.

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.

BELTRANI, *Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza in danno di più familiari conviventi: non unità, ma pluralità di reati*, in *Cass. pen.*, 2008, 2751 ss.

BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.

BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1945.

BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978.

BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986.

BERNARDI S., *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2017.

BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2021.

BONCOMPAGNI, *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 397 ss..

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1973, XIX, 7 ss.

BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004.

CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970.

CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, II, 1992, 230 ss..

CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano, 1943.

CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale*, I, Napoli, 1962.

CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.

CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1009 ss.

CONTIERI, *Sul reato complesso*, in *Foro it.*, 1946, 636 ss.

CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, I, Padova, 1892.

DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale*, Torino, 2013.

DE FRANCESCO G.A., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, II, 416 ss.

DE FRANCESCO G.A., voce *Specialità (Principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1987, 487 ss.

DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

- DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, (rist.), Napoli, 1969.
- DE MARSICO, *Diritto penale*, Napoli, 1935.
- DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 489 ss.
- DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1096 ss.
- DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104 ss.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- FAIELLA, *Offesa e sanzione nel cosiddetto "riciclaggio di carte di credito"*, in *Cass. pen.*, 2002, 112 ss.
- FARMER, *The Obsession with Definition: the Nature of Crime and Critical Legal Theory*, in *Social & Legal Studies*, 1996, 57 ss.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1995.
- FIANDACA, Sub art. 27, in BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, IV, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.
- FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2019.

- FIGLIO C. -FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020.
- FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale, I*, Milano, 1934.
- FORNARI, voce *Prostituzione*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1516 ss.
- FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 39 ss.
- FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937.
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale, II*, Torino, 2020.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 2018.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 40 ss.
- GIACONA, *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, in AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 363 ss.
- GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*, in *Cass. pen.*, 2011, 3845 ss.
- GIANNELLI, *Truffa aggravata e malversazione: concorso di reati o concorso apparente di norme? La soluzione delle Sezioni Unite*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 343 ss.

GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1932.

JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 220 ss.

LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato": la responsabilità dei soggetti operanti nel comparto di produzione e traffico di droga dell'impresa mafiosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 4367 ss.

LOSANA, *Permanenza e concorso di reati a proposito del ratto a fine di libidine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 165 ss.

LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1238 ss.

LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974.

LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità o pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 940 ss.

MADIA N., *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2017, 2653 ss.

MADIA N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, 2020.

MADIA N., *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316-ter cod. pen. e l'art. 640-bis cod. pen.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parti inutili*, in *Cass. pen.*, 2003, 2679 ss.

- MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1937.
- MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2108 ss.
- MANNA, *Corso di diritto penale*, Milano, 2020.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Milano, 2020.
- MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965.
- MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.
- MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1162 ss.
- MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, Torino, 2018.
- MAZZACUVA FR., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1904 ss.
- MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006.
- MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954.

MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967.

MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 809 ss.

NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010.

NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 200 ss.

NUVOLONE, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1966.

NUVOLONE, *Norme penale e principi costituzionali*, in ID, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1975, 678 ss.

PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss.

PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.

PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, II, 200 ss.

PAGLIARO, *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 244 ss.

PAGLIARO, *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1184 ss.

PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 257 ss.

PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217.

PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss.

PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021.

PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in PIZZORUSSO-VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 529 ss.

PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinascimento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224 ss.

PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 917 ss.

PALIERO, *La Legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 121 ss.

PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1942.

PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale, I*, Torino, 1962.

PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1967, 945 ss.

PIACENZA, *Il reato complesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 966 ss.

PISAPIA G.D., *Istituzioni di diritto penale*, 1970.

PROSDOCIMI, voce *Reato complesso*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, 220 ss.

PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

PROVENZANO M., *La "nuova" nozione di schiavitù e il possibile concorso col reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Cass. pen.*, 2007, 4574 ss.

PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, 51 ss.

RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, in *Scuola pos.*, 1960, 309 ss.

RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1952.

RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942.

RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, 132 ss.

RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE-MOCCIA-CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli, 2010, 311 ss.

RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 99 ss.

RIVELLO, *Analisi in tema di Ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 506 ss.

ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929.

ROMANO B., *Guida alla parte generale del codice penale*, Padova, 2009.

ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 179 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

ROSSI B., *Inammissibilità del concorso formale tra i reati di detenzione e porto in luogo pubblico di arma comune da sparo e di arma clandestina*, in *Cass. pen.*, 2018, 144 ss.

ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973.

RUTA, *Truffa ai danni dello Stato e frode fiscale: limiti al principio di specialità*, in *Cass. pen.*, 2011, 2501 ss.

SABATINI, *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola pos.*, 1932, 194 ss.

SABATINI, *Il reato progressivo nel sistema delle deroghe al concorso di reati*, in *Scritti in onore di U. Conti*, Città di Castello, 1932.

SALVIANI, *La configurabilità del reato previsto dall'art. 416-bis c.p. anche per le organizzazioni criminali diverse dalle mafie "tradizionali"*, in *Cass. pen.*, 2020, 2721 ss.

SAUER, *Allgemeine Strafrecht*, III, Berlin, 1955.

SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss.

SIBILIO, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2017.

SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.

SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino, 2006.

SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1163 ss.

SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937.

SVARIATI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla configurabilità del concorso tra il reato di ricettazione e quello di commercio di prodotti industriali recanti marchi o segni contraffatti*, in *Cass. pen.*, 2001, 3019 ss.

TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1048 ss.

VALLINI, *Circostanze del reato*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 3 ss.

VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 261 ss.

VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 848 ss.

VANNINI, *Assorbimento e progressione criminosa nel nuovo codice penale*, in *Pensiero giur. pen.*, 1931, 22 ss.

VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517 ss.

VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1150 ss.

VASSALLI, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 816 ss.

VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 700 ss.

VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 2009.

VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in *Festschrift Bockelmann*, München, 1979.

VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905.

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1965.

ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010.