



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale

**CONCORSO DI REATI E CONCORSO APPARENTE DI NORME.
INQUADRAMENTO TRADIZIONALE E NUOVI SPUNTI
INTERPRETATIVI**

RELATORE

**Chiar.mo Prof.ssa
Francesca Minerva**

CANDIDATA

**Alessia Gianfelice
Matr. 126213**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Enrico Gallucci**

ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018

*“Non è tanto chi sei,
quanto, quello che fai che ti qualifica”*

*Alla mia punta di diamante, Letizia
A Mamma, Papà e Nonna, che, nonostante tutto,
hanno sempre creduto in me e
ai quali darò sempre motivo per continuare a crederci
Alla mia Sicilia,
unica donna che non cesserà mai di essere nel mio cuore*

Sommario

INTRODUZIONE	8
CAPITOLO I	10
CONCORSO MATERIALE DI REATI E CONCORSO APPARENTE DI NORME, INQUADAMENTO STORICO E CRITERI ATTUALI	10
1.1 - Archetipi italiani e passi verso un diritto penale dinamico	11
1.2 – La “copernicana” rivoluzione del Codice Rocco	14
2.1 – Concorso di reati, problematica di unità e pluralità di reati.	17
2.1.1 – Concorso materiale di reati: struttura e trattamento sanzionatorio	21
2.1.2 – Concorso formale di reati: struttura e trattamento sanzionatorio	24
2.2 – Reato continuato: nozione e fondamento.....	26
3.1 – Concorso apparente di norme	30
3.2 – Criteri: la specialità e i concetti di “stessa materia”	34
3.2.1 – L’importanza delle clausole di riserva	39
3.3 – (Segue) Criteri: la sussidiarietà	42
3.4 – (Segue) Criteri: assorbimento o consumazione	45
3.5 – (Segue) Criteri: <i>Ne bis in idem</i> sostanziale.....	47
3.6 – Ipotesi di <i>antefactum</i> e di <i>postfactum non punibile</i>	51
4.1 – Il controverso rapporto tra concorso formale eterogeneo di reati e concorso di norme	53
4.2 – le posizioni della giurisprudenza susseguitesi nel tempo.....	56
CAPITOLO II.....	58
LE OSCILLAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA’. ANALISI DI CASI GUIDA TRA CONCORSO MATERIALE E CONCORSO APPARENTE DI NORME.	58
1.1– Le Sezioni Unite sul concorso tra malversazione e truffa aggravata. Questione e orientamenti a confronto.	59

1.2– L’orientamento abbracciato dalle Sezioni Unite.....	65
1.3– Un possibile <i>revirement</i> per una diversa soluzione.	69
2.1 – Assorbimento o concorso formale di reati, rapporti tra abuso d’ufficio e falso in atto pubblico.....	74
3.2 – Il principio di consunzione come possibile soluzione.....	85
4.1 – Omicidio stradale e guida in stato di ebbrezza.	88
Premessa.	88
4. 2 – Analisi del caso	89
4.3 – Un <i>revirement</i> , forse, già accolto	96
5.1 – Bancarotta fraudolenta per distrazione e fraudolenta sottrazione al pagamento delle imposte: Concorso formale o conflitto apparente di norme? ..	99
5.2 – Confronto strutturale tra le fattispecie	104
5.2.1 – Le condotte.....	104
5.2.2 – I soggetti attivi.....	105
5.2.3 – L’elemento soggettivo.....	107
5.3 – Confronto “valoriale” tra le fattispecie.....	108
5.3.1 – Il bene oggetto di tutela.....	108
5.3.2 – Possibile configurazione dell’assorbimento.....	110
6.1 – Una sussidiarietà riconosciuta all’unanimità, tra riciclaggio e favoreggiamento reale	113
CAPITOLO III	118
NE BIS IN IDEM ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA	118
1.1- Il caso Grande Stevens e la pronuncia 200/2016 della Corte Costituzionale	119
2.1 – Profili evolutivi del concorso apparente di norme, le Sezioni Unite su un recente caso in tema di armi.	136
2.2 – L’orientamento tradizionale della giurisprudenza	138
2.3 – Le Sezioni Unite alle prese con nuovi spunti interpretativi	140
BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUZIONE

Le divergenze tra giurisprudenza e dottrina non sono certamente di recente individuazione, al contrario, caratterizzandosi per essere risalenti nella storia del nostro diritto, sembra opportuno citare Giovanni Fiandaca che a conclusione di uno dei suoi saggi su questa tematica, affermava che, nella materia penale, *“la nomofilachia raggiungibile sarà soltanto quella storicamente “possibile”: cioè quella che - al di là delle migliori intenzioni soggettive - sarà di fatto consentita da tutti i fattori condizionanti (interni alla magistratura ed esterni o di contesto) in campo¹”*.

Sembra possibile ricollegare la citazione alla richiamata attenzione della giurisprudenza sul conflitto di opinioni che si articolano intorno alla tematica del concorso apparente di norme, al concorso di reati e a tutta la accesa disputa che si rinvie nella identificazione dei criteri e dei principi posti alla base di questi istituti.

La questione è tornata all'evidenza delle Sezioni Unite con la recentissima ordinanza di rimessione, emessa dalla VI Sezione Penale, con la quale si discuteva della questione di diritto relativa alla possibilità, o meno, che il reato di malversazione in danno dello Stato

¹ G. FIANDACA, Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione, in Cass. pen., 2005, 1722.

ex art. 316-bis c.p. concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p.

Tuttavia, la questione si rinvia in numerose altre pronunce della Suprema Corte, sulle quali si darà dovuto approfondimento nel corso dell'elaborato, e che ci permetteranno di capire le numerose oscillazioni dei giudici di legittimità e le spinte ad opera della dottrina sulla tematica in questione.

Tematica, che diviene più spinosa alla luce della giurisprudenza europea sul *ne bis in idem* sostanziale, che ha investito il nostro Paese con la sentenza Grande Stevens e la pronuncia 200/2016 della Corte Costituzionale.

Si cerca, quindi, di inaugurare un nuovo percorso interpretativo basato sulla nuova definizione di “stessa materia” e di “idem factum” indicata dalla Corte EDU e, parallelamente, di comprendere se, al fine di garantire l'integrale applicazione della regola del *ne bis in idem*, non sarebbe conveniente conferire una legittimazione ufficiale nel nostro ordinamento ai criteri ermeneutici dell'assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto.

Inevitabilmente ancora oggi si scontrano “zone d'ombra” per la cui risoluzione non basta l'interpretazione della giurisprudenza, e la indefessa pressione della dottrina sulla questione, ma che sia l'intervento del legislatore a diradare i dubbi e a gettare luce sugli ancora persistenti dubbi in materia.

CAPITOLO I

CONCORSO MATERIALE DI REATI E CONCORSO APPARENTE DI NORME, INQUADAMENTO STORICO E CRITERI ATTUALI

SOMMARIO: 1.1 – Archetipi italiani e passi verso un diritto penale dinamico. 1.2 – La “copernicana” rivoluzione del Codice Rocco. 2.1 – Concorso di reati. 2.1.1 – *Concorso materiale: struttura e trattamento sanzionatorio*. 2.1.2 – *Concorso formale: struttura e trattamento sanzionatorio*. 2.2 – Reato continuato: nozione e fondamento. 3.1 - Concorso apparente di norme. 3.2 - Criteri: la specialità e i concetti di “stessa materia”. 3.2.2 - *L'importanza delle clausole di riserva*. 3.3 – (Segue) Criteri: la sussidiarietà. 3.4 – (Segue) Criteri: assorbimento o consunzione. 3.5 – (Segue) Criteri: *Ne bis in idem* sostanziale. 3.6 – Ipotesi di *antefactum* e di *postfactum* non punibile. 4.1 – Il controverso rapporto tra concorso formale eterogeneo di reati e concorso di norme. 4.2 – le posizioni della giurisprudenza susseguitesi nel tempo.

1.1 - Archetipi italiani e passi verso un diritto penale dinamico

A partire dalla prima metà del XIX secolo, risulta già affermato in Italia, lo studio volto al reperimento di forme giuridiche in grado di assegnare un rilievo unitario alla vicenda della commissione di più reati ad opera della stessa persona. È il secolo in cui il nostro diritto penale è agli esordi ed in cerca di legittimazione scientifica, esso tende sempre più a muovere i passi verso la creazione di istituti molto più raffinati, che possano dargli la piena autorità di un diritto penale “moderno” e dinamico.

Inizia ad avvertirsi l'idea che il concorrere dei reati, in un unico soggetto, non potesse equivalere al mero dato esteriore della pluralità degli stessi e che quindi la loro riconducibilità in capo al medesimo reo imponesse dei delicati interrogativi. E, soprattutto, che sul piano degli istituti giuridici dovesse esservi una considerazione del tutto peculiare ed autonoma rispetto a quella che guardava alla tematica della conseguenza sanzionatoria.

Da un lato ci si domandava quale dovesse essere il risvolto sanzionatorio per il soggetto che avesse dato vita ad una molteplice realizzazione criminosa. Se la pena, insieme con la responsabilità, dovesse aumentare per effetto della commissione di un reato diverso ed ulteriore rispetto al precedente, oppure se in questa situazione, la pena astrattamente applicabile dovesse diminuire fino a tal punto che la pena prevista un reato dovesse inglobare in sé anche quella prevista dal secondo reato. Numerosi furono gli studiosi che si schierarono per questa seconda opzione e che furono aspramente criticati in quanto si riteneva che il criterio dell'assorbimento, che poteva sembrare *prima facie*, più

umanitario, risultava essere ingiusto perché equiparava il “delinquente d’occasione” al “delinquente per abitudine”².

L’opinione più diffusa era, quindi, quella che si poneva al centro, ovvero quella di *“lasciar da parte [...] l’uno e l’altro di questi due sistemi, e di trovare la vera soluzione della scienza razionale [...] nella combinazione di una pena più grave, come risultamento generale di tutti i delitti che sono stati commessi, e che son tutti da punirsi”*.³

Dall’altro, diventava sempre più evidente come il problema non fosse direttamente e semplicemente legato alla sanzione, ma al più ampio ambito della struttura stessa del reato, nei suoi stessi elementi costitutivi.⁴

Orbene, in Italia ebbe seguito la costruzione che ravvisa nel concorso di reati non una mera unificazione sanzionatoria. È opportuno citare lo storico giurista siciliano Giovanni Battista Impallomeni, il quale nel 1885 affermava che *“la legge punisce il delinquente a causa del suo delitto e non il delitto in se stesso”*⁵ e questa affermazione deve essere applicata anche laddove si parli di concorso di reati, in quanto non avrebbe senso parlare di un cumulo di responsabilità, ma di una unica responsabilità aggravata dalla pluralità di reati, ma di un’unica pena che, sempre nella concezione di Impallomeni *“non può mai riuscire uguale, in durata o intensità, all’insieme delle pene dovute per ciascun reato”*⁶ e ancora *“le varie offese dell’ordine giuridico, commesse da una stessa persona, non possono essere dal legislatore considerate come indipendenti l’un dall’altra, e come tali soggette a corrispondenti penalità speciali, perché vengono fuori improntate da un*

² C. CASTORI, Concorso di reati e di pene, in Trattato di diritto penale, a cura di P. Cogliolo, vol. I, pt. III, Milano, 1889, 1314

³ M. ORTOLAN, Elementi di diritto penale, trad. it. Di G. Giuliano, t. II, Napoli, 1857, 6.

⁴ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell’esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 4 ss.

⁵ G.B. IMPALLOMENI, Concorrenza reale e concorrenza formale di reati, Catania, 1884-1885, 7 ss.

⁶ Ibidem, IMPALLOMENI, p. 7.

*carattere comune, che le unifica sì nel rispetto obiettivo che nel rispetto subiettivo. Nel primo rispetto, avvegnachè i reati tutti hanno una comune direzione generale: la ribellione contro l'ordine giuridico della Società. Ne secondo rispetto, per il motivo che, quantunque molteplici siano le determinazioni criminose, una sola, è la volontà ribelle all'ordine giuridico”*⁷.

Dunque, affinché si potessero ravvisare delle forme di unificazione, era necessario trovare casi in cui la pluralità di reati potesse essere ricondotta alla loro unicità, e quindi che tale pluralità fosse solamente “apparente”.⁸

Volendo portare un esempio di codificazione della definizione di concorso formale, ben ci si può riferire al codice preunitario toscano, che in questo senso fu il primo a prevedere tale figura all'art. 81, che recita quanto segue: *“se un'azione può costituire più titoli di delitto, deve sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave; a questa pena, ove on sia assolutamente determinata, viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto”*.

Si può allora parlare di una questione ontologica relativa alla creazione di criteri volti ad unificare, almeno dal punto di vista del risvolto sanzionatorio, le molteplici figure di reato.

Con l'avvento del Codice Zanardelli, in vigore dal 1890 nel Regno d'Italia, inizia a farsi largo il ragionamento basato sul presupposto che, per esservi pluralità di reati occorre riscontrare la pluralità di tutti gli elementi costitutivi del reato.⁹

⁷ Ibidem, IMPALLOMENEI, p. 7.

⁸ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 8.

⁹ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 29 e ss.

Osservando le posizioni dei più grandi giuristi dell'epoca, tra cui lo stesso Impallomeni e Masucci, il quale a conclusione della sua tesi rilevava come nel progetto di codice proposto dalla seconda Commissione nel 1870 era prevista una norma, all'art. 77, che inquadrava il requisito da lui sostenuto, ossia "se taluno con un fatto di per sé stesso unico ed inscindibile ha violato sotto più aspetti la legge penale, deve essere punito secondo quello pel quale è stabilita la pena più grave"¹⁰, ma anche Bernardino Alimena, e Castori si nota come la concezione alle porte del XX secolo in Italia, per il concorso ideale, sia assai ristretta.

1.2 – La “copernicana” rivoluzione del Codice Rocco

E proprio questo ristretto ambito di applicazione di questo istituto, costituisce la spia della tendenza, del tutto opposta, che prenderà il sopravvento e sarà evidenziata nel codice Rocco del 1930, volta a differenziare il concorso ideale sia dal reato unico, sia dal concorso apparente di norme, per ravvisarvi o una autentica pluralità di reati o, al più, una unità soltanto fittizia.¹¹

È possibile, quindi, concepire le teorie di questi giuristi come un vero e proprio ponte tra la concezione classica del concorso ideale come reato unico e la concezione in vigore nel

¹⁰ Ibidem, BRUNELLI, p. 35.

¹¹ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 39

XX secolo, che concepisce tale istituto come figura alternativa e derogante al concorso materiale.

È con il codice Rocco che si ha una vera e propria rivoluzione “copernicana” in materia. Infatti, con questo nuovo codice, la teoria del concorso ideale cambia totalmente il suo territorio di appartenenza, e tuttavia non riesce ad acquistare una sua totale autonomia. Si passa da una “simbiosi” con il concorso apparente di norme, cui il codice Zanardelli lo aveva assimilato, allo stretto collegamento anche se è possibile parlare di rapporto simbiotico anche in questo caso, con il concorso materiale di reati, a cui viene riservato il trattamento del cumulo materiale delle pene, e su questa scelta pesò fortemente la scuola positiva della dottrina.

Su tale scelta possiamo volgere lo sguardo alla critica di Giovanni Musillami, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione negli anni '40, il quale affermava che *“l'impronta prevalente del nuovo codice sarà pur quella di un maggior rigore nelle varie sanzioni, ed anche su ciò è quasi unanime l'adesione dei competenti, perché è invero strumento di più efficace difesa sociale il porre con le gravi penalità validissimo argine alla preoccupante invadenza delle attività delittuose, ma, se è anche compito delle supreme autorità dello Stato di adeguare questa funzione difensiva alle esigenze della tutela della personalità morale del reo per il suo riadattamento alla disciplina della vita normale del cittadino onesto, è altresì indiscutibile che non deve mai decamparsi dalla giustizia del rigore. Ora non parmi che un criterio di giustizia si rinvenga nella rigida applicazione del sistema del cumulo materiale, che potrebbe non rispondere ad un'opera di salutare*

repressione, ma sarebbe forse piuttosto mezzo di esasperazione temibile del condannato."¹²

Per comprendere la, quasi, innovativa portata del codice Rocco, si deve prender coscienza della frantumazione dell'art. 78 del vecchio codice Zanardelli che mette l'operatore di fronte ad una cocente problematica: la scelta tra la pluralità o l'unità di reati non passa più sul confine tra pluralità o unità del fatto, ma viene rimodulata sul confine tra concorso apparente di norme e concorso (formale) di reati.¹³

Anche se, per ciò che concerne la costellazione di casi in cui il fatto storico determina la sovrapposizione totale o parziale del processo esecutivo di un reato privo di evento naturalistico con un altro, se il fenomeno è riconducibile alla concorrenza di leggi, si nota come non vi sia un vero e proprio cambiamento di rotta, in quanto nel pre codice Rocco è sussumibile nello schema del "*fatto unico*"; mentre nell'era post codice Rocco, è sussumibile nella "*stessa materia*" ex art. 15 del codice penale. Invero, ciò che cambia non è il risvolto pratico, ma l'inquadramento sistematico-scientifico.¹⁴

Si rende palese come, quindi, il rivolgimento normativo, più che incidere sulla linea di demarcazione tra concorso formale e concorso materiale, abbia definitivamente inciso sul confine tra concorso apparente di norme e concorso materiale. E da questo tracciato confine, si apriranno i dibattiti dei giuristi che saranno costretti a costruire la legittimazione dell'operatività dei criteri ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal legislatore, qual è il criterio di specialità e clausole di sussidiarietà espressa, per individuare l'apparenza del concorso.

¹² G. MUSILLAMI, il cumulo materiale delle pene nel progetto del nuovo codice penale, in Riv. Pen., 1930, 871 e ss.

¹³ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 108.

¹⁴ Ibidem, BRUNELLI, p. 109

Volendo precisare ulteriormente, notiamo come, dall'entrata in vigore del codice Rocco ad oggi, vi sia uno spropositato uso dell'art. 15 del codice penale, ossia del criterio di specialità, l'unico previsto in modo espresso dal legislatore e quindi considerato dalla giurisprudenza l'unico criterio legittimato per la risoluzione dei casi. A questa conclusione, che analizzeremo in modo più dettagliato nel corso dell'elaborato, si può pervenire in via preventiva dall'osservazione che farà Giacomo Delitala a proposito della questione dei rapporti tra truffa aggravata e falso in cambiale; con riguardo a questo caso, egli metteva in evidenza come nessun criterio, né quello rinvenibile negli artt. 81 e 84 del codice penale, né nell'art. 15 del medesimo codice, né nei criteri aggiuntivi creati dalla dottrina, riuscivano a spiegare perché nel caso di specie dovesse applicarsi un'unica norma.¹⁵ Ed è proprio per questi casi rimasti “senza patria” che egli rinveniva nell'applicazione analogica dell'art. 15 c.p. un concorso apparente di norme, senza poter trovare spazio per l'applicazione di criteri diversi e forse più dinamici.¹⁶

2.1 – Concorso di reati, problematica di unità e pluralità di reati.

L'istituto del concorso di reati viene descritto e regolato dall'art. 71, e ss. del codice penale, il quale recita: “Quando, con una sola sentenza o con un solo decreto, si deve

¹⁵ G. DELITALA, Concorso di norme e concorso di reati, CEDAM, 1934, p. 110, in Riv. italiana di Dir. Pen., n. 1, a. 6.

¹⁶ D.BRUNELLI, Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Giappichelli, 2004, p. 111.

pronunciare condanna per più reati contro la stessa persona, si applicano le disposizioni degli articoli seguenti.”

Il concorso di reati si configura, pertanto, quando più norme possono convergere nel disciplinare una stessa condotta, la quale astrattamente pare riconducibile a ciascuna di esse.

Parallelamente, si ha concorso di reati quando un individuo viola più volte la legge penale e, perciò, deve rispondere di più reati.¹⁷

Tale convergenza può essere reale, dando vita al concorso di reati, o semplicemente “fittizia” generando un concorso apparente di norme.

Concentrandoci sul concorso di reati, questo può essere materiale o formale, a seconda che il medesimo soggetto ponga in essere più azioni od omissioni, integrando più fattispecie di reato, o che il medesimo soggetto agente, con una sola azione od omissione, realizzi più reati.¹⁸

Il concorso apparente di norme, si pone a livello speculare rispetto al concorso di reati, in quanto questo istituto si sostanzia nel fatto che una medesima condotta solo apparentemente riconducibile a più fattispecie incriminatrici, in realtà integra un solo reato.

Inoltre, le norme sul concorso di reati subiscono deroghe nei casi di unificazione legislativa di più fatti criminosi in un solo reato, unificazione che dà luogo alle figure giuridiche del reato continuato, del reato composto e del reato complesso.

¹⁷ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 515.

¹⁸ FIANDACA- MUSCO, Diritto penale parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 662.

La problematica che viene in luce, pertanto, è, quindi, proprio se si parli di pluralità o unità di reati, ossia quando si deve stabilire se il soggetto, con la sua condotta, pone in essere uno o più reati.

A tal proposito si sono affermate tre teorie¹⁹:

- 1) La **concezione naturalistica**, secondo la quale, ad ogni azione umana, naturalisticamente intesa, corrisponde un reato, e conseguentemente avremo pluralità o unità di condotte penalmente rilevanti in base all'unico o plurimo agire umano, secondo i criteri riscontrabili *in rerum natura*. Questa teoria è stata però criticata per due profili; il primo riguarda proprio la concezione delle azioni *secundum naturam*, infatti secondo Mantovani non v'è, in natura, un concetto di unità o pluralità di azioni, bensì "*una serie meccanicistica di movimenti muscolari, di atti psicologici, di accadimenti*"²⁰; il secondo riguarda più una dimensione giuridica, infatti la concezione naturalistica si scontra con gli artt. 81, co. 1, e 61, n. 2, c.p., che prevedono una pluralità di reati nonostante sussista un'identità degli atti esecutivi ovvero un'identità di scopo.²¹
- 2) La **concezione normativa**, secondo la quale, per comprendere se ci si trovi di fronte ad una o più azioni bisogna fare riferimento alle singole fattispecie legali che vengono in rilievo. Una volta realizzati i presupposti che integrano la norma incriminatrice, si avrà un'unica azione e quindi unità di reato anche se in concreto è stato necessario compiere più atti: si pensi, ad esempio, al delitto di omicidio,

¹⁹ F. MANTOVANI, Diritto penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 483 e ss.

²⁰ F. MANTOVANI, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966.

²¹ PROTO, Sulla natura giuridica del reato continuato, Priulla Editore Palermo, 1951, p. 555 e ss.

che rimane unico anche se realizzato esplodendo più colpi di arma da fuoco. Unità di azione si avrà poi quando è la stessa fattispecie astratta a richiedere alla realizzazione di più atti per integrare il reato: si pensi, ad esempio, alla rapina che prevede violenza alla persona o minaccia unitamente all'impossessamento mediante sottrazione. Unità di azione si avrà, infine, anche quando la fattispecie penale concerne un delitto c.d. di durata, quale, per esempio, il sequestro di persona. Infatti, tutti gli atti compiuti dal sequestratore per impedire che la vittima riacquisti la propria libertà e che da un punto di vista naturalistico risultano plurimi in realtà integrano un'unica azione e quindi un solo reato;²²

- 3) La **concezione normativa a base ontologica**, secondo la quale il legislatore non è del tutto libero nel valutare l'unità o la pluralità dei reati ma deve rispettare i principi di offensività e soggettività. Principi che indicano il minimum ontologico per aversi unità di reato, al disotto del quale il legislatore non può scendere. Tali principi non indicano, però, il massimo di elementi ontologici unificabili, rimettendo al legislatore la scelta se unificarli in un'unica fattispecie, quindi come reati complessi, assumerli come più reati connessi, oppure considerarli come un reato unico a certi fini e come più reati ad altri (reato continuato).²³

La dottrina prevalente, e parte della giurisprudenza, ritiene che sia indispensabile, al fine di inquadrare al meglio la problematica, il riferimento all'interesse protetto, che è da individuare anche in relazione al soggetto passivo, e che, pertanto, vi sia pluralità di

²² PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, VII ed., Giuffrè, 2000, p. 585 e ss.; PROSDOCIMI, Concorso di reati e di pene, in Dig. Disc. Pen, Vol. II, Utet, 1988, p. 510 e ss.

²³ F. MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 484.

azioni, con pluralità di reati, quando si abbiano più lesioni dello stesso o di diversi interessi tutelati.²⁴

Altra parte della dottrina²⁵ considera, invece, unica l'azione allorché gli atti siano determinati da un solo scopo e si svolgono in un unico contesto, vale a dire si susseguono in modo continuativo. E quindi sarebbero due le caratteristiche dell'unicità dell'azione: a) il legame finalistico, che rappresenta il collante che unisce in un unico i vari atti; b) la contestualità, e cioè, il loro susseguirsi ininterrotto, senza che fra essi intercorra un apprezzabile lasso di tempo.

2.1.1 – Concorso materiale di reati: struttura e trattamento sanzionatorio

La disciplina del concorso materiale di reati si applica sia “quando con una sola sentenza con una sola sentenza o con un solo decreto, si deve pronunciare condanna per più reati contro la stessa persona, si applicano le disposizioni degli articoli seguenti” (art. 71 c.p.) sia quando, “dopo una sentenza o un decreto di condanna, si deve giudicare la stessa persona per un altro reato commesso anteriormente o posteriormente alla condanna medesima, ovvero quando contro la stessa persona si debbono eseguire più sentenze o più decreti di condanna” (art. 80 c.p.).

²⁴ PADOVANI, Diritto penale, parte generale, Giuffrè, 2002, p. 106 e ss.; ZAGREBELSKY, Reato continuato, II ed., Giuffrè, 1976, p. 93 e ss.

²⁵ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 223 e ss.

Si parlerà di concorso materiale omogeneo se quella pluralità di azioni od omissioni viola più volte la stessa norma; mentre di concorso materiale eterogeneo se quella pluralità di azioni od omissioni viola più norme incriminatrici.

È, pertanto, solo l'identità del soggetto responsabile, l'elemento di unificazione del concorso materiale.²⁶

Per la disciplina sanzionatoria del concorso di reati, sono concepibili tre sistemi: l'assorbimento, il cumulo giuridico e il cumulo materiale.

Con il primo sistema, l'assorbimento, si prevede che nel caso di una molteplicità di violazione della legge penale commesse dal medesimo soggetto, si applichi la pena stabilita per l'infrazione più grave, secondo il brocardo latino *poena maior absorbet minorem*.

Il sistema del cumulo giuridico, comporta l'applicazione della pena più grave con un aumento corrispondente non alla mera somma delle altre pene, ma ad una congrua somma fissata per legge. E a sostegno di tale tesi, si apporta l'osservazione²⁷ che col protrarsi della pena la sofferenza aumenta non in ragione aritmetica, ma geometrica, e pertanto, si rende necessario ridurre le pene previste per ogni singolo reato in modo tale che l'allargata intensità sia compensata dalla minore estensione della stessa.²⁸

L'ultimo sistema, il cumulo materiale, prevede che il reo subisce tante pene quante sono le infrazioni commesse, e secondo la regola *tot delicta, tot poenae*, si applica la pena costituita dalla somma aritmetica delle singole pene.

²⁶ PADOVANI, Diritto penale, Giuffrè, 2002, p. 361.

²⁷ Cfr. sul punto: G. BATTAGLINI, Diritto penale: parte generale, Cedam, 1949, pp. 470-471.

²⁸ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 516.

Nel nostro Paese, il trattamento sanzionatorio previsto per il concorso materiale di reati si ispira al principio *tot crimina tot poenae*. Il codice penale italiano, però, pone dei limiti al sistema del cumulo delle pene dando vita, così, al cumulo materiale temperato secondo quanto previsto dall'art. 78. Nella Relazione ministeriale sul progetto del codice Rocco si legge, infatti, che «il cumulo materiale delle pene, sia che si tratti di sanzioni della stessa specie, sia che si tratti di sanzioni di specie diversa, di regola non conduce a pene perpetue o illimitate, ma un razionale ordinamento di limiti provvede ad evitare le possibili esorbitanze derivanti dalla addizione aritmetica delle varie pene».²⁹

Il codice Rocco, infatti, mosso dall'intento di rafforzare la repressione di reati, anche nella prospettiva storica e il background in cui l'allora guardasigilli operava, respinse sia il sistema dell'assorbimento, sia quello del cumulo giuridico, seguito peraltro fino a quel momento dal previo codice Zanardelli³⁰. Applicando il cumulo materiale, tuttavia, come è possibile notare dalla citata relazione ministeriale, si cercò di portare dei temperamenti, che furono attuati con la fissazione di limiti massimi di pena.

Del resto, l'applicazione del cumulo materiale senza i previsti temperamenti porterebbe a conseguenze eccessive soprattutto nelle ipotesi di irrogazione di pene detentive particolarmente elevate sussistendo, ad esempio, una significativa differenza tra scontare due anni di pena di seguito e scontare due distinte pene di un anno nell'arco di una vita.³¹

²⁹ Pluris, Condanna per più reati con unica sentenza o decreto, CEDAM, UTET giuridica.

³⁰ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 517.

³¹ ROMANO, sub pre-art. 71, in Comm. Romano, Parte Generale, p. 731

2.1.2 – Concorso formale di reati: struttura e trattamento sanzionatorio

Questa specie di concorso è conosciuto anche come “ideale”, e si configura quando con una sola azione od omissione si viola più volte la legge penale, e si realizzano, pertanto, più reati.

È proprio questo elemento che lo differenzia dal concorso materiale sopra accennato. E il fatto concreto presenta complessivamente elementi che fanno sì che una parte di esso corrisponda parallelamente a due figure di reato, mentre nelle residue parti corrisponde, in modo disgiunto, per alcuni elementi ad una figura criminosa e per altri elementi ad un'altra.³²

Anche qua si rinviene la problematica di stabilire quando si parli di unità o pluralità di azioni, (la questione, ovviamente, non si pone per il concorso formale eterogeneo, posto che, la suddetta fattispecie, presuppone, la commissione di più reati di diversa natura), e brevemente, si può far riferimento alla dottrina tradizionale e alla dottrina più moderna.

La prima fa uso di due criteri, che devono essere rinvenuti in modo cumulativo, ossia: a) la contestualità degli atti; b) l'unicità del fine. Pertanto, qualora il soggetto agente persegua un fine unico e compia gli atti esecutivi senza soluzione di continuità o comunque con interruzioni temporali non apprezzabili, si avrà un'unica azione od omissione, anche se dal punto di vista naturalistico sono identificabili più atti. Se invece

³² ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 519.

tra le differenti condotte è trascorso un apprezzabile lasso temporale si avrà pluralità di azioni od omissioni.³³

La seconda ha, tuttavia, rilevato come il riferimento alla contestualità degli atti e all'unicità del fine non sia sempre idoneo a fornire soluzioni univoche suggerendo l'accoglimento di una teoria normativa dell'azione, che faccia riferimento al significato normativo delle fattispecie che vengono in rilievo nel caso concreto.³⁴

L'art. 81 c.p. regola il concorso formale vero e proprio, conosciuto anche come concorso formale eterogeneo. Parallelamente, però, si deve rilevare come il citato articolo abbia riguardo anche al c.d. concorso formale omogeneo, che si realizza allorché con una sola azione si determinino più eventi simili.

Il codice Rocco, sempre sulla stessa scia che connotava la logica delle pene del concorso materiale, prevedeva anche per il concorso formale, l'applicazione del principio *tot crimina, tot poena*, il cumulo materiale, mentre per il concorso formale omogeneo il cumulo giuridico. Proprio in virtù di ciò, è sorta la controversia basata sul fatto che si sarebbero potuti verificare casi in cui l'autore di una pluralità di azioni commesse in violazione della medesima legge, accertato il medesimo disegno criminoso, ricevesse un trattamento sanzionatorio più favorevole, come previsto per il reato continuato. Mentre chi avesse violato più volte la medesima disposizione con una sola azione, fosse soggetto al rigoroso principio del cumulo delle pene.

Al fine di ovviare e risolvere tale questione, si intervenne con il D.L. 11 aprile 1974, n. 99³⁵, che dopo un travagliato *iter*, modificò il primo comma dell'art. 81 c.p. che oggi

³³ *Ibidem*.

³⁴ FIANDACA- MUSCO, Diritto penale parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 667.

³⁵ conv. in l. n. 220/1974

recita: “È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge”. Pertanto, per il concorso formale, sia eterogeneo che omogeneo, è oggi prevista l’applicazione del cumulo giuridico, con un definitivo abbandono del cumulo materiale.³⁶

2.2 – Reato continuato: nozione e fondamento

La ragione per cui, sotto il profilo sistematico, entrambi istituti del concorso formale e del reato continuato, si trovano inseriti nel capo III destinato alla regolamentazione del “concorso di reati”, va rinvenuta nella circostanza che si tratta, in sostanza, di due ipotesi di concorso materiale di reati che viene realizzato, nell’ipotesi del concorso formale, «con una sola azione od omissione», mentre, nel caso del reato continuato, «con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso».

Questo istituto ha origini risalenti al Medioevo, epoca in cui i pratici italiani la idearono per cercare di mitigare il severissimo trattamento stabilito dalle leggi comunali per delitti dello stesso tipo e ripetuti più volte.³⁷

³⁶ ANTOLISEI, *Diritto Penale parte generale*, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 521.

³⁷ PISAPIA, *il reato continuato*, Napoli, 1938, p. 30, 194.

Oggi, si parla di tre elementi costitutivi del reato continuato: a) una pluralità di azioni od omissioni; b) più violazioni di legge; c) l'esistenza di un medesimo disegno criminoso. Quanto al primo requisito, l'art. 81, 2° co., specifica ulteriormente che le azioni od omissioni possono essere commesse “anche in tempi diversi”. Simile precisazione legislativa sembrerebbe giustificare il fatto tra i diversi fatti commessi possa intercorrere anche un considerevole lasso di tempo.³⁸

È ovvio, peraltro, che quanto maggiore sarà la distanza temporale tra i singoli fatti criminosi, tanto più difficile risulterà l'accertamento dell'esistenza di “un comune” disegno criminoso fra gli stessi fatti.³⁹

Nello stesso senso va la giurisprudenza, la quale, nell'indicare gli indici probatori dell'unità del disegno criminoso, più di recente ha ribadito il valore sintomatico, seppur non decisivo, della brevità dell'intervallo cronologico.⁴⁰

Per ciò che concerne il secondo elemento, ossia la possibile violazione di più norme di legge, questo è stato introdotto con la novella del 1974. Costituisce una particolarità dell'istituto, in quanto nella maggior parte degli ordinamenti, v'è l'omogeneità dei reati, mentre il nostro lo ammette anche con riguardo a fattispecie non omogenee. E proprio in virtù di ciò, la più recente dottrina, ha ritenuto più icastico utilizzare l'espressione “continuazione di reati” piuttosto che “reato continuato” secondo una tradizionale nomenclatura.⁴¹

³⁸ Pluris, Gli elementi costitutivi del reato continuato: pluralità di condotte e pluralità di violazioni, CEDAM, UTET giuridica.

³⁹ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 670.

⁴⁰ In questo senso si veda, Cass. Pen. Sez. IV, 24.5.2007, n. 35805.

⁴¹ PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, VII ed., Giuffrè, 2000, p. 604.

Fondamentale importanza riveste il terzo elemento, ossia il concetto di “medesimo disegno criminoso”. È proprio questo elemento che, effettivamente, caratterizza a pieno l’istituto in questione; In proposito si sono evidenziati due diversi indirizzi interpretativi, il primo che vede l’inserimento di tale concetto in un’ottica puramente intellettuale del legislatore. Per meglio specificare quanto esposto, il concetto di medesimo disegno criminoso, starebbe ad indicare la necessità di una mera “rappresentazione mentale anticipata” dei singoli episodi delittuosi. Ma fondamentale risulta un successivo accertamento dell’esistenza di un piano che il soggetto ha ideato e che poi materialmente realizzato successivamente, in tempi e luoghi diversi.⁴²

Il secondo orientamento, richiede, oltre alla rappresentazione intellettuale anticipata del piano, un ulteriore elemento finalistico: l’unicità dello scopo. E cioè, che per aversi reato continuato, risulti che i diversi fatti criminosi siano l’attuazione di un preciso programma, creato a monte, e diretto alla realizzazione un unitario obiettivo. Così viene a crearsi una sorta di interdipendenza funzionale rispetto al conseguimento di un fine e, questa interdipendenza, dovrà palesarsi in una serie di dati obiettivi esteriormente riconoscibili.⁴³

La tesi in base alla quale il disegno criminoso consta di una componente intellettuale e di una finalistica, è quella che oggi prevale ed è seguita dalla più recente giurisprudenza, secondo la quale l’identità del disegno criminoso va intesa come ideazione e volizione di uno scopo unitario che esalta un programma complessivo, nel quale si collocano le singole azioni, commesse poi, di volta in volta, con singole determinazioni.⁴⁴

⁴² BETTIOL, Diritto penale. Parte generale, Priulla Editore Palermo, 1958, p. 646.

⁴³ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 671; Comm. Romano, PG, I, 764; Mantovani, PG, 494.

⁴⁴ Cass. Pen. Sez. V, 19.1.2010, n. 11902

Per ciò che concerne il trattamento sanzionatorio, questo istituto è soggetto, alla disciplina del cumulo giuridico, potendo il colpevole essere punito solo con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo.

La *ratio* della più mite disciplina sanzionatoria è tradizionalmente rinvenuta nell'apprezzamento del minor disvalore sociale che connota più reati che non scaturiscano da altrettanti diversi progetti, ma conseguono, invece, ad un'unica determinazione criminosa che abbia, poi, informato di sé tutti i singoli e diversi reati posti in essere.

Questa visione di un trattamento più mite era stata riconosciuta dal codice Zanardelli, poi abbandonata nel Progetto preliminare al codice Rocco, ed in fine confermata nel Progetto definitivo.⁴⁵

Alla concezione c.d. soggettiva di "disegno criminoso", si contrappone l'orientamento dottrinale che rinviene in esso una comune situazione motivante alla base dei comportamenti delittuosi, in presenza della quale il soggetto sarebbe incline a reagire nel medesimo modo, con minor partecipazione psicologica e quindi un inferiore grado di colpevolezza. In questo modo potrebbe quindi giustificarsi il più mite trattamento sanzionatorio che non premierebbe il delinquente programmatore, bensì favorirebbe quello d'impeto, di istinto, ovvero chi delinque per assecondare bisogni di natura psichica o economico-sociale.⁴⁶

⁴⁵ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 526.

⁴⁶ BRUNELLI, Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto, in Cass. Pen., 2009, 2749, il quale richiama il pensiero di COPPI, Reato continuato e cosa giudicata, Napoli, 1969, secondo cui la continuazione è caratterizzata da un'azione che, in seguito al primo illecito, procede dalla medesima motivazione e quindi attraverso un iter psicologico già battuto, e di MUSCATIELLO, Pluralità e unità di reati, Per una microfisica del molteplice, Padova, 2002, 218 ss., il quale definisce il disegno come "*collante psicologico dei reati legati dal vincolo della continuazione*".

3.1 – Concorso apparente di norme

Come affermato nei precedenti paragrafi, più norme possono convergere nel disciplinare una stessa condotta, la quale appare astrattamente riconducibile sotto ognuna di esse. Tale convergenza può essere reale, dando vita ad un concorso di reati, oppure fittizia, dando vita ad un concorso apparente di norme.⁴⁷

Affrontato il problema di come individuare questa convergenza reale, è ora necessario soffermarsi sulla convergenza fittizia, in quanto più norme appaiono, *prima facie*, applicabili ad un determinato fatto.⁴⁸

Proprio a causa di questa “proiezione” di più norme sullo stesso fatto, occorre stabilire se tutte debbano essere applicate, configurando un concorso formale eterogeneo, o se il fatto deve essere ricondotto ad una sola norma, confermando il concorso apparente. Naturalmente, ove dovesse conformarsi questa ultima ipotesi, dovrà altresì stabilirsi quale disposizione applicare.

Nel panorama contemporaneo, la dottrina vede ancora schierati, da un lato coloro che si orientano verso l'adozione di una pluralità di criteri risolutivi del concorso, e, dall'altro, coloro che invece propendono per l'utilizzazione di un unico criterio, solitamente identificato nel principio di specialità. Così potendo parlarsi di teorie pluralistiche nel primo caso, e di teorie monistiche nel secondo.

⁴⁷Cfr. § 2.1

⁴⁸ MANTOVANI, Diritto Penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 410.

Più in generale, il ricorso a criteri ulteriori viene motivato sulla base dell'impossibilità di risolvere mediante la sola specialità tutte le ipotesi in cui evidenti considerazioni di valore impongano pur sempre di applicare una sola disposizione, e nelle quali risulti pertanto inadeguata la disciplina del concorso di reati.

Il legislatore ha fornito un solo criterio, codificandolo, al fine di individuare il carattere apparente o reale del concorso di norme. Questo criterio è esplicitato nell'art. 15 c.p. che postula un rapporto di specialità tra fattispecie, in virtù del quale tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie (generale) sono contenuti anche in un'altra fattispecie (speciale), la quale a sua volta contiene ulteriori elementi specializzanti.⁴⁹

Il citato articolo, secondo parte della dottrina, svolge una funzione equitativa, puntando ad evitare di far ricadere più volte uno stesso fatto al medesimo soggetto.⁵⁰

In presenza di varietà di posizioni, soprattutto dottrinali, sembra possibile chiarire il quadro e affermare che vi siano linee di pensiero riconducibili a tre filoni principali: dottrine a sfondo **valutativo-psicologico** (teorie pluraliste), dottrine a sfondo **naturalistico** (monistiche), e dottrine di tipo **strutturale** (monistiche).⁵¹

Le prime, fanno riferimento alla oggettività giuridica del reato, e proprio in virtù di ciò fanno riferimento ad una pluralità di criteri, quali quello di specialità, di sussidiarietà e consunzione (o assorbimento).

Le seconde, si rifanno invece, al “fatto concretamente verificatosi” richiamando pertanto il solo criterio di specialità.

⁴⁹ MORO, *Unità e pluralità di reati*, Cedam, Padova, 1951, p. 48.

⁵⁰ Per tutti ROMANO, *Commentario*, p. 161.

⁵¹ LATTANZI – LUPO, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 615.

A questo criterio si rivolgono anche le tesi di tipo strutturale, che fanno riferimento al confronto tra le fattispecie astratte di reato.

Le tesi pluralistiche attribuiscono all'interesse protetto dalle norme convergenti, un fondamentale ruolo, considerando la locuzione "stessa materia", contenuta nel citato art. 15 c.p., come "stesso bene giuridico", potendo così ravvisarsi un concorso apparente di norme solo ove si rinvenissero norme che tutelino lo stesso bene giuridico.

Pertanto, si ritiene che il principio di specialità ex art. 15 c.p. possa essere applicato, più coerentemente alle caratteristiche che lo connotano, nei confronti di fattispecie che si trovino in rapporto di specialità unilaterale, e cioè, troverà applicazione solo la norma più specifica che contiene l'elemento c.d. specializzante.

Potrebbe farsi riferimento ad un rapporto geometrico tra queste due fattispecie, immaginandole come due cerchi concentrici, dove quello più piccolo, situato all'interno di quello più grande, configuri la norma speciale.

Al contrario, non è ritenuto idoneo, secondo queste dottrine pluralistiche, che lo stesso principio possa essere utilizzato per la risoluzione di una c.d. "specialità bilaterale" o "reciproca". Difatti, questo tipo di rapporto, dove entrambe le norme siano reciprocamente speciali, non è rinvenibile nella *ratio* dell'art. 15 c.p., in quanto questo parrebbe alludere alla sola specialità unilaterale.⁵²

È in questi casi che entrano in gioco altri criteri, caratterizzati dall'esistenza di un "apprezzamento di valore" e dal riferimento ad un oggetto giuridico, cosa non rinvenibile

⁵² LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 616.

nel criterio di specialità, tutto caratterizzato al contrario da rapporti logico-formali tra fattispecie astratte.⁵³

Le teorie monistiche, si affidano al criterio di specialità, ampliandone l'ambito operativo fino a farvi ricomprendere situazioni che esorbitano dalla mera specialità in astratto tra le fattispecie.

Questo allargamento dell'ambito operativo è dovuto ad una diversa interpretazione della locuzione "stessa materia", intesa come "stessa situazione concreta".

In questo modo, si rinviene una specialità in concreto quando uno stesso fatto rientra in più fattispecie tra loro astrattamente non in rapporto di specialità, ma di specialità reciproca.⁵⁴

Inoltre, alcuni autori, sostengono che "stessa materia" stia a identificare un "fatto umano concretamente verificatosi", riconducendolo a più norme e configurando così il concorso apparente quando gli interessi concretamente offesi dal fatto, appartenendo ad una "medesima categoria", si trovino in rapporto di specialità.⁵⁵

Tra le teorie monistiche, sono rinvenibili quelle che abbiamo definito "strutturali". Queste considerano possibile l'esistenza o meno del concorso apparente sulla base dell'analisi strutturale delle fattispecie astratte senza procedere ad una valutazione valoriale di queste. I sostenitori di queste teorie strutturali, pertanto, procedono ad una vera e propria scomposizione delle fattispecie astratte nei loro elementi costitutivi e mettendo a confronto tali elementi per categorie omogenee (soggetti attivi, condotte, elemento

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 158 e ss.

⁵⁵ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 618

soggettivo, ecc.). Così facendo, si arriva al fine ultimo, che è quello di verificare la sussistenza di un rapporto di genere a specie tra i medesimi elementi.⁵⁶

3.2 – Criteri: la specialità e i concetti di “stessa materia”

Fin qui abbiamo accennato ad una diversa declinazione della locuzione “stessa materia”, ma analizzando più a fondo questa locuzione, ci si accorge come risulti fondamentale per spiegare l’adesione ad una o all’altra delle diverse teorie in campo. Questa, infatti, è posta alla base delle concezioni pluralistiche o monistiche.

Concentrando, quindi, l’attenzione proprio sulla citata locuzione, cerchiamo di comprendere quale sia l’interpretazione più conforme alla disposizione dell’art. 15 c.p., e soprattutto fin dove è avvenuto un allargamento dell’ambito applicativo di quest’ultimo articolo.

Questa disposizione, infatti, è l’unica che si occupa *ex professo* della controversa questione del concorso apparente di norme e fa riferimento al solo criterio di specialità, statuendo che: “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

⁵⁶ Ibidem.

A tal riguardo, l'espressione "stessa materia" deve essere intesa come medesima situazione di fatto e l'interpretazione dell'imperativo contenuto nella seconda parte dell'art. 15 (" la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale"), si traduce in una relazione di specialità unilaterale astratta, sicché norma speciale è quella che, dal punto di vista logico-strutturale, contiene tutti gli elementi della norma generale, più altri specializzanti. Ciò significa che il rapporto di specialità è del tutto coincidente con il principio di specialità. Il rapporto (ed il relativo principio) di specialità si qualifica come logico-formale, poiché non bisogna effettuare alcun giudizio di valore sulla norma speciale — in relazione alla sua gravità — , ma si deve sempre e comunque applicare la norma più vicina al caso concreto, e dunque la sola norma speciale.

Senonché, nel nostro ordinamento l'esistenza dell'art. 15 ha "ingessato" la riflessione, poiché si è dedotto che il legislatore, in tal modo, avesse fatto una scelta, fissando quale esclusivo criterio utilizzabile nel concorso apparente di norme il solo principio di specialità: c.d. teoria monistica.⁵⁷

Seguendo questa teoria, fondata sul brocardo *lex specialis derogat legi generali*, il principio di specialità è chiaro: presuppone un rapporto di *genus ad speciem* e che la norma speciale è prioritaria a quella generale, escludendone così l'applicazione.⁵⁸

Pertanto, tra tutte le interpretazioni della locuzione in parola, quella che pare essere la più aderente alla parola dell'art. 15 c.p., sembra l'identificazione del concetto di "stessa materia" con un dato squisitamente normativo, incentrato su una indagine strutturale, e quindi su un confronto diretto tra le fattispecie astratte.

⁵⁷ Per tutti, ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 157.

⁵⁸ Ibidem.

La ricerca sulla identità o diversità di materia viene inevitabilmente a compenetrarsi con l'ambito logico-strutturale entro il quale i singoli elementi delle fattispecie possano dirsi "gli stessi" o "diversi". Guardando al piano logico due elementi possono definirsi diversi, quando non sono identici. In prima battuta dovrebbero, quindi, paradossalmente regolare la stessa materia soltanto quelle fattispecie che si trovano in rapporto di perfetta identità. Senonché, si può notare come, guardando al disposto dell'art. 15 c.p., la "stessa materia" sia compatibile con la presenza, nelle fattispecie convergenti, di elementi reciprocamente "generici" e "specifici"⁵⁹. Ovviamente, l'elemento generico è, fuor di dubbio, non identico rispetto all'elemento specifico; tuttavia, dal momento che il principio di specialità presuppone una situazione di convergenza apparente (e, quindi, una "stessa materia" nelle disposizioni raffrontate) non è ammissibile ritenere che la "diversità" tra elemento generico ed elemento specifico sia una diversità rilevante in base all'art. 15 c.p.⁶⁰

A questo punto, è lecito domandarsi se l'indagine sul concetto di stessa materia non debba essere più orientata verso la definizione della misura in cui la "diversità" tra fattispecie sia espressione di una convergenza "apparente", ovvero di una convergenza "reale". Detto in altri termini, poiché non ogni diversità tra elementi di fattispecie è espressione di una diversità di materia, molto più fruttuoso sembra essere l'obiettivo di enucleare un concetto di "diversità" che sia compatibile con la presenza di una stessa materia, e che sia distinguibile da un altro concetto di "diversità" che sia anche espressione di una diversità di materia.

Da questo punto di vista, la scelta del legislatore, tradottasi nel considerare come regolanti la stessa materia due disposizioni in rapporto di specialità, ci appare giuridicamente

⁵⁹ Pluris, G. De Francesco, Concorso apparente di norme, CEDAM, UTET giuridica.

⁶⁰ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 159 e ss.

imposta dal rapporto elemento generico-elemento specifico. Dal momento, infatti, che l'elemento specifico è, per definizione, già compreso nel *genus* corrispondente, rappresentandone uno dei possibili contenuti strutturali, non è ammissibile considerare tali elementi come “diversi”. Se, quindi, il rapporto tra fattispecie è strutturato in modo tale che una di esse presenti elementi in parte identici e in parte specifici oppure tutti specifici rispetto agli elementi di un'altra fattispecie, non sembra possibile istituire una relazione di «diversità» giuridicamente rilevante in base alla prima parte dell'art. 15 c.p. E noto, peraltro, come il rapporto di specialità sia ravvisabile anche nelle ipotesi nelle quali la norma speciale non presenti elementi specifici, ma soltanto “aggiuntivi” (speciali per “aggiunta”) rispetto all'altra, senza che quest'ultima contenga elementi “generici” corrispondenti⁶¹; Un giudizio di comparazione presuppone sempre, invero, i termini tra cui esso s'instaura; nella relazione di specialità per “aggiunta” non è possibile, invece, rinvenire un termine correlativo della fattispecie generale che possa essere confrontato, ed eventualmente qualificato come “diverso”, rispetto all'elemento “ulteriore” presente nella norma speciale; neanche da questo punto di vista, le fattispecie confrontate sembrerebbero, dunque, regolare una materia diversa, rimanendo così giustificata la scelta legislativa orientata verso l'applicazione di una sola delle norme concorrenti. Pertanto, volendo fare un quadro d'insieme, non è possibile rinvenire un unico e definito concetto di “stessa materia”, e proprio in virtù di ciò si sono creati diversi orientamenti e teorie al fine di rinvenire un concorso apparente di norme.

È possibile parlare di un primo orientamento, secondo cui la stessa materia implica non solo che il fatto concreto sia riconducibile a più norme in rapporto di specialità, ma anche

⁶¹ DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, p. 57 e ss.

che le stesse tutelino lo stesso bene giuridico o comunque beni giuridici omogenei.⁶² Così facendo, però, si pretende di inserire nell'ambito di un rapporto logico-giuridico, quale il rapporto genere-specie, un elemento di valore, la cui interpretazione nei casi concreti è oltretutto assai controversa⁶³. Lo conferma l'assurdità dei risultati a cui si approderebbe seguendo tale ragionamento: andrebbe escluso il rapporto di specialità, per esempio, anche fra l'ingiuria e l'oltraggio a magistrato in udienza, atteso che la prima tutela l'onore e il secondo tutela il prestigio dell'amministrazione della giustizia.⁶⁴

Secondo un'altra impostazione⁶⁵, per “stessa materia”, si deve intendere stessa situazione di fatto intesa in senso naturalistico, ossia il caso in cui un fatto concreto integra tutti i requisiti di più fattispecie, anche se queste in astratto non si trovano in rapporto di specialità. Conseguentemente, secondo quest'impostazione dogmatica, si avrebbe concorso apparente di norme anche qualora sussistesse tra le fattispecie un rapporto di specialità c.d. in concreto.

Altro orientamento⁶⁶, estende il concorso apparente di norme anche alle fattispecie che, in astratto, si trovino in rapporto di specialità bilaterale (o reciproca), per specificazione e per aggiunta, ossia quando nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra. È opportuno richiamare la, già citata figura geometrica dei cerchi, dove in questo caso il rapporto di specialità bilaterale può essere raffigurato come due cerchi

⁶² MANTOVANI, Diritto Penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 479.

⁶³ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 155.

⁶⁴ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 717.

⁶⁵ MORO, Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, p. 50.

⁶⁶ Ibidem, Mantovani, p. 477; Ibidem, De Francesco, p. 59

intersecantisi, con la conseguenza che solo alcuni fatti che si trovano in un cerchio rientrano anche nell'altro e viceversa.

Parte della dottrina, infine, ritiene che per “stessa materia” si debba intendere semplicemente medesima situazione di fatto sussumibile, a prima vista, sotto più norme, e che le esigenze che hanno portato i vari autori ad intendere diversamente tale inciso devono essere soddisfatte ricorrendo ai principi di sussidiarietà e di consunzione.⁶⁷

Queste diverse interpretazioni riportate, possono essere considerate come dei veri e propri correttivi all'art. 15 c.p.

Si ritiene che siano nate proprio a causa della consapevolezza della insufficienza del solo criterio di specialità. Soprattutto dal punto di vista della giustizia sostanziale, viene imposto di guardare all'accadimento nel suo complessivo disvalore penale, al fine di ridurre la severità del cumulo materiale o giuridico nei casi in cui si possa avvertire una irragionevole severità per il reo rispetto alla gravità del fatto commesso.

3.2.1 – L'importanza delle clausole di riserva

Sembra di fondamentale importanza, a questo punto, fare un accenno a dei casi particolari in cui il legislatore stesso ha posto delle regole con cui è chiaro quando una norma debba prevalere su un'altra, non configurandosi così il concorso apparente di norme.

⁶⁷ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 714.

È questo il caso delle c.d. clausole di riserva (o di sussidiarietà espressa), con le quali si regola il rapporto tra più norme apparentemente applicabili ma non in concreto.

Più precisamente, come individuato dalla dottrina⁶⁸, tali clausole possono essere:

- a) **Determinate:** cioè quando la norma incriminatrice rinvia ad un'altra fattispecie determinata. Uno degli esempi calzanti è quello contenuto nell'art. 277, il quale prevede la fattispecie di offesa alla libertà del Presidente della Repubblica e afferma «Chiunque, fuori dai casi previsti dall'articolo precedente, attentata...». Ciò significa che si potrà applicare tale articolo solo se non sia già configurabile l'ipotesi ex art. 276 c.p.⁶⁹
- b) **Relativamente indeterminate:** si pensi alla norma incriminatrice che rinvii ad altra che di regola prevede un trattamento sanzionatorio più incisivo, quale, per esempio, l'art. 513, comma 1, secondo il quale chi turba la libertà dell'industria o del commercio con violenza sulle cose o con mezzi fraudolenti, se il fatto non costituisce un più grave reato, è punito [...].⁷⁰
- c) **Assolutamente indeterminate:** quando la norma incriminatrice rinvia a qualsiasi altra norma che disciplini la stessa situazione di fatto. Si pensi, ad esempio, all'art.

⁶⁸ MANTOVANI, Diritto Penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 485.

⁶⁹ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 134 e ss.

⁷⁰ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 134 e ss

615-ter, che prevede la punizione dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge.⁷¹

A ragion di logica, solo le clausole determinate escludono esplicitamente un concorso apparente di norme, in quanto le altre due categorie lasciano dubitare sulla applicabilità di una sola norma e di quale.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza⁷², quando la clausola di riserva fa salvo il fatto che costituisce più grave reato, il meccanismo dell'«assorbimento» presuppone che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse protetto dal reato meno grave da assorbire. In tal caso, la maggiore o minore gravità dei reati concorrenti va accertata avendo riguardo alla pena in concreto irrogabile, tenuto conto delle circostanze ritenute e dell'eventuale bilanciamento tra esse.⁷³

⁷¹ Ibidem.

⁷² Cass. Pen. Sez. II, n. 25363/2015

⁷³ Ibidem, Lattanzi – Lupo, p. 135.

3.3 – (Segue) Criteri: la sussidiarietà

È chiaro come risulta insufficiente il riferimento al solo criterio di specialità al fine di risolvere la problematica del concorso apparente di norme. È, altresì, evidente come le elaborazioni dottrinali, più che giurisprudenziali, le quali si mostrano ancora oggi instabili, siano approdate a criteri alternativi e che stanno alla base delle c.d. teorie pluraliste che, a differenza di quelle monistiche, ricercano in questi alternativi criteri la risoluzione di questa, ancora attuale, controversia del concorso apparente di norme.

In generale, l'ingresso di principi alternativi, si è sostenuto volgendo lo sguardo all'inciso finale dell'art. 15 c.p.: "salvo che sia altrimenti stabilito".

I sostenitori delle teorie pluraliste hanno rinvenuto in questo inciso la possibilità di guardare a criteri diversi, e quindi una vera e propria apertura legislativa; al contrario i sostenitori della teoria monista, che, invece, rinvergono in questo inciso il riferimento alle sole clausole di riserva.⁷⁴

Il primo di questi criteri alternativi a quello di specialità, nonché il più consolidato, è rinvenuto nel principio di sussidiarietà.

Detto principio interviene allorché più norme tutelano in modo progressivamente più intenso un bene giuridico, e quindi il concorso apparente di norme che si crea può essere risolto, accordando la prevalenza alla norma che prevede l'offesa più grave⁷⁵,

⁷⁴ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 135.

⁷⁵ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 721; MORO, Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, p. 85.

comportando l'applicazione della norma che assicura la tutela più intensa e che prevede un regime sanzionatorio più intenso⁷⁶. Ecco, quindi, che la norma principale prevale sulla norma sussidiaria, secondo il brocardo latino *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Il principio di sussidiarietà può rilevare sia in presenza delle c.d. clausole di riserva, e quindi in modo espresso, ovvero può rilevare anche tacitamente.

Nella sussidiarietà espressa, il riferimento ad un'altra fattispecie può essere specifico, come ad esempio nell'art. 648 e 648.bis c.p., oppure generico, come nell'art 494 c.p., dove il delitto di sostituzione di persona si applica se “il fatto non costituisca più grave reato”.⁷⁷

Come si può notare dal codice Rocco, è notevole il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà espressa, tanto da legittimare la conclusione alla quale perviene parte della dottrina e che era già stata ipotizzata nella Relazione al Progetto definitivo del codice penale: quelle clausole non sono espressione di “incerti criteri di opportunità”, bensì “obbediscono ad un criterio di sistema”, dando rilievo ad un principio di portata generale, in grado di operare non solo nei casi di sussidiarietà espressa, ma anche in casi di sussidiarietà tacita.⁷⁸

Si parla di sussidiarietà tacita quando il rapporto tra norme deve essere ricostruito attraverso l'individuazione dei beni giuridici tutelati e del grado della loro tutela, ovvero tramite l'estensione analogica delle ipotesi espresse nei casi analoghi.⁷⁹

⁷⁶ C.F. GROSSO - M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, Manuale di diritto penale, parte generale, II ed., Giuffrè, 2017, p. 565.

⁷⁷ Ibidem, p. 566.

⁷⁸ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, 2017, p. 525.

⁷⁹ MORO, Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, p. 85.

Tuttavia, in mancanza di un criterio ben definito per distinguere il diverso grado di offesa al medesimo bene, si ripiega sul trattamento sanzionatorio.

Il citato principio viene criticato da parte della dottrina⁸⁰, per due ragioni: in primo luogo perché non è fondato sul diritto positivo, non essendovi alcuna disposizione di legge che in modo diretto o indiretto lo sancisca; in secondo luogo, perché, non è necessario, e potrebbe dar luogo a gravi incertezze.

Inoltre, l'indagine della sussidiarietà riguarda esclusivamente la funzione delle norme poste a confronto, se invece se ne considera il contenuto, si scorge come la norma che appare sussidiaria comprende anche fatti considerati nell'altra, la quale ha un'estensione più ristretta, presentando qualche elemento ulteriore.⁸¹

Tuttavia, la sussidiarietà costituisce un criterio di valore, in quanto non si limita a prendere in considerazione il rapporto strutturale tra gli elementi che convergono delle fattispecie, ma guarda al profilo dell'offesa dei beni giuridici tutelati ed il relativo trattamento sanzionatorio previsto dalle norme.⁸²

Ecco perché, al contrario di quanto affermato da parte della dottrina, il principio di sussidiarietà non è un mero inutile doppione del criterio di specialità, proprio perché mentre questo si riferisce al rapporto tra fattispecie astratte, il criterio di sussidiarietà fa riferimento ad una situazione fattuale concreta. Così comportando l'assorbimento del fatto meno grave, anche se le norme astratte posseggono elementi strutturali diversi.⁸³

⁸⁰ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 156.

⁸¹ Ibidem, ANTOLISEI, p. 156

⁸² C.F. GROSSO - M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, Manuale di diritto penale, parte generale, II ed., Giuffrè, 2017, p. 565.

⁸³ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 135.

3.4 – (Segue) Criteri: assorbimento o consunzione

Quando il fatto previsto da una norma è compreso nel fatto previsto da un'altra norma, perché questa è di più ampia portata, si applica soltanto l'ultima norma, secondo il brocardo latino *lex consumens derogat legi consumptae*.⁸⁴

Come il criterio di sussidiarietà, anche questo è un criterio di valore e che non possiede un espresso riferimento normativo, come nell'art. 15 quello di specialità. Anche se, secondo i fautori del principio in esame, la consunzione troverebbe riconoscimento legislativo nell'inciso finale dell'art. 15 c.p., che consente di derogare al principio di specialità nei casi previsti dalla legge.⁸⁵

Al fine di comprendere l'applicazione di tale criterio, è necessario partire da un dato empirico, infatti, la commissione di determinati reati implica, secondo *l'id quod plerimque accidit*, il passaggio attraverso altre ipotesi delittuose. E, proprio perché al legislatore non sfuggono tali ipotesi, nel momento in cui formula le fattispecie incriminatrici con il relativo trattamento sanzionatorio, la pretesa di applicare tutte le norme in concorso produrrebbe un ingiusto incremento di sanzioni.⁸⁶

In questa ottica, la capacità della norma assorbente di esprimere il complessivo disvalore del fatto è rinvenuta nel trattamento sanzionatorio dalla stessa previsto; trattamento che non può mai essere inferiore a quello riservato dalla norma assorbita: così il criterio di

⁸⁴ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 155.

⁸⁵ PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, VII ed., Giuffrè, 2000, p. 548.

⁸⁶ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 135.

valore utilizzato per individuare la norma prevalente si riflette sul corrispondente trattamento sanzionatorio.

Pertanto, l'individuazione del disvalore, è compiuto, alla luce dei beni giuridici offesi, sulla base del criterio di prevalenza e di specialità dei beni giuridici.⁸⁷

Il criterio di prevalenza del bene soccorre tutte le volte in cui l'offesa al bene minore assorbito è compresa, secondo l'*id quod plerumque accidit*, nell'offesa al bene giuridico di maggior valore. Mentre, il criterio di specialità consente di applicare la norma che tutela anche il bene giuridico protetto dalla norma assorbita.

Secondo i sostenitori di questo criterio, si dovrebbe considerare unico il fatto, non solo dal punto di vista dell'identità naturalistica, ma più genericamente una unità dal punto di vista normativo-sociale; con ciò vorrebbe intendersi che nelle ipotesi in cui le varie azioni esprimano un disvalore penale omogeneo, potranno essere considerate unitariamente dal punto di vista normativo, benché fra le rispettive norme non esista alcun rapporto logico-giuridico astratto.⁸⁸

La particolarità di questo terzo criterio sta nella non unanime veduta delle sue caratteristiche. Autorevole dottrina⁸⁹, ritiene di dover dare autonomo spazio a questo criterio nel quadro del concorso apparente di norme, in quanto individuerrebbe i casi in cui la commissione di un reato sia strettamente funzionale alla commissione di un altro e più grave reato. Ed è proprio qui che si innesta il discorso del reato complesso, in quanto l'idea della consunzione starebbe proprio alla base di questo istituto, come delineato

⁸⁷ C.F. GROSSO - M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, Manuale di diritto penale, parte generale, II ed., Giuffrè, 2017, p. 566.

⁸⁸ MORO, Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, p. 61; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 722; PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, VII ed., Giuffrè, 2000, p. 186.

⁸⁹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, 2017, p. 527.

dall'art. 84 c.p. che recita: “Le disposizioni degli articoli precedenti [cioè quelle relative al concorso di reati] non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato”.

Questa norma potrebbe apparire, *prima facie*, una mera pleonastica applicazione del principio di specialità; tuttavia, la rilevanza del citato articolo viene in luce proprio nel momento in cui lo si interpreta come una espressa enunciazione del principio di consunzione. Così ravvisando la procedura applicativa di questo terzo principio, cioè che la commissione di un reato che sia strettamente funzionale ad un altro e più grave reato comporta l'assorbimento del primo reato nel reato più grave.⁹⁰

3.5 – (Segue) Criteri: *Ne bis in idem* sostanziale

Sulla scia di quanto affermato per il criterio di consunzione (o assorbimento), è possibile proseguire il discorso ricollegando il criterio del *ne bis in idem* sostanziale; questo, non deve essere confuso con il *ne bis in idem* processuale, in quanto quest'ultimo, codificato all'art. 649 c.p.p., appartenendo alla sfera processuale è riferito alla parte del giudicato, e quindi si pone come garanzia posteriore, per il reo, rispetto al *ne bis in idem* sostanziale che, è volto a mitigare il trattamento sanzionatorio nell'ambito del concorso di norme. E,

⁹⁰ Ibidem, Marinucci – Dolcini, p. 528.

quindi, ad esso, non è, dunque, solo riconducibile il divieto di processare una persona per un fatto sul quale è già intervenuta sentenza passata in giudicato, ma anche quello di attribuire allo stesso soggetto, in relazione ad un unico fatto, la violazione di più norme penali, quando già una di esse è sufficiente per esprimere il disvalore del fatto illecito e per irrogare una pena ad esso proporzionata.⁹¹

I sostenitori di questo criterio⁹², interpretano l'art. 15 c.p. riferendolo ai casi di specialità reciproca. Ma distaccandosi dal criterio di specialità, affermano che innanzi alla specialità reciproca, non è possibile applicare tale criterio, in quanto tali norme sono contemporaneamente speciali e generali, l'una rispetto all'altra, non potendosi così stabilire quale delle due sia "più speciale" dell'altra.⁹³

Così è necessario ricorrere al *ne bis in idem* sostanziale, che si caratterizza principalmente per il fatto di vietare di addossare allo stesso soggetto più volte il medesimo fatto.

Questo ragionamento porta alla conclusione della sussistenza del concorso apparente di norme in tutti i casi di specialità reciproca, sia per specificazione che per aggiunta.

Particolare rilevanza assume, la circostanza che vede ricavare il criterio del *ne bis in idem* sostanziale, con un procedimento di *analogia iuris in bonam partem* (art.12, comma 2, seconda parte, delle disposizioni sulla legge in generale) e come un vero e proprio principio di diritto positivo, le cui fonti sono da rinvenirsi negli artt. 15, 61, 62, 84 del c.p. e nelle clausole di riserva. Da queste disposizioni è possibile ricavare detto principio

⁹¹ Pluris, Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale, CEDAM, UTET giuridica.

⁹² In particolare il MANTOVANI.

⁹³ LATTANZI – LUPO, Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 136.

che, in quanto regolare e non eccezionale, può essere esteso in modo analogico ai casi di specialità reciproca, date per certe l'identità di *ratio* e il *favor rei*.⁹⁴

Si può dedurre che tale criterio non sia di valore, come i due, precedentemente analizzati, di sussidiarietà e consunzione, ma abbia un fondamento logico-giuridico che gli consente di essere più vicino alla logica del criterio di specialità.

Ponendo la nostra attenzione all'art. 84 c.p., è stato osservato come questo sia una mera esplicitazione ulteriore del principio di specialità, “non fa che ribadire *ad abundantiam*”⁹⁵, ma tale visione del citato articolo, confligge con il principio di “non superfluità” dell'interpretazione, stando alla quale, le norme vanno interpretate di modo che non siano ripetitive rispetto ad altre norme.⁹⁶

In sintesi, il reato complesso “è anche un'associazione di condotte e/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 (contestualità) e dall'identità della persona offesa”.⁹⁷

L'aver delineato le caratteristiche di questo criterio, risulta funzionale alla rotta intrapresa dalla Corte EDU a livello sovranazionale.

Con la sentenza del 4 marzo 20149, Grande Stevens ed altri contro Italia, conferma il ruolo, l'importanza e l'influenza della Convenzione europea dei diritti umani, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sul diritto nazionale.

⁹⁴ Ibidem, Lattanzi – Lupo, p. 137.

⁹⁵ ANTOLISEI, Diritto Penale parte generale, XVI ed., Giuffrè, 2003, p. 539.

⁹⁶ VINCIGUERRA, La riforma del sistema punitivo della legge 24 novembre 1981, Padova, 1983, p. 536.

⁹⁷ Ibidem, VINCIGUERRA, p. 537.

Il principio del *ne bis in idem*, di cui finora abbiamo ragionato nei limiti della dimensione territoriale nazionale, è oggi divenuto un diritto fondamentale dei cittadini europei, dispiegando i suoi effetti nel territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, nello specifico l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, concorre, assieme alla previsione di altri diritti di pari rilevanza, a garantire la costruzione di un equo processo fondata sui principi di stabilità e certezza del diritto, nel rispetto del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.⁹⁸

Come abbiamo osservato, la materia del concorso apparente di norme vede divise dottrina e giurisprudenza, e la dottrina stessa al suo interno. Solo recentemente la giurisprudenza, con le pronunce delle Sezioni Unite, sembra aver raggiunto la “quadratura del cerchio”, sostenendo la legittimità del solo criterio di specialità come previsto ex art. 15 c.p.

La Corte EDU, nel caso sopra citato, prende un orientamento diverso da quello nazionale italiano. Afferma che, nella verifica della eventuale violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del protocollo 7 CEDU, occorre guardare non tanto alla struttura delle fattispecie astratte, ma, al contrario, alla identità o meno dei fatti concreti ascritti. E quindi, alla Corte non interessa verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, bensì solo se i fatti sussunti in esse siano o meno i medesimi.⁹⁹

Volendo provare ad attribuire alla sentenza Grande Stevens un certo valore, si potrebbe cercare di indurre la giurisprudenza a ripensare i criteri che governano il concorso apparente di norme, in modo da dimettere i criteri formali al fine di sostituirli, o per lo

⁹⁸ MANNA, Corso di diritto penale, parte generale, IV ed., CEDAM, 2017, p. 462.

⁹⁹ MANNA, Corso di diritto penale, parte generale, IV ed., CEDAM, 2017, p. 463.

meno ad affiancarli con criteri sostanziali, potendo risolvere i possibili contrasti con la CEDU per il futuro e per i processi in corso.¹⁰⁰

3.6 – Ipotesi di antefactum e di postfactum non punibile

Con queste due categorie, si suole indicare, in dottrina, quei reati che costituiscono la normale premessa o l'inevitabile sbocco di altri reati. Secondo *l'id quod plerumque accidit*, costituiscono un vero e proprio mezzo per la realizzazione di reati più gravi o ne costituiscono l'approdo finale, in quanto consolidamento dell'illecito risultato, ovvero quale scopo illecito in funzione del quale fu commesso il precedente e più grave reato.¹⁰¹

Le ipotesi di antefatto e post-fatto non punibili, sono categorie controverse, di creazione dottrinale, e che rare volte hanno avuto riconoscimento da parte della giurisprudenza. Un primo orientamento, le considera quali semplici manifestazioni del principio di sussidiarietà o secondo altri del principio di assorbimento¹⁰². Una seconda impostazione, invece, ritiene che ne andrebbe riconosciuta l'autonoma valenza, partendo dal rilievo secondo il quale nel diritto positivo sussistono ipotesi di antefatto o postfatto non punibili. Una ulteriore impostazione¹⁰³, antefatto e postfatto non punibili, come anche la figura della progressione criminosa, in origine funzionalmente concepiti per evitare il rigore del cumulo materiale quando il reato continuato era limitato alle sole ipotesi di concorso

¹⁰⁰ Ibidem, MANNA, p. 465.

¹⁰¹ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 725;

¹⁰² Ibidem, FIANDACA-MUSCO, p. 724.

¹⁰³ F. MANTOVANI, Diritto penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 490.

omogeneo, sarebbero oggi privi di gran parte del loro significato proprio in conseguenza dell'estensione del reato continuato alle ipotesi di concorso eterogeneo.¹⁰⁴

Partendo da queste premesse, sembra opportuno concentrare la nostra attenzione, alle caratteristiche di questi due istituti, in modo tale da poterli distinguere dalle figure "attigue".

La prima caratteristica è rappresentata dalla pluralità di fatti, l'uno successivo all'altro, ciascuno suscettibile di configurare reato. In secondo luogo, occorre poi che i diversi fatti di reato siano commessi dal medesimo soggetto attivo e che siano volti ad arrecare diversi gradi di offesa al medesimo bene. E proprio da questa seconda caratteristica, ossia dalla punibilità di uno solo dei fatti di reati, discenderebbe dall'applicazione del principio di assorbimento, o secondo altri, di sussidiarietà. Volendo chiudere questa prima osservazione, si può affermare che sia il rapporto di mezzo a fine fra reati che la contestualità o quasi contestualità delle condotte rendono inopportuno, agli occhi del legislatore, punire entrambi i reati commessi.¹⁰⁵

Per quanto riguarda i rapporti fra reato progressivo e le figure dell'antefatto e del postfatto, si può notare come ciò che caratterizzi il reato progressivo, sia la convergenza delle fattispecie delittuose in un'unica fattispecie, questo è il profilo che vale a differenziare tale figura dall'ante e postfatto in ordine ai quali si susseguono, invece, più fatti o condotte. A differenziare l'ante e postfatto non punibili dalla progressione criminosa sembrerebbe essere la mancanza nei primi delle plurime risoluzioni criminose che costituiscono il dato caratteristico della progressione criminosa.¹⁰⁶

¹⁰⁴ R. GALLI, Nuovo corso di diritto penale, CEDAM, 2017, p. 922.

¹⁰⁵ R. GALLI, Nuovo corso di diritto penale, CEDAM, 2017, p. 923.

¹⁰⁶ Ibidem, R. GALLI, p. 923.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina, “è da ritenere già incluso in una condotta criminosa precedente che integra un reato più grave: si pensi ad una spendita di monete falsificate — art. 455 — realizzata dallo stesso soggetto che prima ha contraffatto le monete —art.453 —”.¹⁰⁷ E quindi, può affermarsi che secondo tale impostazione, questi due istituti non abbiano una propria autonomia, in quanto, trattasi di casi di concorso apparente di norme che vengono risolti applicando il principio dell’assorbimento.

4.1 – Il controverso rapporto tra concorso formale eterogeneo di reati e concorso di norme

Dopo aver affrontato il discorso sui criteri relativi al concorso apparente di norme, è necessario soffermare la nostra attenzione al rapporto tra concorso formale eterogeneo di reati e concorso di norme. È proprio su questo punto che si registrano ancora oggi le più buie zone d’ombra, nonché le più gravi discrasie tra dottrina e giurisprudenza.

Com’è noto, il *punctum pruriens* tra le due categorie è rappresentato da quella figura intermedia e di difficile collocazione sistematica che è la specialità “bilaterale” o “reciproca”. Infatti, proprio perché tale figura si realizza quando ciascuna delle fattispecie messe a confronto presenta elementi speciali. Per questo motivo, tale figura è apparsa analoga alla relazione di cosiddetta “interferenza”, che costituisce la base del concorso formale eterogeneo di reati; anche qui, intersecandosi le due fattispecie sul piano della

¹⁰⁷ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 725.

condotta tipica, ciascuna di esse presenta tuttavia elementi esclusivamente “propri”, ed estranei al modello delineato dalla fattispecie convergente.

La strada comunemente seguita per risolvere il problema, nel senso della distinzione tra specialità reciproca ed interferenza, è stata sempre quella consistente di voler creare una frattura a tutti i costi tra le due categorie, in modo da escludere ogni possibilità di analogia strutturale.¹⁰⁸

L'elemento essenziale, che differenzia concettualmente il concorso di reati rispetto al concorso apparente di norme, è rappresentato dal fatto che, nel primo, vi è una pluralità di illeciti, mentre nel secondo il reato è unico. Pertanto, l'individuazione dei criteri in base ai quali va operata la distinzione nell'ambito delle varie forme di concorso di reati presuppone già risolto il problema unità e pluralità dei reati. In altri termini, perché sia configurabile un concorso formale, la confluenza di più fattispecie verso la stessa condotta deve essere effettiva.¹⁰⁹

Ciò premesso, si può affermare che ricorre la figura del concorso formale quando un'unica azione od omissione realizza contemporaneamente elementi riconducibili a diverse fattispecie incriminatrici. La condotta - il c.d. processo esecutivo - corrisponde a due o più figure di reato, mentre le parti residue del fatto tipico non sono del tutto

¹⁰⁸ In particolare, ciò è avvenuto sia ad opera di coloro che hanno ravvisato il tratto distintivo della specialità bilaterale rispetto all'interferenza nella possibilità di ricondurre il «fatto in concreto» ad entrambe le norme concorrenti (cfr. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, p. gen., Milano, 1985, p. 121; CONTI, Concorso apparente di norme, in NN.D.I., III, Torino, 1967, p. 1013; DELITALA, Concorso di norme e concorso di reati, RIDP, 1934, p. 108; NEPPI MODONA, Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme, RIDP, 1963, p. 881) sia da parte di chi ha considerato la specialità reciproca nel quadro delle ipotesi «capaci di effetti giuridici» ad opera di entrambe le norme, negando che un analogo fenomeno possa sussistere nell'ambito del rapporto d'interferenza (in questo senso cfr. MANTOVANI, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, p. 230 e ss.).

¹⁰⁹ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, III ed. Zanichelli, 2001, p. 665.

coincidenti, dal momento che sono proprie disgiuntamente di una figura di reato o dell'altra.¹¹⁰

Secondo la Relazione al progetto definitivo, infatti, «può darsi... che per lo stesso fatto siano applicabili due disposizioni, aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni di beni giuridici diversi. La disciplina di tale ipotesi rimane fuori, naturalmente, dall'articolo 15, e trova la sua disciplina nell'articolo 84», concernente appunto il concorso formale (ora, art. 81)¹¹¹. Riguardo a quest'ultimo, la relazione approfondisce ulteriormente il discorso precisando 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 si afferma 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 od omissione unica, si debba o meno punire il colpevole per ognuna delle lesioni da lui 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 reato; 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».¹¹²

¹¹⁰ M. RONCO – B. ROMANO, Codice penale commentato, IV ed., UTET GIURIDICA, 2012, p. 638.

¹¹¹ Relazione sul libro I, in Lav. prep., V, Progetto definitivo, 1, Roma, 1929, 58.

¹¹² Relazione sul libro I, 131.

4.2 – le posizioni della giurisprudenza susseguitesesi nel tempo

Dopo aver inquadrato le posizioni dottrinali in materia di concorso apparente di norme, diamo uno sguardo alle posizioni della giurisprudenza, le quali sono state, nel corso del tempo, ricche di oscillazioni e ripensamenti sull'adesione o meno alle teorie pluralistiche. La prima adesione, alla teoria pluralistica, è avvenuta con una pronuncia del 2001¹¹³, nella quale viene riconosciuto come ammissibile e legittimo il ricorso al criterio della consunzione, ritenendo che il concorso di norme sia apparente ogni volta in cui l'applicazione della sola norma che prevede la pena più grave esaurisce l'intero disvalore del fatto.

Nel 2005, questo primo indirizzo subisce un ripensamento, infatti i giudici di legittimità ritornando sul tema¹¹⁴, ripudiando *expressis verbis* i criteri diversi da quello legislativo di specialità, spiegano che il loro accoglimento sarebbe in contrasto con i due principi cardine del diritto penale, ossia con il principio di legalità, in quanto mancherebbe per essi qualsiasi fondamento normativo, e con il principio di tassatività, perché ripongono sul giudicante incontrollabili valutazioni intuitive per l'applicazione della norma.

A distanza di pochi mesi, la Corte di Cassazione ritornata, con una retromarcia, sui suoi passi¹¹⁵, ammettendo sia il criterio di sussidiarietà che quello di consunzione e riconducendo entrambi al superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale. In realtà, le distanze tra quest'ultima pronuncia e l'arresto del 2005 sono minori di quello che potrebbe

¹¹³ Cass. SS. UU., n. 22902/2001

¹¹⁴ Cass. SS. UU., n. 41164/2005

¹¹⁵ Cass. Sez. I, n. 7629/2006

sembrare a prima vista, in quanto l'ammissione dei principi di sussidiarietà e consunzione non deriva da un'apertura a criteri di valore extra-legislativi in contrasto con la legalità che deve informare l'ordinamento penale, ma dalla ricognizione di un fondamento normativo degli stessi nel superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale estrapolato dall'art. 15 c.p.

In definitiva, il contrasto tra le due pronunce si riduce al problema dell'ammissibilità o meno del *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento e a tal riguardo diventano decisamente attuali le teorie sostenute da illustre dottrina¹¹⁶, della quale abbiamo esposto idee e criteri nei precedenti paragrafi¹¹⁷.

Tuttavia, in modo repentino, la Suprema Corte, inverte le teorie esposte nella precedente pronuncia e si sofferma ad osservare che i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, non generalizzabili, in quanto i giudizi di valore che essi richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, facendo dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale¹¹⁸.

Da ultimo, la Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole, ha di nuovo preso posizione espressa in favore del principio di specialità, osservando che né la giurisprudenza di legittimità, né quella della Corte EDU e della Corte costituzionale offrono argomenti ermeneutici in favore dell'adozione, nell'ambito dell'istituto del concorso apparente di norme, di criteri valutativi diversi da quello di specialità¹¹⁹.

¹¹⁶ MANTOVANI, Diritto Penale, IV Ed., Cedam, 2001, p. 430 e ss.

¹¹⁷ Cfr. § 3.5 – (segue) criteri: *Ne bis in idem* sostanziale.

¹¹⁸ Cass. Sez. II, n. 10994/2012

¹¹⁹ Cass. SS. UU., n. 20664/2017

CAPITOLO II

LE OSCILLAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'. ANALISI DI CASI GUIDA TRA CONCORSO MATERIALE E CONCORSO APPARENTE DI NORME.

SOMMARIO: 1.1 – Le Sezioni Unite sul concorso tra malversazione e truffa aggravata. 1.2 – L’orientamento abbracciato dalle Sezioni Unite. 1.3 – Un possibile *revirement* per una diversa soluzione. 2.1 – Assorbimento e concorso formale di reati, rapporti tra abuso d’ufficio e falso in atto pubblico. 3.1 – Concorso apparente di norme nel crimine transnazionale. 3.2 – Il principio di consunzione come possibile soluzione. 3.3 – Le Sezioni Unite alle prese con nuovi spunti interpretativi. 4.1 – Omicidio stradale e guida in stato di ebbrezza. Premessa. 4.2 – Analisi del caso. 4.3 – Un *revirement*, forse, già accolto. 5.1 – Bancarotta fraudolenta per distrazione e fraudolenta sottrazione al pagamento delle imposte: concorso formale o conflitto apparente di norme? 5.2 – Confronto strutturale tra le fattispecie. 5.2.1 – *le condotte*. 5.2.2 – *i soggetti attivi*. 5.2.3 – *l’elemento soggettivo*. 5.3 – Confronto “valoriale” tra le fattispecie. 5.3.1 – *il bene oggetto di tutela*. 5.3.2 – *possibile configurazione dell’assorbimento*. 6.1 – Sussidiarietà riconosciuta all’unanimità, tra riciclaggio e favoreggiamento reale.

1.1– Le Sezioni Unite sul concorso tra malversazione e truffa aggravata. Questione e orientamenti a confronto.

Nel 1990, il legislatore, ha predisposto due figure “nuove” al fine di tutelare i finanziamenti pubblici.

In particolare, con l’art. 22 della l. 19 marzo 1990, n. 55 è stato introdotto il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, che prende posto nel codice penale all’art. art. 640-bis, e alla stregua del quale: *“La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d’ufficio se il fatto di cui all’art. 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominati, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee”*.

Poco dopo, con l’art. 4 della l. 26 aprile 1990, n. 86, è stato inserito il reato di malversazione a danno dello Stato, regolato dall’art. 316-bis del codice penale e destinato, invece, a sanzionare, con la reclusione da sei mesi a quattro anni: *“Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o”* – dopo la modifica operata dalla l. 7 febbraio 1992, n. 181 che, in questo modo, ha colmato una grave lacuna da cui era affetta la disciplina in discussione – *“dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità.”*

Dunque, l'art. 640-bis c.p., come risulta evidente già dal testo della rubrica, risulta dedicato alla neutralizzazione delle frodi commesse in un arco di tempo antecedente il provvedimento di concessione del finanziamento.

All'opposto, l'art. 316-bis c.p. intende colpire quegli abusi consumati dopo l'erogazione del finanziamento, e che avrà concreto utilizzo con lo sviamento della *publica pecunia* rispetto agli scopi per cui era stato elargito il finanziamento medesimo.

A render palese questo sviamento si può far diretto riferimento all'inciso "avendo ottenuto" che dimostra come, sul piano temporale, la condotta di omessa destinazione abbia come antecedente necessario l'ottenimento del finanziamento.

Dopo questa breve premessa, è il caso di chiederci se, nel caso in cui l'agente, dopo avere fraudolentemente ottenuto un contributo finalizzato alla realizzazione di opere o di servizi di pubblico interesse, lo distolga dai suoi fini istituzionali, dovranno trovare simultanea applicazione a carico del reo entrambe le fattispecie criminose, oppure se le relazioni tra i reati di malversazione a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche debbano leggersi nella logica del concorso apparente di norme, anche in virtù di quanto affermato nel capitolo precedente.

Disponendo le due disposizioni a confronto, si riscontrano condotte che si esplicano in momenti differenti, posti in ordine sequenziale tra loro.

Difatti, mentre la truffa aggravata incrimina la captazione fraudolenta della contribuzione pubblica, l'art. 316-bis c.p. mira a prevenirne lo sviamento dai suoi scopi istituzionali.

A questo punto, il problema è capire se tra le disposizioni in comparazione sia configurabile o meno un concorso materiale di reati o concorso apparente di norme, con gli eventuali risvolti che l'una o l'altra soluzione comporterebbero ai fini del trattamento sanzionatorio.

Sul punto, si è creato un dibattito in dottrina e giurisprudenza, oggi risolto, almeno con l'ultima sentenza della Cassazione, 23 febbraio 2017, n. 20664, dall'intervento delle Sezioni Unite¹²⁰.

Nel caso di specie, le due imputate, attraverso la creazione di uno schermo societario fittizio, avevano ottenuto in modo fraudolento un mutuo a tassi agevolati da parte di Sviluppo Italia S.p.a., e si erano, contestualmente impegnate a non trasferire fuori dalla sede i beni ammessi alle agevolazioni.

In un secondo tempo, la società beneficiaria, aveva proceduto al trasferimento a una delle imputate stesse alcuni beni, ma senza la apposita autorizzazione e violando il vincolo di destinazione impresso inizialmente¹²¹.

È possibile rinvenire due fatti, il primo relativo all'ottenimento in via fraudolenta dell'erogazione, che è stato qualificato come truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p.

Il secondo, consistente nella violazione del vincolo di destinazione, che è stato invece ricondotto alla malversazione ex art. 316-bis c.p.

Dunque, ragionando, le due condotte, nonché le due disposizioni a confronto, puniscono due momenti differenti, posti in modo consequenziale tra di loro.

Mentre la truffa aggravata incrimina la captazione fraudolenta della contribuzione pubblica, l'art. 316-bis c.p. mira a prevenirne lo sviamento dai suoi scopi istituzionali.

Una di opinione, che ha incontrato il favore della prevalente giurisprudenza, basa le sue convinzioni sul presupposto secondo cui: I) tra le due figure non vige un rapporto

¹²⁰ Cass., SS.UU., 23 febbraio 2017, n. 20664

¹²¹ S. Finocchiaro, Nota a Cass., SS.UU, sent. 23 febbraio 2017, n. 20664. "Il Buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione", In Diritto Penale Contemporaneo, 2017.

di specialità, unico criterio al quale riconoscere, in questa ottica, legittimazione sul piano positivo onde risolvere i conflitti tra norme: II) le due figure di reato intervengono in momento distinti dell'*iter criminis*; III) la malversazione non rappresenta una sorta di ordinaria appendice del reato principale di truffa¹²², IV) le due figure di reato proteggerebbero beni eterogenei (l'art.640-bisc.p. il patrimonio e l'art. 316-terc.p. il buon andamento della Pubblica Amministrazione), pertanto, nell'ipotesi in cui il soggetto, dopo aver fraudolentemente captato il finanziamento pubblico, lo distraiga dalla finalità collettiva a cui era vincolato, troveranno applicazione entrambe le previsioni¹²³.

Di parere contrario il parere della dottrina maggioritaria, e di parte della giurisprudenza¹²⁴, secondo cui una volta che venga realizzata la più grave fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, la successiva mancata realizzazione dell'opera o dell'attività finanziata rappresenterebbe, a prescindere se tale comportamento sia stato programmato sin dall'origine o se abbia preso corpo nella mente

¹²² Così, in particolare, PALMA, Malversazione a danno dello Stato, in AA.VV., I delitti contro la Pubblica Amministrazione, a cura di C. Fiore, Utet, 2004, p. 97.

¹²³ Così, PISA, Commento agli artt. 2-3 della l. 26 aprile 1990, n. 86, in Leg. pen., 1990, p. 285; CELENTANO, La Malversazione a danno dello Stato, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, p. 219; VINCIGUERRA, I delitti contro la Pubblica Amministrazione, Cedam, 2008, p. 307; ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte speciale., vol. II, Giuffrè, 2008, p.327 ss.; in giurisprudenza, Sez. II, 27 ottobre 2011, n. 43349, Bonaldi, in C.E.D. Cass., n. 250994, ha enunciato il principio per cui il reato di malversazione in danno dello Stato può concorrere con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. E questo rilevando che la circostanza che i comportamenti puniti dalle fattispecie in esame possano sommarsi, nel senso che artificiosamente, allegando una situazione non rispondente al reale, in relazione ad un fine dichiarato, si ottengano pubblici contributi in concreto destinati ad uno scopo diverso e già programmato, non elude la possibilità di concorso tra i due reati. A tale conclusione la Corte giunge notando che non si verte su di una stessa materia regolata da una pluralità di disposizioni penali, per la quale possa valere il criterio di specialità dettato dall'art. 15 del codice penale, come se, soggiungiamo noi, non esistere altri parametri euristici per verificare la ricorrenza di un concorso apparente di norme.

¹²⁴ Cass. Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, Bilotti, in C.E.D. Cass., n. 244180 dove si è affermato che il reato di malversazione in danno dello Stato ha natura sussidiaria e residuale rispetto alla fattispecie dell'art. 640-bisc.p. che sanziona la truffa aggravata per il conseguimento delle erogazioni pubbliche.

del reo, dopo il conseguimento dei fondi, un semplice post factum non punibile, che, come tale, non lascia spazio all'operatività dell'art. 316-bis c.p.¹²⁵.

Guardando il panorama presentato da tale ottica, si osserva come si possa sostenere la eventuale non configurabilità del concorso apparente tra i due reati, principalmente, negando che, nel caso di specie, ci si trovi in un'ipotesi di stessa materia disciplinata da una pluralità di disposizioni penali, per la quale possa valere il criterio di specialità dettato dall'art. 15 c.p., in quanto le disposizioni messe a confronto – come detto – difenderebbero beni diversi (la fattispecie della truffa tutela il patrimonio, mentre la malversazione a danno dello Stato tutela la pubblica amministrazione) e poiché l'art. 316-bis c.p. non invoca necessariamente una frode.

Se, per contro, si parte dal diverso presupposto secondo cui sarebbe possibile vagliare i rapporti tra norme alla luce di criteri alternativi a quello di specialità, in simile prospettiva esegetica si rinviene che, se è vero – come sostiene l'orientamento avverso – che il reato di cui all'art. 316-bis c.p. non presuppone la consumazione di quello di cui all'art. 640-bis c.p., non v'è dubbio che – come osserva anche la dottrina “[...] *l'esame dei rapporti tra le due norme non si possa limitare a questo profilo, in quanto il problema vero sorge proprio (e soltanto) quando la diversa destinazione dei beni viene impressa allorché l'*

¹²⁵ Così, C.F. GROSSO, Malversazione a danno dello Stato, in AA.VV., Codice penale, Parte speciale, vol. IV, Utet, 1996, p. 216; BENUSSI, Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, p. 1067; GULLO, Malversazione a danno dello Stato, in AA.VV., Dizionario dei reati contro l'economia, a cura di Marini- Paterniti, Giuffrè, 2000, p. 419; SEMINARA, sub art. 316-bis c.p. in AA.VV., Commentario breve al codice penale, a cura di Crespi-Forti, Zucalà, Cedam, 2008, p. 763; M. ROMANO, I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, Giuffrè, 2006, p. 74 ss.; PAGLIARO, PARODIGIUSINO, Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione, Giuffrè, 2008, p. 121; BELLI, Brevi note sul delitto di malversazione a danno dello Stato, in Riv. pen., 2001, p. 787 ss.; D. BRUNELLI, Il diritto penale delle fattispecie criminose, Giappichelli, 2011, p.202; MARCONI, Malversazione a danno dello Stato, in Enc. giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1995, p. 12.

erogazione venga conseguita con artifici e raggiri e si prospetti una ipotesi di concorso apparente di norme”¹²⁶.

Da tale angolo visuale, neppure sembrerebbe fondata l’affermazione per la quale l’art. 640-bis c.p. tutela il patrimonio mentre l’art. 316-bis c.p. si pone a salvaguardia del buon andamento della pubblica amministrazione. Infatti, si precisa, da un lato, quando è offeso il patrimonio della pubblica amministrazione è pregiudicato anche il suo buon andamento; dall’altro, specularmente, quando è aggredito il bene del buon andamento della pubblica amministrazione, con la destinazione dei finanziamenti a scopi diversi da quelli sottesi alla norma che quei contributi concede, si realizza anche un nocumento al patrimonio dei pubblici poteri¹²⁷.

Se così è, a parere dei sostenitori di tale visione esegetica, onde esplorare i rapporti tra le disposizioni in disamina, occorre riferirsi, anziché al principio di specialità, a criteri di “valore”, che meglio descrivono il fenomeno e che sono applicabile quando due fattispecie criminose sanzionino comportamenti differenti che offendono stati o gradi diversi dello stesso bene o di beni omogenei, uno più gravemente, e l’altro in misura minore, cosicché il secondo fatto-reato rimane assorbito nel primo.¹²⁸

Ciò che si opina, è se risulta vero che nella ipotesi in esame le condotte che vengono in considerazione sono due, una anteriore al conseguimento del finanziamento, che si realizza attraverso artifici e raggiri, e l’altra posteriore, che si realizza con l’impiego dei fondi per una destinazione alternativa, non può mettersi in dubbio che il bene tutelato sia

¹²⁶ BENUSSI, I reati contro la pubblica amministrazione, Cedam, 2013, p. 428 e ss.

¹²⁷ Così, in particolare, BENUSSI, I delitti, cit., p. 429

¹²⁸ N. MADIA, Nota a Cassazione penale, 23 febbraio 2017, n.20664, Sez. Un., 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 Cassazione Penale, fasc. 7-8, 2017, pag. 2653 e ss.

offeso sin dal momento consumativo della truffa, cioè dal momento della realizzazione del profitto con corrispondente danno della parte lesa, e che sia poi ulteriormente offeso, a finanziamento conseguito, dalla diversa destinazione impressa, che rappresenta, per così dire, la fase esecutiva dello stesso progetto criminoso, sia esso già programmato sin dall'inizio dell'azione sia esso deciso dopo il conseguimento della erogazione.

A ben vedere non potrebbero, dunque, sottoporsi a sanzione due comportamenti offensivi dello stesso bene in frangenti successivi giacché, in definitiva, la *mala gestio* del finanziamento non sarebbe che una conseguenza naturale della percezione dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri.

1.2– L'orientamento abbracciato dalle Sezioni Unite.

Nella sentenza presa in esame, le Sezioni unite della Cassazione giungono ad accordare la loro decisione all'orientamento propenso a ravvisare un caso di concorso materiale di reati, scartando l'ipotesi del concorso apparente di norme. Al fine di pervenire a tale esito interpretativo, i giudici partono dalla medesima premessa esegetica di carattere generale da cui muove l'indirizzo incline a caldeggiare la soluzione del concorso materiale di reati. Anche ad avviso di questo indirizzo, solo la ricorrenza di un rapporto di specialità sincronico tra disposizioni astratte – disciplinato nell'art. 15 c.p.– o la presenza di clausole

di riserva che testualmente impongano l'applicazione di una sola norma incriminatrice prevalente, possono determinare l'insorgenza di un concorso apparente di norme¹²⁹.

Si parla pertanto di ipotesi ristrettissime e comunque dotate di una certezza espressiva operata dal legislatore medesimo, o basate sulla discrezione del giudice il quale si atterrebbe rigorosissimamente ai principi di tassatività e legalità¹³⁰.

¹²⁹ N. MADIA, Nota a Cassazione penale, 23 febbraio 2017, n.20664, Sez. Un., 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 Cassazione Penale, fasc. 7-8, 2017, pag. 2653 e ss.

¹³⁰ Seppur formalmente attestandosi sulla centralità e l'unicità del criterio di specialità per la risoluzione del concorso di norme, tale dottrina si suddivide al suo interno in due principali filoni.

Un primo orientamento, fedele alla rigidità normativa del testo, ritiene che la comparazione tra le norme debba avvenire al livello della loro formulazione astratta, attraverso la comparazione dei loro assetti strutturali. Al suo interno questo filone rinviene posizioni che, se sulla carta possono sembrare simili, ad una più attenta analisi appaiono distinte, infatti da una parte vi è chi si attesta sulla specialità *stricto sensu*, e che affermando che *“il chiaro fondamento logico-formale del principio di specialità [...] dovrebbe comportare che la sua operatività non sia subordinata ad ulteriori condizioni”* non ne ammette l'applicabilità in presenza di un rapporto strutturale diverso da quello per cui *“la fattispecie descritta nella seconda (speciale) riproduce tutti gli elementi della prima (generale) e contiene altresì uno o più elementi specializzanti”* pretende dalla norma speciale di contenere tutti gli elementi di quella generale più uno o più in funzione specializzante. Va da subito sottolineato che ciò che sta fuori da questa stretta applicazione occupa il campo dell'opinabilità dove si scontrano le diverse letture, tese ad attribuire alla specialità una funzione più ampia o più ristretta, con tutte le conseguenti aperture o chiusure applicative.

Su tale criterio si innesta il filone che, condividendone gli assunti logico-formali, ne allarga l'applicazione ai casi di c.d. specialità bilaterale, rinvenibile nei casi in cui ciascuna norma è allo stesso tempo generale e speciale, presentando, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici e generici rispetto ai corrispondenti dell'altra fattispecie.

Diversamente l'orientamento c.d. “monista-naturalistico”, il quale, sempre accettando come unico criterio quello di specialità – in quanto l'unico legalmente previsto-, ritiene tuttavia che la valutazione vada fatta guardando alla concretezza della fattispecie, attraverso la valutazione della storicità dei fatti per come realmente accaduti. Tale filone infatti attribuisce al concetto di “stessa materia” espresso dall'art 15 c.p. il significato riferito al fatto concreto, così affermando che il principio non operi solamente nei rapporti tra un fatto e più figure criminose, delle quali l'una contenga tutti gli elementi costitutivi dell'altra più uno, ma anche qualora un medesimo fatto concreto sia riconducibile in tutti i suoi elementi ad entrambe, seppur non legate da uno stretto rapporto di genere a specie.

In ultimo luogo vi è chi, pur appartenendo formalmente alla teoria monista che non accetta altro criterio se non la specialità, di fatto ne annacqua il concetto facendovi rientrare, sulla base del richiamo al criterio del *ne bis in idem* sostanziale, anche le ipotesi di specialità reciproca, finendo per unire l'approccio logico-formale, proprio della specialità intesa *stricto sensu*, a criteri valoriali.

Al di là della plausibilità di tali opzioni, le quali sembra che pur di tenere fede all'“ortodossia” della specialità finiscano per *“far dire al principio di specialità anche ciò che non può dire”* (come afferma FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686.), ciò che appare da sottolineare è un dato significativo che ne scaturisce: la pluralità di soluzioni di cui si è dato conto dimostra, infatti, l'avvertita insufficienza della sola specialità *stricto sensu* a risolvere tutti i problemi di convergenza tra norme.

E quindi al di là di questi casi, non sarebbe possibile escludere la simultanea applicazione di una pluralità di figure di reato a carico dell'agente, facendo leva su criteri (sussidiarietà, assorbimento, consunzione, ante-fatto e post-fatto non punibili) giudicati privi di sicuro fondamento positivo in quanto basati su elementi di discriminazione incerti, come l'identità del bene giuridico tutelato e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, che risultano talmente vaghi da essere suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti.

Inoltre, neppure i recenti approdi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di *ne bis in idem* sostanziale, che trova riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, nell'art. 4 Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sarebbero idonei a provocare un ampliamento dell'istituto del concorso apparente di norme al di là dei limiti sanciti dal principio di specialità e dalla presenza di espresse clausole di riserva¹³¹.

Infatti, osservano i giudici, il divieto al *bis in idem* in ambito sovranazionale è stato concepito solo in caso di perfetta coincidenza materiale tra i fatti contestati ed impedirebbe, non tanto la punibilità del soggetto in forza di titoli diversi e di autonome procedure di controllo (penali, amministrative, civili, contabili *et similia*), bensì, più semplicemente, la sottoposizione ad autonomo giudizio dell'agente quando sia stata già definita una delle serie procedimentali attivate nei suoi confronti. Peraltro, aggiungono i giudici, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, nel ridefinire l'ambito applicativo dell'art. 649 c.p.p. alla luce della giurisprudenza convenzionale, ha precisato

¹³¹ C. COLUCCI, le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione, Nota a Cass. SSUU, sent, 23 febbraio n. 20664, In Diritto Penale Contemporaneo, 12/2017

testualmente che: “la tutela convenzionale affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto ad esigenze contrarie di carattere sostanziale. Questa circostanza non indirizza l’interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l’imputato, quando un’altra esegesi della disposizione sia collocabile nella cornice dell’*idem factum*”¹³².

Ebbene, notano i giudici tornando alla specifica questione sottoposta al loro sindacato, il criterio di specialità, anche nella sua più ampia declinazione della specialità bilaterale, non si attaglia alle fattispecie in disamina, trattandosi di moduli astratti indiscutibilmente autonomi, la cui consumazione presuppone una pianificazione separata da parte dell’autore¹³³.

Ci si presentano, quindi, fattispecie strutturalmente autonome che, in quanto tali, come due rette parallele camminano di pari passo ma non si incontrano mai, non essendo condizionata la ricorrenza dell’una alla configurazione dell’altra. Le interferenze tra l’art. 316-bis c.p. e l’art. 640-bis c.p. risultano meramente accidentali non potendo, quindi, prospettarsi tra gli stessi alcun rapporto di continenza strutturale da leggersi al lume del principio di specialità. Né, a parere dei giudici, a diverse conclusioni permetterebbe di giungere l’analisi del testo dell’art. 316-bis c.p., stante l’assoluta indifferenza della fase genetica del finanziamento rispetto alla descrizione della norma, insuscettibile di limitare

¹³² C. cost., 31 maggio 2016, n. 200, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di ZIRULIA, *Ne bis in idem*: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane dal diritto vivente italiano.

¹³³ C. COLUCCI, *le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, Nota a Cass. SSUU, sent, 23 febbraio n. 20664, In *Diritto Penale Contemporaneo*, 12/2017.

l'area d'incidenza della disposizione ai soli contributi acquisiti lecitamente. La norma, invero, rimanderebbe all'acquisizione del credito come fatto storico, prescindendo dalle modalità, eventualmente anche fraudolente, di ingresso nel patrimonio del destinatario dell'erogazione. A definitiva conferma dell'autonomia dei due disposti si segnala come le fattispecie a raffronto siano fisiologicamente destinate a perfezionarsi in tempi diversi, in un ordine sequenziale tra loro prima si ottiene l'indebita erogazione del finanziamento per poi deviarlo dai suoi obiettivi statutari con la conseguente assenza di un rapporto di identità suscettibile di convertirsi in un concorso soltanto apparente di norme¹³⁴.

1.3– Un possibile *revirement* per una diversa soluzione.

Dunque, stando a quanto visto nei precedenti paragrafi, riferendoci alla decisione della Corte e al ragionamento dei giudici, una convergenza tra modelli astratti in grado di dare origine ad un'ipotesi di concorso apparente tra norme sussisterebbe solo a patto che tra i disposti a confronto intercorra un rapporto di identità strutturale, ovvero di specialità unilaterale o, perlomeno, reciproca.

¹³⁴ Cass. SS.UU., sent., 23 febbraio 2017 (dep. 28 aprile 2017), n. 20664, par. 7.6.

Tuttavia, parte della dottrina ritiene possibile una diversa soluzione, a patto che il confronto tra fattispecie eterogenee sia basato su criteri di “valore”, tramite i quali l’una fattispecie sia in grado di assorbire l’antigiuridicità dell’altra¹³⁵.

I criteri “assiologici”, a differenza di quello di specialità, implicano l’esistenza di enunciati giuridici che, ad un previo esame comparativo della loro struttura astratta, risultano attribuire rilievo penale a fattispecie ontologicamente dissimili tra loro, radicandosi, quindi, su considerazioni “finalistiche” più che su una disamina comparativa degli elementi costitutivi dei reati. La maggiore difficoltà della materia – dovuta all’intrinseca relatività dei criteri di valore – non può, però, ostare al riconoscimento di un’ipotesi di concorso apparente di norme dove la moltiplicazione di sanzioni a carico dell’agente si rivelerebbe comunque contraria al principio del *ne bis in idem* sostanziale. È in questi casi, come allorché ricorra un rapporto di specialità, che emergono le ragioni per giustificare l’unificazione legislativa di una pluralità di fatti ricalcanti altrettanti tipi criminosi, ossia evitare l’inutile accumulazione di pene in relazione ad accadimenti il cui disvalore si dissolve integralmente in una fattispecie colpita in misura maggiore¹³⁶.

È inevitabile rilevare come taluni reati sono normalmente accompagnati dalla realizzazione di altri, e l’*id quod plerumque accidit* consente di prevedere che la commissione di due diversi illeciti cammini di pari passo in modo che l’uno sottintenda, nella maggior parte dei casi, la produzione dell’altro¹³⁷.

¹³⁵ Al riguardo, MORO, *Unità e pluralità di reati*, Cedam, 1959, p. 84 ss., ha sottolineato, come ciò che conti, ai fini dell’assorbimento, sia il rapporto di continenza assiologica tra due disposizioni.

¹³⁶ In questi termini MORO, *Unità*, cit., p. 94. Inoltre, nella medesima ottica, G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, p. 514.

¹³⁷ Hanno sottolineato come il rapporto di consunzione si caratterizzi per il nesso di funzionalità che intercede tra due figure di reato, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., Parte generale, p. 432 ss.; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 184 ss. Ma già, così, MORO, *Unità*, cit., p. 86 ss.; G. VASSALLI, voce *Antefatto*, cit., p. 508.

Inoltre, nel caso di specie, non pare persuasivo l'assunto dato dalle Sezioni Unite, secondo il quale la previsione di tali criteri di "valore" debba avvenire solamente per via espressa da parte del legislatore, con eventuali apposizioni di clausole di riserva, altrimenti si violerebbe il principio di legalità.

Ma così facendo, il principio di legalità rischierebbe di essere invocato in *malam partem*, nel senso di estendere la quantità di illeciti dei quali il reo è chiamato a rispondere, finendo così per non porsi più a garanzia del cittadino contro arbitrarie scelte punitive del legislatore o del giudice.

Inoltre, il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà espressa risulta così elevato da poter dedurre legittimamente che queste, più che configurarsi quali singole deroghe, esprimano un principio generale, un criterio di sistema¹³⁸.

Osservando da vicino l'art. 640-bis c.p. si può notare come questo esaurisca il fatto contemplato nell'art. 316-bis c.p.

I fatti dei due articoli in esame non percorrono linee parallele, ma seguono un'unica direttrice, condividendo un substrato conforme in modo tale da farli intersecare e da connetterli.

In generale è frequente che quando un soggetto si appropria fraudolentemente di risorse pubbliche lo stesso sarà indotto, o in virtù di una decisione originaria o in forza di una decisione postuma, a non utilizzarle in via conforme alle finalità di interesse generale connesse al loro stanziamento, distraendole a profitto proprio od altrui.

¹³⁸ S. Finocchiaro, Nota a Cass., pen., Sez. VI, ord. 3 novembre 2016 n. 47174. "Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la *vexata quaestio* del rapporto tra truffa e malversazione", In Diritto Penale Contemporaneo, 2017.

Volgendo inoltre lo sguardo ai livelli sanzionatori dell'art. 640-bis c.p. – da uno a sei anni di reclusione – ci si rende conto come questi siano nettamente più aspri rispetto a quelli associati all'art. 316-bis c.p. – da sei mesi a quattro anni di reclusione – portandone ad evidenza l'attitudine ad assorbire il disvalore penale di una fattispecie, la malversazione, che protegge un interesse omogeneo se non analogo (il patrimonio della Pubblica Amministrazione in funzione del conseguimento degli obiettivi programmatici sottesi allo stanziamento dei fondi¹³⁹), come notato dall'orientamento già propenso a ravvisare un caso di concorso apparente di norme.

Il legislatore, nonostante le divergenze strutturali tra i precetti, ha inteso comunque stabilire una relazione tra loro, non tanto basandolo su di un giudizio logico-formale, quanto, più propriamente, a seguito di considerazioni di carattere teleologico. E questa interpretazione pare potersi anche dedurre dal brevissimo lasso di tempo che ha segnato l'entrata in vigore dei due articoli, un mese di distanza l'uno dall'altro. Come se il legislatore stesso volesse creare due figure complementari con decrescente indice di offesa.

Contrariamente a quanto affermato nella sentenza in commento, l'espressione “*Chiunque, [...] avendo ottenuto*”, posta all'inizio dell'art. 316-bis c.p. fa capire che non è del tutto indifferente il modo in cui il finanziamento si sia generato.

L'espressione, invece, consente di ritenere che il conseguimento del contributo, da parte dell'agente, sia avvenuto al termine di un procedimento amministrativo corretto, non caratterizzato da abusi dei soggetti ivi coinvolti, e come la *ratio* di questa disposizione sia soltanto quella di prevenire la lesione del funzionamento della Pubblica Amministrazione

¹³⁹ Sul bene giuridico tutelato dall'art. 316-bis c.p., cfr. MADIA, La tutela penale dei finanziamenti pubblici all'economia, Roma, 2012, p. 29 ss.

perpetrato per mezzo di comportamenti che si collocano a valle del procedimento, risolvendosi nella distrazione dei finanziamenti dagli scopi per cui erano stati concessi¹⁴⁰. Una volta adottata la prospettiva “valoriale” per affrontare il tema della sovrapposizione di norme, anche la presenza di accadimenti in rapporto di successione temporale non preclude in radice l’assimilazione di un fatto antecedente ad uno posteriore, che ne annulli il disvalore penale (c.d. ante-fatto non punibile), così come, analogamente, l’inclusione di un fatto successivo in uno precedente che, a sua volta, sia in grado di eliminarne il significato antigiuridico (c.d. post-fatto non punibile).

Poiché l’applicazione della disciplina del concorso apparente di norme avviene non in ragione di un rapporto di continenza strutturale, ma in quanto la fattispecie assorbente esaurisce l’intero disvalore, comprendendo anche le finalità perseguite dalla disposizione secondaria, si ritiene che quest’ultima riacquisti efficacia qualora risulti impedita l’effettiva tutela dell’interesse di maggiore portata¹⁴¹, in quanto “*lo scopo di una norma [...] può in concreto comprendere in sé quello di un’altra solamente nel caso che essa si applichi effettivamente*”¹⁴².

¹⁴⁰ Così, M. ROMANO, I delitti, cit., p. 74.

¹⁴¹ A. PAGLIARO, Principi, cit., 202 e ss.; precedentemente già A. MORO, Unità e pluralità, cit., 60.

¹⁴² A. PAGLIARO, voce Concorso, cit., 552.

2.1 – Assorbimento o concorso formale di reati, rapporti tra abuso d’ufficio e falso in atto pubblico.

Una diversa posizione, rispetto al caso analizzato precedentemente, pare potersi ravvisare in un’altra recente decisione della VI Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione, in particolare la sentenza n. 13849 del 28 febbraio 2017.

La vicenda, oggetto di ricorso davanti ai giudici di legittimità riguardava due tipologie di condotte commesse dall’imputato quale funzionario istruttore direttivo della Camera di Commercio.

L’imputato, infatti, da una parte si era illegittimamente appropriato di denaro versato alla Camera di Commercio da privati cittadini a titolo di cancellazione o riabilitazione dai protesti, condotte per le quali gli era stato contestato il reato di peculato; dall’altra, aveva altresì proceduto a inserire nel sistema informatico della Camera di Commercio una serie di annotazioni di avvenuta cancellazione per riabilitazione in favore di alcuni debitori protestati, con contestuale indicazione dell’avvenuto pagamento dei diritti di segreteria per la trattazione della pratica, mentre tali riabilitazioni e tali pagamenti non erano realmente mai intervenuti¹⁴³.

Proprio in relazione a questo secondo gruppo di condotte, i reati contestati dal pubblico ministero erano quelli di truffa aggravata (in relazione all’ingiusto profitto procurato ai beneficiari delle indebite cancellazioni mediante induzione in errore degli organi della Camera di Commercio), falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atto

¹⁴³ S. BERNARDI, La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d’ufficio, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 6/2017.

pubblico (attraverso le annotazioni nel sistema informatico della Camera di Commercio) e abuso d'ufficio (avuto riguardo all'ingiusto vantaggio patrimoniale procurato ai beneficiari delle indebite cancellazioni)¹⁴⁴.

Contro la decisione della Corte d'appello di Catania¹⁴⁵, tuttavia, ricorreva in Cassazione, oltre al difensore dell'imputato, anche il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Catania, il quale sosteneva l'avvenuta violazione di legge in relazione alla ritenuta non configurabilità del delitto di abuso d'ufficio nel caso di specie.

Difatti, il procuratore generale adduceva che tra il reato di falso e quello di abuso d'ufficio sussiste in verità concorso reale di norme, trattandosi di fattispecie distinte sia sotto il profilo del bene giuridico tutelato, sia per struttura giuridica (e infatti, mentre il delitto di cui all'art. 323 c.p. è reato di evento e richiede il dolo intenzionale, quello di cui all'art. 479 c.p. è reato di mera condotta, punito a titolo di dolo generico). Simili differenze, pertanto, dovrebbero escludere in radice sia il concorso apparente di norme, sia l'assorbimento di un reato nell'altro per effetto dei principi di sussidiarietà o di consunzione.

Avendo brevemente descritto il fatto e i motivi di ricorso per Cassazione, risulta fondamentale capire la scelta dei giudici di legittimità. Questi, aderendo alla tendenza maggioritaria espressa dalla medesima giurisprudenza di legittimità, cercano di andare oltre, in quanto si sforzano di dettare regole generali sul funzionamento delle clausole di riserva e, nello specifico, sui criteri idonei ad attribuire natura autonoma al principio di assorbimento (*rectius*, di sussidiarietà) per distinguerlo dal diverso principio di specialità.

¹⁴⁴ Sui motivi di fatto ho fatto riferimento a S. BERNARDI, La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 6/2017

¹⁴⁵ Sentenza emessa in data 31 maggio 2016, dalla Corte d'appello di Catania.

Stando a quanto affermato dai giudici nella sentenza, la problematica nasce dalle divergenze in ordine alla portata applicativa della clausola di riserva “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”, introdotta per la prima volta nel 1990 nella disposizione incriminatrice relativa all'abuso di ufficio, e poi riprodotta con la legge 16 luglio 1997, n. 234, in occasione della formulazione del testo attualmente vigente dell'art. 323 c.p.

L'indirizzo, considerato maggioritario in giurisprudenza, oltre che in dottrina¹⁴⁶, guarda al reato di abuso d'ufficio come ipotesi residuale rispetto a qualsiasi reato più grave in cui sia ascrivibile il medesimo fatto concreto, ritenendo pertanto che anche in relazione al delitto di falso sussista un rapporto di assorbimento in tutti i casi in cui sia il falso sia l'abuso siano integrati da una medesima condotta unitaria (configurandosi, quindi, un concorso apparente di norme); solo nel caso in cui le condotte di abuso e quella di falso siano distinte, per esempio allorché il falso sia destinato a occultare l'avvenuto abuso d'ufficio, potrebbe invece riconoscersi un concorso materiale dei due delitti¹⁴⁷.

Un indirizzo minoritario invece, abbraccia una posizione radicalmente opposta, sostenendo il concorso formale tra i reati di abuso d'ufficio e di falso in atto pubblico, e basandosi sull'assunto che l'assorbimento andrebbe di per sé escluso in ragione della diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici, che sono la genuinità degli

¹⁴⁶ G. CARLONI, Sui rapporti tra falso ideologico in atto pubblico e abuso d'ufficio: assorbimento o concorso formale di reati? in Cass. pen., 2006, p. 82 ss; M. DE BELLIS, La violazione di norme di legge o di regolamento di cui all'art. 323 c.p. può consistere nella violazione del precetto di altra norma penale: ancora sulla vexata quaestio dei rapporti tra abuso d'ufficio e falso ideologico in atto pubblico, in Riv. pen., 2006, p. 1220 ss.; M. ROMANO, I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali, Art. 314-335-bis cod. pen., Commentario sistematico, III ed., Milano, 2013, p. 321.

¹⁴⁷ S. BERNARDI, La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio, in Diritto Penale Contemporaneo, n. 6/2017.

atti pubblici per il falso, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione per l'abuso d'ufficio¹⁴⁸.

Una soluzione, spesso indicata come intermedia, ma in realtà molto prossima a quella sostenuta dal primo dei due orientamenti richiamati, è espressa da Sez. 5, n. 1491, del 15/11/2005, dep. 2006, Cavallari, Rv. 233044, secondo la quale "il concorso tra i delitti di abuso d'ufficio e falso ideologico in atto pubblico deve escludersi solo quando "la condotta addebitata si esaurisca nella commissione di un fatto qualificabile come falso ideologico in atto pubblico" [...]; mentre deve riconoscersi il concorso dei due delitti quando ne sono distinte le condotte [...], come certamente accade, ad esempio, nel caso in cui il falso sia destinato ad occultare l'abuso"¹⁴⁹.

Ma senza dar troppo peso agli indirizzi opposti, i giudici di merito, si concentrano sul contenuto e sul significato delle clausole di riserva, al fine di sciogliere il nodo che attaglia la problematica presentata loro nel ricorso.

Dunque, se si ritiene che specifica funzione delle clausole di riserva sia quella di delimitare l'ambito di operatività delle norme che le contengono, sarebbe la stessa esigenza di interpretare gli enunciati linguistici contenuti nelle disposizioni normative attribuendo loro un significato utile, piuttosto che inutile, a dettare una soluzione in questo senso: più nello specifico, afferma la Corte, *"la clausola di riserva non può essere intesa come applicabile solo nei rapporti tra reati aventi ad oggetto la tutela del medesimo bene giuridico, perché altrimenti si attribuirebbe alla stessa il significato di un inutile doppione del principio di specialità. Di conseguenza, a fronte di un fatto unico, detta*

¹⁴⁸ Così ad es. Cass. pen., Sez. II, 11 dicembre 2013 (dep. 2014), n. 5546, Cuppari; Cass. pen., Sez. V, 1 febbraio 2000, n. 3349, Palmegiani; Cass. pen., Sez. V, 5 maggio 1999, n. 7581, Graci.

¹⁴⁹ Cass., Pen., Sez. V, n. 1491, del 15/11/2005, dep. 2006, Cavallari, Rv. 233044

*clausola consente, anzi impone, di applicare esclusivamente il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie più grave, anche se la stessa ha ad oggetto la tutela di un bene giuridico diverso da quello presidiato dalla disposizione assistita da pena meno severa*¹⁵⁰.

Il problema diviene per la Corte definire in quali casi ci si trovi effettivamente di fronte a un unico fatto; quindi, essa specifica, non assume alcun rilievo la diversità strutturale dei reati di cui all'art. 323 c.p. e 479 c.p., e in particolare il fatto che sia diverso l'elemento soggettivo previsto per l'una e l'altra fattispecie: alla luce della giurisprudenza di legittimità, costituzionale e convenzionale formatasi in materia di ne bis in idem, infatti, l'identità del fatto va valutata con riguardo alla sola *“corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato”*¹⁵¹, sicché può essere preso in considerazione ai fini di escludere tale identità solamente un diverso evento materiale e non un mero evento giuridico, quale un differente contenuto del dolo.

Nella vicenda in esame il fatto di abuso d'ufficio si era esaurito nella condotta di attestare falsamente la positiva conclusione delle pratiche di cancellazioni dei protesti.

E proprio per questo, la decisione della Corte si attesta in linea con la giurisprudenza maggioritaria, ossia nel senso di riconoscere l'assorbimento dell'art 323 c.p., cioè di abuso d'ufficio, nel più grave delitto di falso.

Soffermandoci ancora sulle motivazioni dei giudici di merito, come già accennato, i problemi sorti in relazione alla corretta ricostruzione dei rapporti inerenti ai reati di abuso d'ufficio e di falso in atto pubblico derivano principalmente dall'interpretazione attribuita

¹⁵⁰ Cass. Pen., Sez. VI, n.13849/2017, par. 5.2 e ss.

¹⁵¹ Così Corte cost., 31 maggio 2016 (dep. 21 luglio 2016), n. 200, par. 8

alla clausola di riserva “*salvo che il fatto non costituisca un più grave reato*” contenuta nell’art. 323 c.p.

La questione sollevata dal ricorso del Procuratore Generale, riguarda la possibilità di limitare l’applicazione di tale clausola, nonostante il dettato normativo, ai soli casi in cui la norma incriminatrice considerata prevalente non solo stabilisca un trattamento sanzionatorio più severo, ma sia anche posta a tutela dei medesimi beni giuridici tutelati dal delitto di abuso d’ufficio: e dunque dell’imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, declinati il primo quale interesse a che l’attività amministrativa non sia improntata ad atteggiamenti preferenziali o discriminatori, il secondo quale interesse alla legalità della funzione amministrativa nell’ambito della funzione o del servizio svolto¹⁵². Permanenti dubbi, riguardano l’applicazione delle clausole di riserva c.d. assolutamente indeterminate o relativamente determinate, per meglio dire quelle clausole che dispongono una subordinazione nei confronti non di specifiche figure di reato, ma di qualunque altra norma incriminatrice, oppure di intere classi di reati. È infatti in tali casi, tra i quali rientra, per l’appunto, anche il delitto di cui all’art. 323 c.p., che possono sorgere dubbi circa l’individuazione delle norme rispetto a cui opera la riserva: e, in particolare, appare controverso chiarire se ai fini della subordinazione debba essere accertata o meno l’identità dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie penali in rilievo¹⁵³.

Qualora si ammettesse che una clausola di riserva indeterminata possa operare anche nei rapporti tra fattispecie penali deputate alla tutela di beni giuridici assolutamente distinti e non interrelati, si avrebbero dei risvolti particolari, in quanto non solo potrebbe

¹⁵² In questo senso cfr. C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 417

¹⁵³ S. BERNARDI, *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d’ufficio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 6/2017

comportare un impedimento all'affermazione della teoria che vede la sussidiarietà come principio generale dell'ordinamento, ma una simile subordinazione non troverebbe giustificazione neanche alla luce del principio del *ne bis in idem* sostanziale, che, secondo altra autorevole dottrina, costituisce l'unico principio diverso dalla specialità in grado di regolare il concorso apparente di norme¹⁵⁴.

Nonostante la Corte abbia abbracciato l'indirizzo maggioritario in merito, pare necessario rivolgersi al principio di assorbimento, e a cosa può dedursi alla luce della pronuncia in esame.

Come noto, la Corte Suprema, è restia ad attribuire rilevanza nel nostro ordinamento a criteri regolatori del concorso apparente di norme che siano alternativi al principio di specialità. Al di fuori del principio di specialità, tipizzato dall'art. 15 c.p., e dei casi in cui le stesse norme incriminatrici contengano clausole di riserva, la giurisprudenza sembra schierarsi sempre in favore del concorso di reati.

E se ci si riflette bene, anche nel caso in esame, la Corte, limitando espressamente l'assorbimento ai casi di clausole espresse, impedisce in questo modo che possa ergersi a criterio di sistema.

Tuttavia, anche dove manchi un rapporto di specialità, al di là della presenza di clausole di riserva, può riscontrarsi la necessità di escludere il concorso di reati, nel caso in cui una delle sanzioni da irrogare possa considerarsi eccedente in relazione al fine di proteggere gli interessi alla cui tutela essa è concretamente adibita, già adeguatamente salvaguardati dall'applicazione della sola norma incriminatrice principale¹⁵⁵.

¹⁵⁴ V. F. Mantovani, *Diritto penale. parte generale*, IX ed., Padova, 2015, p. 468 ss.

¹⁵⁵ S. BERNARDI, *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 6/2017

3.1 – Concorso apparente di norme nel crimine transnazionale

La necessaria repressione di fenomeni alquanto allarmanti, quali quello della criminalità organizzata transnazionale per lo smercio di sostanze psicotrope, è costantemente all'attenzione non solo degli ordinamenti interni degli Stati, ma coinvolge tutto l'ordinamento internazionale il quale si configura come comunità degli Stati i quali, quindi, non dovranno atteggiarsi *uti singuli* nella lotta alla criminalità, ma come unione ultranazionale.

Negli ultimi decenni, il traffico di stupefacenti rappresenta una delle attività illecite più redditizie, in particolare per la criminalità organizzata non solo locale, ma anche e soprattutto transnazionale. Il mediterraneo, il fulcro di questo “mercato criminale”, si trova ad essere crocevia di vere e proprie joint ventures criminali la cui finalità è lo smercio di sostanze stupefacenti¹⁵⁶.

Alle prese con tali fenomeni criminali, tuttavia il legislatore e l'interprete nazionale non deve mai dimenticare che non può attuare misure repressive ingiustificate e del tutto sproporzionate.

¹⁵⁶ A riguardo si veda il World Drug Report del 2017 dell'UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). Il testo del rapporto contiene un'analisi dettagliata delle caratteristiche e delle prospettive dei mercati criminali internazionali della droga. Si legge nel testo che “The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism” e si evidenzia che “...despite the transformations in recent decades and a trend towards crime diversification, the drug market continues to play a key role in organized crime activities. In Europe, illicit drugs not only constitute the single largest organized crime market, but also a market that shows a high degree of both collaboration and competition between organized crime groups across national, linguistic and ethnic divisions”.

In particolare, il riferimento è al consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁵⁷ che riconosce concorso formale tra associazione di stampo mafioso, la cui repressione è prevista ex art. 416-bis c.p., e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, la cui disciplina è contenuta nel D.P.R. n. 309/1990 all'art. 74.

Tale meccanismo di automatica duplicazione della risposta penale ad un medesimo ed unico fatto, che qui si rinviene nel fatto associativo, mette in rilievo come ad esser messi in discussione siano, ancora una volta, i principi basilari del nostro ordinamento, in particolare il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale.

In diverse sentenze¹⁵⁸, la Corte di Cassazione ha riconosciuto e confermato la configurabilità del concorso formale tra i due reati sopra citati, basandosi su due elementi fondamentali.

Il primo elemento utilizzato dalla Suprema Corte è di tipo strutturale. Siamo in presenza di due disposizioni che, in base alla loro struttura, si trovano in un rapporto di specialità reciproca, fattore che escluderebbe, secondo il consolidato orientamento delle Sezioni Unite, l'applicabilità dell'art. 15 c.p. e quindi non vi sarebbe prevalenza di una delle due fattispecie sull'altra. Ancora una volta, i Giudici di legittimità utilizzano il ripiego nella trincea del criterio di specialità intesa in senso classico e letterale dell'art. 15 c.p.

¹⁵⁷ Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in C.E.D. Cass., n. 258163. Anche in tale occasione, infatti, la Corte ha confermato il proprio costante orientamento in base al quale "...i reati di associazione per delinquere, generica o di stampo mafioso, concorrono con il delitto di associazione per delinquere dedita al traffico di sostanze stupefacenti, anche quando la medesima associazione sia finalizzata alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti e di reati diversi".

¹⁵⁸ 7 In tal senso si vedano, in particolare: Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 563, Viscido, in C.E.D. Cass., n. 265762; Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in C.E.D. Cass., n. 258163; Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 17702, Di Lauro, in C.E.D. Cass., n. 247059; Cass. Pen., Sez. U., 25 settembre 2008, n. 1149

È chiaro che tale conclusione risulta essere ineccepibile se si effettua un'analisi delle fattispecie con criterio logico-strutturale, e diviene evidente quindi come il reato ex art. 416 c.p. abbia l'elemento specializzante del metodo mafioso rispetto all'associazione dell'art. 74 del D.P.R. 309/1990 e che viceversa, questo preveda rispetto al primo, il fattore specializzante della particolare natura dei reati-fine dell'unione criminale, e che devono essere necessariamente quelli previsti dallo stesso Testo Unico sugli stupefacenti. Nella ricostruzione su tale punto, si registrano diversi pareri affini, in particolare parte della dottrina lo giustifica affermando che si tratta di una *"...situazione un po' anomala dovuta forse ad una carenza di coordinamento tra legge antimafia e legge sugli stupefacenti."*¹⁵⁹. Altra parte della dottrina invece afferma che occorre distinguere *"...il caso in cui il traffico di stupefacenti costituisca il fine dell'associazione mafiosa e venga esercitato all'interno dell'unico sodalizio, mafioso e dedito al narcotraffico, dal caso in cui vi sia un apparato autonomo, sia pure inserito all'interno dell'organismo criminale mafioso e ad esso collegato, volto sistematicamente al narcotraffico. Nel primo caso, il delitto di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 è assorbito nel reato di cui all'art. 416 bis c.p.; nel secondo caso, i componenti del gruppo dedito al narcotraffico che partecipano all'associazione mafiosa, nonché coloro che, all'interno del sodalizio mafioso, gestiscono il narcotraffico, dovranno rispondere di entrambi i reati"*¹⁶⁰.

Il secondo elemento che la Corte di Cassazione utilizza per argomentare la sua posizione, si basa sulla parziale diversità del bene giuridico oggetto di tutela delle fattispecie in esame. Le oggettività giuridiche si sostanziano, nel caso dell'art. 416-bis c.p., nella tutela

¹⁵⁹ TURONE, *il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, pgg. 233 e ss.

¹⁶⁰ LOMBARDI, *Rapporti con altre figure di reato*, in Aa.Vv., *Le associazioni di tipo mafioso*, Romano (a cura di), Milanofiori Assago, 2015, pgg.287 ss.

dell'ordine pubblico messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e omertà che scaturiscono dalla forza intimidatoria dell'organizzazione mafiosa, mentre nel caso dell'art. 74 del T.U. sugli stupefacenti, accanto a siffatto bene, che caratterizza tutte le fattispecie associative, si rileva la protezione della salute individuale e collettiva messa in pericolo dalla diffusione di droghe e sostanze psicotrope¹⁶¹.

Al fine di avvalorare la tesi esposta, la Cassazione offre ulteriori spunti delineando i requisiti sia oggettivi che soggettivi di partecipazione ad entrambe le associazioni criminali.

In una decisione del 2012¹⁶², ad esempio, i Giudici affermano che laddove un soggetto inserito in un determinato contesto criminale si occupi esclusivamente del traffico di sostanze stupefacenti, affinché egli risponda non solo dell'illecito associativo di cui all'art. 74 del T.U. in materia di stupefacenti, ma anche del reato di associazione di stampo mafioso, è sufficiente la mera consapevolezza che il traffico di sostanze psicotrope è gestito dall'associazione mafiosa, in quanto ciò contribuirebbe causalmente alla realizzazione di una delle finalità tipiche del predetto sodalizio¹⁶³.

Tuttavia, in questo caso, si è in presenza della fondamentale circostanza che in queste sentenze i gradi di merito avevano accertato l'esistenza di un unico sodalizio criminale, mentre il *punctum pruriens* rimane immutato, ossia la presenza di un'unica organizzazione, che sembrerebbe reclamare il riconoscimento in capo ai soggetti coinvolti di un solo reato associativo.

¹⁶¹ Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 2005, n. 21956, Laraspata, in C.E.D. Cass., n. 231972

¹⁶² Così Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 36692, Abbrescia, in C.E.D. Cass., n. 253892

¹⁶³ 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, n. 12, pagg. 4372 e ss.

3.2 – Il principio di consunzione come possibile soluzione

Sono quindi evidenti le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale che riconosce pacificamente il concorso formale tra i due reati esaminati in presenza di un'unica impresa criminale.

Ma nel caso in esame emerge in modo particolare il rischio di violazione del *ne bis in idem* sostanziale, in quanto si è in presenza di casi in cui vi sono due distinte associazioni criminali.

Se, tuttavia, non pare possibile rinvenire un rapporto di prevalenza strutturale tra i due reati associativi, in virtù del loro rapporto di specialità reciproca, allargare gli orizzonti per l'applicazione di criteri basati su giudizi di valore, invece che su profili logico-strutturali, potrebbe consentire di individuare una risposta più equa e razionale.

Il criterio di consunzione potrebbe essere quello più idoneo per la risoluzione.

Come noto, tale criterio, è principalmente ricondotto, alle ipotesi in cui “...*la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma e assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto*”, richiamandosi, in particolare, la figura del reato complesso¹⁶⁴. Un'ipotesi, dunque, strutturalmente diversa da quella in analisi, non essendo l'agire associativo con metodo mafioso sempre e necessariamente funzionale alla costituzione anche di un'organizzazione criminale finalizzata alla commissione di reati in materia di stupefacenti, né (e soprattutto) viceversa

¹⁶⁴ In tal senso Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 527. In argomento si vedano anche Masera, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Aa.Vv.*, *Dizionario di diritto pubblico*, Cassese (diretto da), Milano, 2006, p. 1163 ss.; Prodocimi, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, p. 508 ss

la costituzione di quest'ultima associazione ha come sbocco necessario, secondo *l'id quod plerumque accidit*, l'istituzione di un'impresa mafiosa.

Altra autorevole dottrina ha invece ricostruito in termini parzialmente differenti il principio di consunzione, ritenendolo operante in quelle ipotesi in cui tutto il disvalore penale del fatto in concreto si accentra in una sola delle norme che concorrono. Esso si basa sul fondamentale canone di giustizia del *ne bis in idem* sostanziale, per cui nessuno può essere “...punito più volte per lo stesso contenuto sostanziale di illecito”, e su un criterio non logico, ma di valore, in virtù del quale preverrà sempre la norma che prevede il reato più grave¹⁶⁵.

Si deve innanzitutto far riferimento, quindi, non tanto o non soltanto alla “...*stretta identità naturale del fatto*” (che pure nelle ipotesi predette sarebbe ravvisabile essendovi un unico fatto associativo), ma all'identità normativa del fatto concreto “...*rispetto ai fini dell'ordinamento*”, al modo cioè normale di verificarsi del reato (il c.d. illecito sostanziale) che “...*guida il legislatore nello stabilirne il regime penale*¹⁶⁶”. La consunzione, inoltre, in base all'impostazione in parola potrebbe operare anche nelle circostanze in cui vi sia uno sviluppo di violazioni omogenee. E in effetti nelle fattispecie analizzate potrebbero riscontrarsi entrambi gli elementi descritti. Appartiene invero al normale modo di atteggiarsi del reato di associazione mafiosa che esso si ‘proietti’ verso la commissione di reati in materia di stupefacenti. Allo stesso modo, può costituire un normale sviluppo dell'ipotesi di cui al menzionato art. 74 che detta associazione operi

¹⁶⁵ In tal senso Pagliaro, Concorso apparente di norme incriminatrici, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 3, 1392.

¹⁶⁶ Così Pagliaro, Concorso apparente, cit., 1392 ss. In termini parzialmente corrispondenti sul punto v. Fiandaca-Musco, Diritto penale parte generale, Bologna, 2014, 723, i quali fanno riferimento al riguardo al concetto di “...unitarietà normativo-sociale del fatto”.

con metodo mafioso per acquisire il controllo di determinati mercati criminali¹⁶⁷. L'esperienza, infatti, insegna che in determinate zone ad alta densità mafiosa è sostanzialmente impossibile esercitare un ruolo di rilievo nello spaccio di stupefacenti senza avvalersi di una struttura associativa che presenti gli elementi descritti dall'art. 416-bis del codice penale.

Così interpretato il principio di consunzione risulta essere quello che, in casi simili, faccia ritenere configurabile un unico reato associativo, ed in particolare quello punito più gravemente, ossia l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. Questa sembrerebbe l'unica soluzione praticabile al fine di rispettare il *ne bis in idem* sostanziale. E infatti, nonostante il distacco dei Giudici di legittimità sancito con l'inapplicabilità dei criteri di valore in quanto le due fattispecie realizzerebbero due diversi eventi di pericolo che "...non si pongono in rapporto di graduazione di dignità e gravità di offesa ai medesimi beni, bensì in rapporto di diversità di beni giuridici tutelati¹⁶⁸", non può non riconoscersi come i beni giuridici tutelati, sebbene qualche divergenza, abbiano in comune il principale elemento di tutela che si sostanzia nell'ordine pubblico.

¹⁶⁷ BIRRITTERI E., Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno, in Dir. Pen. Con., n. 1/2018, pagg. 174 e ss.

¹⁶⁸ Così Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 1995, n. 11413, Montani, in C.E.D. Cass., n. 203643

4.1 – Omicidio stradale e guida in stato di ebbrezza.

Premessa.

Con sentenza n. 2403 del 2016, la IV Sezione Penale della Corte di Cassazione, esamina l'annosa questione del rapporto tra l'omicidio stradale e la guida in stato di ebbrezza, più in particolare la questione si pone in relazione all'automobilista che si mette alla guida sotto l'influenza dell'alcol provocando un incidente mortale o delle lesioni ad altri individui. Costui risponderà solo dei più gravi reati contro la vita e l'incolumità individuale, per le norme del codice penale, o gli è attribuibile anche l'illecito contravvenzionale previsto nel c.d. codice della strada?

La giurisprudenza, da sempre, ha dato una risposta "imperativa" al quesito in questione: in casi simili si configura un concorso di reati.

Tale impostazione sembra, però, doversi sottoporre a nuove critiche in ragione ed in virtù dell'introduzione nel nostro ordinamento della l. n. 41/2016, e quindi del reato di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, che ha inevitabilmente modificato la fisionomia di base della disciplina in questione.

È chiaro che la Corte si ponga in continuità con i suoi precedenti, in quanto, nel caso di specie, fa applicazione *ratione temporis*, della disciplina previgente la novella legislativa. Contemporaneamente, però, pare lasci intravedere una possibile apertura alla esclusione del cumulo di reati, per una più efficace applicazione della novella legislativa in materia di "criminalità stradale".

4. 2 – Analisi del caso

Nella vicenda in commento, l'imputato era stato condannato sia in primo che in secondo grado perché, guidando in accertato stato di ebbrezza, aveva causato un incidente stradale e provocato la morte di una persona e il grave ferimento di un'altra.

Da qui la condanna, pronunciata all'esito di giudizio abbreviato, alla pena di tre anni e dieci mesi di reclusione per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose aggravati dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale ad opera di soggetto in stato di ebbrezza (con tasso alcolemico oscillante tra 2,46 e 2,34 grammi per litro, cioè superiore alla soglia della ebbrezza c.d. grave) e del reato di guida sotto l'influenza dell'alcol aggravato dalla circostanza di aver provocato un incidente stradale (art. 186, comma 2, lett. c) e 2-*bis*, del codice della strada)¹⁶⁹.

Con ricorso per Cassazione, la difesa, nel caso in questione, ha sostenuto che il divieto di circolazione in stato di ebbrezza, sarebbe già integralmente ricompreso nella figura dell'omicidio colposo aggravato dalla infrazione delle norme stradali, previsto nel codice penale. Logica conseguenza di tale ragionamento sarebbe l'assorbimento del meno grave reato punito dal codice della strada nel più grave punito dal codice penale, configurandosi più correttamente un reato complesso ex art. 84 c.p.

¹⁶⁹ A. CHIBELLI, Omicidio "stradale" e guida in stato di ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile *revirement* (per ora solo rimandato) della Corte di Cassazione, In Diritto Penale Contemporaneo, 6/2017

A supporto di questa tesi, la difesa, inoltre, motiva che, se si ritenesse sussistente il concorso di reati, si violerebbe il principio di ne bis in idem sostanziale, condannando il soggetto più volte per la medesima violazione delle norme sulla civiltà stradale.

La Corte, allo stato dei fatti, respinge l'impostazione ricostruttiva offerta dalla difesa, applicando *ratione temporis*, la disciplina previgente alla novella legislativa.

Proviamo a fare un tuffo nel passato per capire la conclusione cui è pervenuta la Cassazione. Da tempo, infatti, si dedica attenzione alla c.d. criminalità stradale, fin dagli anni sessanta del secolo scorso, il legislatore ha mostrato forte interesse per la materia, effettuando interventi nel testo normativo del codice penale¹⁷⁰.

In un primo momento, introducendo delle specifiche aggravanti per i reati di omicidio e lesioni personali, commessi “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”¹⁷¹, arrivando poi alla previsione di un ulteriore innalzamento del regime punitivo per reati commessi da “soggetto in stato di ebbrezza alcolica” o “sotto l'effetto di sostanze psicotrope”¹⁷².

Tutte figure criminose che cercano di chiudere il quadro, ponendosi a fianco alle già presenti contravvenzioni previste dal codice della strada e dei reati di guida in stato di alterazione alcolica sanzionati agli artt. 186 e 187 del citato codice della strada¹⁷³.

¹⁷⁰ In argomento, si v. F. PICCIONI, *I reati stradali*, Milano, 2017, 426 e segg.; L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI (a cura di) *Reati contro la persona, Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, VII (Estratto), II ed., Torino, 2015, 65 e segg.

¹⁷¹ Legge 11 maggio 1966, n. 296, art. 589, comma 2, art. 590, comma 3, c.p.

¹⁷² Artt. 589, comma 3 e 590, comma 3, secondo periodo, c.p. come modificati dal decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125. Inoltre, Su tale evoluzione normativa cfr., per tutti, E. ANTONINI, *Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale*, in *Criminalia*, 2008, 295 e segg.

¹⁷³ In argomento, v. M. GIARRUSSO - R. TITO, voce “*Circolazione stradale (illeciti)*”, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 260 e segg.; C. ZAZA, voce “*Circolazione stradale II) Disposizioni penali in materia di circolazione stradale*”, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1996, 5.

Ed infine la novella legislativa n. 41/2016, che ha introdotto nel nostro codice penale le due figure autonome di reato regolati dagli artt. 589-bis, rubricato come “omicidio stradale” e 590-bis, rubricato “lesioni personali stradali gravi e gravissime”.

Benché tale riforma sia stata frutto, per lo più, di una forte spinta mediatica e del tessuto sociale in relazione al crescente numero di vittime provocate da condotte di guida imprudente e/o negligente, quel che interessa è che i giudici, proprio alla luce di questa novella, non interpretino o giudichino sull'onda emotiva che casi simili possano comportare; ed ecco perché si tratta di verificare, in questo groviglio normativo, se debba trovare terreno la disciplina del concorso di reati o di concorso di norme.

La dottrina, da un lato, per vie diverse, arriva alla conclusione, per a quale in casi analoghi, non deve trovare applicazione la figura del concorso materiale; alcuni sostengono la via del *ne bis in idem* sostanziale, avallando così la tesi del reato continuato¹⁷⁴; ovvero riconoscendo la sussistenza di un vero e proprio rapporto di genere a specie tra le fattispecie in commento, dove l'elemento specializzante sarebbe da rinvenire nei delitti aggravati dalla violazione delle norme stradali¹⁷⁵; ovvero

¹⁷⁴ C. RUGA RIVA, Omicidio colposo e lesioni colpose, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, Torino, 2008, 78 e seg.; G.L. GATTA, Disposizioni penali del codice della strada, *ivi*, 97; E. ANTONINI, Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale, *cit.*, 319 e seg.; D. D'AURIA, Omicidio colposo aggravato e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 714 e segg.; I. GIACONA, Guida in stato di ebbrezza, irrilevanza della clausola di sussidiarietà e concorso di reati: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza, in *Foro it.*, 2011, 118 e segg.; F. PICCIONI, Nuove e vecchie incertezze sull'omicidio colposo stradale aggravato: reato complesso o concorso di reati?, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2013, 19 e segg.; A. MONTAGNI, Omicidio e lesioni in caso di sinistro stradale, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, diretto da R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2016. 8 Così, già prima delle modifiche introdotte nel 2008, G. A. DE FRANCESCO, Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, *cit.*, 434; F. Mantovani, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, 539 e segg.; *Id.* *Diritto penale. Parte speciale I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 108.

¹⁷⁵ Sul punto, D. POTETTI, Relazioni fra le nuove aggravanti degli artt. 589 e 590 c.p. (d.l. n. 92 del 2008) e gli artt. 186 e 187 c. strad., in *Cass. pen.*, 2011, 1399 e segg.

intravedendo una relazione di sussidiarietà tra le fattispecie in esame, basandosi sulla clausola prevista nell'art. 186, comma 2, del codice della strada, che limita l'applicazione del reato di guida in stato di ebbrezza alle sole ipotesi in cui "il fatto non costituisca più grave reato"¹⁷⁶.

Di diverso avviso la giurisprudenza.

Infatti, come anticipato, con una soluzione interpretativa maturata sotto l'imperio della previgente disciplina e rimasta sostanzialmente inalterata anche dopo la riformulazione degli artt. 589 e 590 c.p. ad opera del d.l. n. 92/2008, la prassi è rimasta immobile nel ritenere che i delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose aggravati dalla violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale concorressero con le contravvenzioni contemplate dalla legislazione complementare¹⁷⁷.

Questo orientamento giurisprudenziale faceva leva su svariati argomenti.

In primo luogo, si escludeva la possibilità di ravvisare un concorso apparente di norme in base al criterio di specialità. E ciò per impossibilità di individuare un rapporto di genere a specie tra le fattispecie disciplinate dal codice penale e quelle previste dal codice della strada. In quanto mentre le prime erano preordinate alla tutela della vita e l'incolumità dei singoli; le seconde erano invece volte a presidiare la regolarità della circolazione e la

¹⁷⁶ I. GIACONA, Guida in stato di ebbrezza, irrilevanza della clausola di sussidiarietà e concorso di reati, cit., 120.

¹⁷⁷ Nella giurisprudenza di legittimità anteriore alle modifiche legislative del 2008, cfr. Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 1979, n. 2608, Schiavone; Cass. pen., Sez. I, 19 maggio 1971, n. 1638, Antonelli (conf. Sez. IV, 22 maggio 1971, n. 1103, Bacci; Sez. IV, 17 aprile 1970, n. 1495, Duranti; Sez. IV, 12 novembre 1969, n. 2883, Gonnelli). Più di recente, all'indomani della legge n. 125/2008, si v. Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012 – 30 novembre 2012, n.46441, Cioni, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2013, 1. In senso analogo, sul punto, si espresse in una risalente pronuncia anche la Corte costituzionale, la quale condivise espressamente quella che definì "la comune interpretazione della dottrina e della giurisprudenza della Cassazione, secondo cui, nell'ipotesi dell'art. 589, comma 2, c.p. non si ha reato complesso ma concorso di reati". Così Corte cost., 2 maggio 1974 - 8 maggio 1974, n. 124, in *Giur. cost.*, 1974, 841.

sicurezza degli utenti stradali. E inoltre perché le prime configurabili come reati di danno a colpa specifica; le seconde come reati di pericolo a colpa generica¹⁷⁸.

In secondo luogo, si negava anche la possibilità di applicare la disciplina del reato complesso. Preminentemente per ragioni letterali: non vi era una perfetta sovrapposibilità dell'ambito soggettivo delle incriminazioni. L'incriminazione era prevista anche per i casi che, di per sé considerati, sarebbero stati privi di autonomo rilievo penale alla luce della disciplina dettata dal codice della strada, con la conseguenza di impedire, sotto questo profilo, l'applicabilità dell'art. 84 c.p.¹⁷⁹

Inoltre, in base a questa ricostruzione, la guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze psicotrope si configurerebbe come azione indipendente ed autonoma, senza un'immediata coincidenza causale con la tipica condotta delle fattispecie delittuose previste dal codice penale: infatti, si sosteneva, la consumazione degli illeciti contravvenzionali ben avrebbe potuto dirsi iniziata prima della consumazione del delitto di omicidio o di lesioni colpose, con l'esito di precludere, anche sotto questo profilo, l'operatività del citato art. 84 c.p.¹⁸⁰

Questo, quindi, lo scenario fino alla novella del 2016; procediamo, quindi, con il periodo post novella legislativa.

¹⁷⁸ Cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2009 – 28 gennaio 2010, n. 3559, Corridori, in Dir. pen. proc., 2010, 714.

¹⁷⁹ Così già Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 1979, n. 2608, cit. Più recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012 – 30 novembre 2012, n. 46441, cit. Di contrario avviso, tra gli altri, F. Mantovani, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, cit., 539.

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012 – 30 novembre 2012, n. 46441, cit. Sul punto, in dottrina, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Manuale di diritto penale Parte generale, cit., 391.

Il primo comma dell'art. 589-bis sanziona, in via autonoma, la condotta di “chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”, prevedendone la punizione con la reclusione da due a sette anni.

Nei commi successivi è invece disciplinata una serie di ipotesi aggravate caratterizzate dalla peculiare rilevanza delle norme cautelari violate¹⁸¹.

Premessi questi dati essenziali sulla riforma, e mutato il panorama di riferimento, la Corte di Cassazione cura di accertare quali siano oggi i rapporti tra l'omicidio colposo aggravato e il reato di guida in stato di ebbrezza. E tale accertamento conduce il Collegio ad un meditato ripensamento della posizione assunta sul punto dalla giurisprudenza.

Il ragionamento della Corte si basa su una comparazione pre e post riforma. Si ha un “restringimento” del soggetto attivo. Mentre nel pre riforma era “chiunque” avesse commesso il fatto “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”, nel post riforma diventa “chiunque si ponga alla guida di un veicolo a motore” in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope”. Ottenendo così una più chiara sovrapposizione, non solo soggettiva ma anche spazio-temporale, tra il fatto punito dal c.p. e quello sanzionato dal codice della strada.

È chiaro, però, che tale apertura non sia applicabile ai casi di specie venendo in rilievo la necessità di rispettare i principi che presiedono alla successione delle leggi penali nel tempo¹⁸².

¹⁸¹ A. ROIATI, L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione, cit., 6 e segg.

¹⁸² Sul punto, per tutti, A. PAGLIARO, voce “Legge penale nel tempo”, in Enc. dir., XXIII, Milano, 1973, 1047 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, Diritto penale - Parte generale, cit., 86 e segg.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Manuale di diritto penale Parte generale, cit., 71 e segg.

Tali regole, come noto, impongono, nel caso di modifica del quadro punitivo previgente, di applicare la disciplina più favorevole al reo ex art. 2, comma 4, c.p. e art. 7 CEDU.

Pertanto, la *lex mitior* deve essere applicata integralmente, in quanto non è ammissibile l'utilizzo di singole parti dell'una o dell'altra disciplina che risultino più favorevoli, altrimenti si creerebbe una *lex terza*, con carattere intertemporale, non immaginata dal legislatore¹⁸³.

E paradossalmente, anche andando ad applicare la nuova disciplina si avrebbe comunque un effetto sfavorevole per il reo, in quanto guardando alle cornici edittali del previgente regime, la cui pena oscillava dai tre ai dieci anni di reclusione, e della novella del 2016, la cui pena oscilla tra gli otto e i dodici anni di reclusione, si verificherebbe anche in questo caso la violazione del principio del *favor rei*.

Sicché la Corte è concorde nell'applicare la previgente disciplina, in vigore all'epoca dei fatti, la quale risultando più mite, rispetterebbe tutte le garanzie dell'imputato e le regole della successione delle leggi penali nel tempo.

Inoltre, oggi tali perplessità sembrano superabili se si compie un parallelismo con la previgente disciplina, dove la non perfetta coincidenza dell'ambito applicativo delle due norme suscitava incertezze esegetiche; infatti, oggi, il maggior livello di tipizzazione della fattispecie appare pienamente in grado di inglobare in sé l'integrale valutazione di disvalore del fatto, sanzionandolo con una pena significativamente inasprita rispetto al passato. Pertanto, all'indomani della nuova formulazione dei delitti di omicidio e di

¹⁸³ A. CHIBELLI, Omicidio "stradale" e guida in stato di ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile revirement (per ora solo rimandato) della Corte di Cassazione, In Diritto Penale Contemporaneo, 6/2017

lesioni “stradali”, sembra stagliarsi all’orizzonte un revirement dell’orientamento giurisprudenziale tendente a ravvisare un concorso di reati tra le fattispecie previste dal codice penale e quelle contemplate dal codice della strada¹⁸⁴.

4.3 – Un revirement, forse, già accolto

Il cambio di rotta, già avviato dalla sentenza appena analizzata, è stato ripreso e rinnovato di recente, prima con un decreto del G.I.P. del Tribunale di Grosseto, e successivamente con la sentenza della IV Sez. Pen. della Cassazione n. 26857/2018.

Nell’agosto 2017, il G.I.P. del Tribunale di Grosseto, con suo decreto disponeva che tra il delitto di omicidio stradale, aggravato ai sensi dell’art. 589-bis, comma 2, c.p. e la contravvenzione di cui all’art. 187 codice della strada, non sussiste un concorso di reati, in quanto il fatto oggetto della contravvenzione è già sanzionato a titolo di circostanza aggravante dall’altra norma incriminatrice più grave.

Ma ciò che conferma questo revirement è la recentissima sentenza della Cassazione, appena citata.

Nei motivi di diritto, si legge che il ricorso dell’imputato è fondato, rispetto alla violazione della disciplina del reato complesso, sulla base della portata del divieto di *bis in idem* sostanziale; questo principio è da ritenersi vero e proprio cardine della civiltà giuridica che trova espressione positiva non soltanto nel divieto di un secondo giudizio

¹⁸⁴ A. CHIBELLI, Omicidio “stradale” e guida in stato di ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile revirement (per ora solo rimandato) della Corte di Cassazione, In Diritto Penale Contemporaneo, 6/2017.

(art. 649 c.p.p.) ma anche nelle norme poste per disciplinare i conflitti positivi di competenza (art. 28 c.p.p. e ss.) e l'ipotesi di una pluralità di sentenze per il medesimo fatto (art. 669 c.p.p.).¹⁸⁵; va precisato che a livello di diritto penale sostanziale analoga esigenza di garanzia è espressa dalle norme variamente invocate dai ricorrenti (artt. 84 e 15 c.p.), che definiscono il reato complesso e che consacrano i tradizionali principi di specialità e di assorbimento (o di consunzione), esplicativi della necessità, avvertita da un moderno ordinamento democratico, di non addebitare all'imputato più volte lo stesso fatto storico, purché esso sia il momento di emersione di una unica contrapposizione cosciente e consapevole (ergo: colpevole) dell'individuo alle regole che disciplinano la vita dei consociati: si tratta del c.d. "*ne bis in idem* sostanziale", che però, come noto¹⁸⁶, ha una portata meno forte di quello processuale, con esso esprimendosi solo una linea di tendenza dell'ordinamento.

Il momento di sintesi, di cui è espressione l'art. 84 c.p., dell'esigenza di non fa ricadere, in altri termini, lo stesso fatto per due volte all'imputato non è disciplinato, però, da regole predeterminate, assolute ed astratte, ma dipende chiaramente dal concreto atteggiarsi delle contestazioni elevate dal Pubblico Ministero, ben potendo accadere che una determinata "vicenda di vita" si atteggi nella modulazione delle accuse da parte del titolare dell'azione penale talora ad elemento costitutivo dell'illecito, talaltra a semplice circostanza aggravante"¹⁸⁷.

¹⁸⁵ In tale senso, Sez. 1, n. 27834 del 01/03/2013, Carvelli, Rv. 255701; Sez. 6, n. 1892 del 18/11/2014, dep. 2015, Fontana, Rv. 230760

¹⁸⁶ Cfr. sul punto la parte motiva di Sez. 4, n. 46441 del 03/10/2012, Cioni, Rv. 253839.

¹⁸⁷ così, volendo, le considerazioni svolte al punto n. 2 del "considerato in diritto", di Sez. 4, n. 16610 del 14/01/2016, Raco e altro.

“In caso di applicazione della nuova legge citata, lo schema del reato complesso potrebbe, in vero, emergere dalla nuova formula normativa, tanto per l'esplicita qualificazione in termini di circostanze aggravanti dei commi dell'art. 589 bis c.p., successivi al primo quanto per la più evidente (anche se non perfetta) coincidenza tra le ipotesi in questione e quelle previste dal codice della strada”¹⁸⁸.

Occorre, quindi, ad avviso del Collegio, dare continuità al condivisibile ragionamento che si è testualmente richiamato, e di cui si è discusso nei precedenti paragrafi, ed affermare che, a seguito della introduzione, L. n. 41 del 2016, ex art. 1, commi 1 e 2, delle innovative fattispecie autonome dell'omicidio stradale e delle lesioni personali stradali gravi o gravissime, non può più aderirsi alla interpretazione, sinora diffusa, secondo cui si ha concorso di reati, e non un reato complesso, in caso di omicidio colposo qualificato dalla circostanza aggravante della violazione di norme sulla circolazione stradale, quando detta violazione dia, di per sé, luogo ad un illecito contravvenzionale¹⁸⁹.

Può quindi affermarsi il seguente principio di diritto: “Nel caso in cui si contesti all'imputato di essersi, dopo il 25 marzo 2016 (data di entrata in vigore della L. n. 41 del 2016), posto alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza e di avere in tale stato cagionato, per colpa, la morte di una o più persone, ovvero lesioni gravi o gravissime alle stesse, dovrà prendersi atto che la condotta di guida in stato di ebbrezza alcolica viene a perdere la propria autonomia, in quanto circostanza aggravante dei reati di cui all'art. 589 bis c.p., comma 1, e art. 590 bis c.p., comma 1, con conseguente necessaria applicazione della disciplina sul reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1, ed esclusione

¹⁸⁸ Così Sez. 4, n. 2403 del 15/12/2016, dep. 2017, Minutillo, sub punti nn. 4 e 5 del "considerato in diritto".

¹⁸⁹ Cfr. Sez. 4, n. 1880 del 19/11/2015, dep. 2016, P.G. in proc. Greco, Rv. 265430; Sez. 4, n. 46441 del 03/10/2012, Cioni, Rv. 253839; Sez. 4, n. 3559 del 29/10/2009, dep. 2010, Corridori, Rv. 246300; Sez. 5, n. 2608 del 15/01/1997, Schiavone, Rv. 141422.

invece dell'applicabilità di quella generale sul concorso di reati". La stessa soluzione dovrà, naturalmente, valere nel caso di guida in stato di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanza stupefacenti o psicotrope (art. 589 bis c.p., comma 2, e art. 590 bis c.p., comma 2).

Così la Suprema Corte dà avvio ad un nuovo percorso, che seppur ancora neonato, sarà sicuramente oggetto di continuità nelle future pronunce in casi analoghi e che mostra la volontà di una apertura a nuovi canoni interpretativi sempre in evoluzione.

5.1 – Bancarotta fraudolenta per distrazione e fraudolenta sottrazione al pagamento delle imposte: Concorso formale o conflitto apparente di norme?

Problematiche in tema di concorso di reati e di conflitto apparente di norme, possono rinvenirsi anche in ambito di reati finanziari e tributari, e in particolare in relazione ai reati di bancarotta fraudolenta distrattiva e sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte.

Per avere una più concreta idea di questa problematica si può guardare ad una recente sentenza della III Sezione Penale della Corte di Cassazione, n. 3539/2015.

Nella vicenda in esame, al ricorrente, imputato in due distinti procedimenti penali pendenti in fasi diverse nel medesimo Tribunale, venivano contestate condotte identiche

ai sensi dell'art. 216, comma 1, n.1) della Legge Fallimentare e dell'art. 11 D.lgs. n. 74/2000. Sulla base del secondo reato, id est di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, veniva disposto con decreto, un sequestro preventivo per la confisca per equivalente.

Avverso tale decreto, l'imputato presentava ricorso per Cassazione, nel quale deduceva, quale oggetto di doglianza, la violazione di legge da rinvenirsi nella configurazione, da parte del Tribunale di primo grado, del concorso formale tra i due reati, anziché del concorso apparente di norme. Lamentando la violazione del *ne bis in idem*, affermava la sola applicazione del più grave reato fallimentare¹⁹⁰.

La cornice entro cui si muove la III Sez. Penale, è basata su due pronunce adottate a distanza di poco più di un mese, nelle quali la V Sez. Penale aveva dato due soluzioni contrapposte.

La prima di dette decisioni aveva concluso nel senso della applicabilità del “principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., in virtù del quale resta integrato il solo reato di bancarotta fraudolenta – trattandosi di più grave reato”, escludendo “la configurabilità del concorso tra i due delitti in relazione allo stesso fatto”¹⁹¹. In quell'occasione, i Giudici di legittimità

¹⁹⁰ È una delle argomentazioni spese nel ricorso introduttivo del giudizio di legittimità nell'ambito del quale è stata resa la sentenza annotata: in quella sede l'imputato aveva dedotto che il procedimento penale per il reato di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 era improcedibile perché era già pendente, nella fase dibattimentale, il processo per bancarotta fraudolenta per distrazione. La suprema Corte non ha affrontato espressamente la tematica, ma, affermando che tra le due fattispecie sussiste un concorso di reati, ha implicitamente confermato la legittimità del duplice esercizio dell'azione penale. Infatti, pur a fronte di una formulazione letterale dell'art. 649 c.p.p. chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico (*idem factum*), il “diritto vivente” esige che vi sia anche una identità del “fatto giuridico” (*idem legale*), ovvero la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati. Orientamento criticato da GALATINI, Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio, in Riv. Dir. e Proc. Pen., 2015, p. 1205 ss.

¹⁹¹ Ha ritenuto che sussista un concorso di reati, oltre alla sentenza in commento, anche Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, in questa rivista, 2012, p. 4251 s. Differentemente Sez. V, 29 settembre 2011, n. 42156, in *DeJure*, ha concluso per l'assorbimento del reato tributario in quello fallimentare.

si erano richiamati all'interpretazione dell'art. 15 c.p. resa da una pronuncia di poco precedente delle Sezioni unite, secondo la quale “in caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle”¹⁹².

Nel senso del concorso formale si era invece espressa l'altra sentenza¹⁹³, cui aderisce anche quella qui in commento.

Per la sentenza che ha sostenuto il concorso apparente di norme, v'erano diversi motivi per i quali era possibile che il reato tributario fosse “assorbito” in quello più grave fallimentare.

In particolare, una prima motivazione si basa sul fatto che le condotte di distrazione, occultamento, distruzione, dissipazione di cui alla legge fallimentare, art. 216 comprendono certamente le condotte di simulazione, ovvero le condotte integranti “atti fraudolenti”, di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000.

¹⁹² Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano, in Cass Pen., 2011, p. 3844, secondo cui i delitti di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74 del 2000) sono speciali rispetto al delitto di truffa aggravata a danno dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.), salvo che dalla condotta di frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni, nel qual caso è possibile il concorso fra frode fiscale e truffa. GIACONA, Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni unite: due pronunzie ambigue, ivi, p. 3845 e ss.; Scarcella, Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni unite c'è frode e frode..., in Dir. Pen. proc., 2011, p. 567 ss.; CACCIALANZA, Le Sezioni Unite escludono il concorso fra reati fiscali e truffa aggravata ai danni dello Stato, in Diritto Penale Contemporaneo, 28 gennaio 2011.

¹⁹³ Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, in C.E.D. Cass., 2012, n. 253479.

Ulteriore elemento a sostegno di tale tesi sarebbe che l'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, nella formulazione precedente alla modifica intervenuta con il decreto legge n. 78 del 2010¹⁹⁴, conteneva una clausola di sussidiarietà espressa («salvo che il fatto costituisca più grave reato»), che, secondo la relazione ministeriale di accompagnamento, aveva proprio la funzione di impedire che il reato di bancarotta venisse applicato congiuntamente all'illecito tributario¹⁹⁵.

Ultima motivazione è che, intervenuto il fallimento, il fisco diventa un creditore come gli altri e pertanto non sussistono motivi per i quali la distrazione a danno del medesimo si debba considerare separatamente e per due volte.

Tuttavia, nell'altra pronuncia, avallata anche da questa in esame, si afferma che le fattispecie di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 e di cui all'art. 216 l. fall. sono strutturalmente diverse sotto vari profili: la prima è un reato di pericolo, la seconda di danno; la prima è a dolo specifico, la seconda a dolo generico; la prima sanziona un numero più ampio di soggetti, cioè qualsiasi contribuente, la seconda un numero più ristretto, ossia l'imprenditore dichiarato fallito. I due delitti starebbero dunque tra loro in

¹⁹⁴ Il fatto giudicato dalla Corte di Cassazione è stato commesso prima della novella effettuata dall'art. 29, comma 4, del d.l. n. 78 del 2010, convertito con modificazioni nella l. n. 122 del 2010. Tale norma ha sostituito l'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 previgente inserendovi il secondo comma (che contiene ora una fattispecie di reato autonoma) e modificando il testo originario del primo comma in tre punti: è stata eliminata la clausola di sussidiarietà espressa; è stata modificata la soglia di punibilità (da cento milioni di lire a cinquantamila euro); è stata prevista una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui l'ammontare delle imposte, sanzioni ed interessi dovuti all'erario sia superiore a duecentomila euro.

¹⁹⁵ Nella relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 74 del 2000 (reperibile in GAMBOGI, La riforma dei reati tributari, Giuffrè, 2016, p. 332 ss.) è scritto che «è stata pure nel frangente inserita, in testa alla formula descrittiva dell'illecito, la clausola di salvezza del reato più grave, riferita soprattutto all'ipotesi in cui il fatto risulti riconducibile al paradigma punitivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale». Analogamente nella Circolare del Ministero delle Finanze n. 154 del 4 agosto 2000, con riferimento all'art. 11 si legge che «la clausola “salvo che il fatto non costituisca reato più grave”, prevista dall'articolo in commento, esclude il concorso con il reato di bancarotta fraudolenta documentale, ritenuto prevalente rispetto all'ipotesi delittuosa in esame».

rapporto di “specialità reciproca”, sicché non potrebbe farsi applicazione dell’art. 15 c.p., che disciplina unicamente le ipotesi di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta.

In ogni caso il Collegio ritiene che sia dirimente la diversità di beni giuridici tutelati dalle due norme. Secondo la suprema Corte il primo reato è volto a sanzionare condotte volte a pregiudicare l’interesse fiscale al buon esito della riscossione coattiva, mentre il secondo protegge l’interesse del ceto creditorio al soddisfacimento dei propri singoli diritti di credito¹⁹⁶. Il che costituisce ulteriore motivo per escludere l’applicabilità dell’art. 15 c.p., che opera solo nel caso in cui gli illeciti riguardino la “stessa materia” ovvero – secondo la giurisprudenza dominante – proteggano gli stessi interessi.

Nel novembre 2015 si è infine pronunciata la III Sezione della Corte di cassazione in commento, la quale, dopo aver espressamente dato conto del contrasto nella giurisprudenza di legittimità, ha ritenuto di non rimettere la questione alle Sezioni unite perché, sulla base delle argomentazioni appena illustrate e pedissequamente ribadite in tale ultima decisione, ha sostenuto l’orientamento secondo il quale è configurabile il concorso tra il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e quello di bancarotta fraudolenta per distrazione¹⁹⁷.

¹⁹⁶ M. GROTTTO, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016, pagg. 4547 e ss

¹⁹⁷ M. GROTTTO, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016, pagg. 4549 e ss.

5.2 – Confronto strutturale tra le fattispecie

5.2.1 – Le condotte

Proviamo ad effettuare un confronto strutturale tra le fattispecie in esame, al fine di capire se sia possibile rinvenire una “stessa materia” come regolata e voluta dall’art. 15 c.p.

La fattispecie di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte sanziona l’“alienazione simulata”¹⁹⁸ o il “compimento di altri atti fraudolenti idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura esecutiva”¹⁹⁹.

L’oggetto materiale di tali condotte sono i “beni”²⁰⁰ di proprietà del contribuente che siano utilmente aggredibili nell’ambito di una procedura di riscossione coatta oppure, secondo una precisazione del legislatore, anche i beni altrui purché però abbiano la medesima caratteristica di “aggredibilità”²⁰¹.

¹⁹⁸ Sono rilevanti tanto la simulazione assoluta, nella quale le parti non vogliono porre in essere alcun trasferimento della proprietà del bene, quanto la simulazione relativa, sia nella forma oggettiva, concernente la causa negoziale o il corrispettivo, che in quella soggettiva, concernente l’identità di una delle parti: ANDREAZZA, sub art. 216. Bancarotta fraudolenta, p. 304 s.; PRICOLO-TRABACCHI, sub art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, p. 264.

¹⁹⁹ PRICOLO-TRABACCHI, Art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, p. 265 s. chiariscono che il concetto residuale di “atti fraudolenti” deve essere letto in termini di omogeneità sistematica con la nozione di alienazione simulata: la norma parla, infatti, di “altri” e comunque l’art. 1, comma 1, lett. g-ter) del d.lgs. n. 74 del 2000 definisce “mezzi fraudolenti” le “condotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà”.

²⁰⁰ Anche se risulta poco approfondito in dottrina il problema se l’oggetto materiale della condotta del reato tributario sia costituito solo dai “beni” o anche dai “crediti”. Al contrario, in tema di bancarotta è pacifico che le condotte tipiche possano avere ad oggetto anche beni immateriali o crediti di qualsiasi specie; ANDREAZZA, Art. 216. Bancarotta fraudolenta, p. 2894 ss.; ROSSI, Illeciti penali nelle procedure concorsuali, Giuffrè, 2014, p. 123 ss.; SOANA, I reati fallimentari, Giuffrè, 2012, p. 82 ss.

²⁰¹ Il riferimento ai beni “altrui” consente di punire anche chi agisca quale legale rappresentante delle società, enti o persone fisiche a cui sia riferibile il debito di imposta: PRICOLO-TRABACCHI, sub art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, p. 262, p. 266.

La norma prevista dalla legge fallimentare di bancarotta fraudolenta per distrazione, invece, sanziona, al primo comma, numero 1), cioè la condotta rilevante per il caso di specie, le condotte di “distrazione”, “occultamento” e “dissimulazione” dei beni dell’imprenditore fallito. È pacifico che per “distrazione” debba intendersi il sottrarre la res ad una finalità predefinita che, nel caso specifico, è quella della garanzia delle passività²⁰².

In questa prima analisi, pare ravvisabile una perfetta sovrapposibilità tra le condotte descritte all’art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 e quelle di cui all’art. 216 l. fall.: l’“alienazione simulata” trova il suo contraltare nella “dissimulazione” mentre gli “atti fraudolenti” ben possono essere ascritti alle categorie della “distrazione” o dell’“occultamento”. Ma quel che conta è che, sia nell’uno che nell’altro caso, tali condotte riducano la garanzia patrimoniale del debitore, con l’unica differenza che nel caso della bancarotta l’effetto pregiudizievole colpisce tutti i creditori mentre nel caso della sottrazione fraudolenta esso attinge solo quel particolare creditore che è il fisco.

5.2.2 – I soggetti attivi

Quanto al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, il soggetto attivo è il contribuente, purché non imprenditore, che abbia un debito per imposte sui redditi o

²⁰² PEDRAZZI-SGUBBI, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, Zanichelli, 1995, p. 54 ss.

IVA superiore alla soglia di punibilità, come affermato nel citato art.11. Infatti, nonostante la norma sembri riferirsi a “chiunque”, risulta evidente che l’“alienazione simulata” e gli “altri atti fraudolenti” saranno “idonei a rendere in tutto in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva” solo quando tale riscossione sia stata attivata o sia comunque attivabile, il che è possibile esclusivamente nel caso in cui l’erario sia a credito verso il contribuente²⁰³. In assenza di un debito tributario l’“alienazione simulata” avrà mera rilevanza civilistica, mentre gli “altri atti” saranno privi dei connotati di frodolenza/idoneità e dunque parimenti atipici.

Quanto al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva, esso può essere compiuto solo dall’imprenditore commerciale che sia stato dichiarato fallito e che, parallelamente, abbia lasciato, insoddisfatti i debiti contratti, totalmente o parzialmente, nell’esercizio dell’impresa. In questa prospettiva, tutti gli “imprenditori commerciali dichiarati falliti” sono anche “contribuenti”²⁰⁴. In base a quanto previsto dagli artt. 51 e 52 l. fall. (principio della c.d. universalità soggettiva) non assume rilievo il fatto che la disposizione penaltributaria appresti una tutela privilegiata a quello speciale creditore che è il fisco. Sopraggiunto il fallimento, infatti, il credito erariale perde la propria specificità ed il fisco viene trattato alla pari degli altri creditori dell’imprenditore fallito.

Logica conseguenza di questa breve analisi, è che una volta che sia intervenuto il fallimento, la qualifica soggettiva richiesta dall’art. 216 l. fall. (“contribuente-imprenditore commerciale fallito”) può essere qualificata come più specifica rispetto a

²⁰³ GAMBOGI, La riforma dei reati tributari, p. 303; PERINI, voce “Reati tributari”, p. 540; PRICOLO-TRABACCHI, Art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, p. 262; M. ROMANO, Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d.lg. 74/2000), in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 1007 s.

²⁰⁴ M. GROTTI, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016, pagg. 4558 e ss.

quella contemplata dall'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 (mero "contribuente"), pertanto, nel caso in esame, il rapporto tra norme evidenzia una specialità unilaterale per specificazione²⁰⁵.

5.2.3 – L'elemento soggettivo

Per l'elemento soggettivo, la fattispecie penaltributaria richiede che il soggetto agisca "al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte", mentre quella penalfallimentare è a dolo generico. Questa prospettiva potrebbe fondatamente sostenere una specialità della prima rispetto alla seconda.

Tuttavia, a ben guardare, la portata selettiva del dolo specifico richiesto dall'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 è almeno in parte mitigata dai requisiti che connotano il fatto tipico. È verosimile, infatti, che chi si rappresenta e voglia il compimento di "atti fraudolenti", oggettivamente idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, sia prevalentemente animato dal fine di sottrarsi al pagamento di imposte.

Sicché, già la sola rappresentazione e volizione di una condotta così connotata (dolo generico) finiscono per comprendere ed assorbire le finalità esplicitate nel dolo specifico.

²⁰⁵ M. GROTTI, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016, pagg. 4549 e ss.

Parte della dottrina, anche se minoritaria, sostiene che l'elemento psicologico del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sia sempre rinvenibile nel dolo specifico e ciò vale anche per le ipotesi contemplate nella prima parte dell'art. 216, comma 1, n. 1 l. fall., per le quali esso non sia espressamente previsto²⁰⁶.

5.3 – Confronto “valoriale” tra le fattispecie

5.3.1 – Il bene oggetto di tutela

Per completezza, accanto all'analisi strutturale delle fattispecie prese in esame, pare necessario effettuare anche un'analisi più valoriale, anche alla luce degli argomenti esposti nei precedenti paragrafi, sulla ricerca e, forse, apertura giurisprudenziale ai criteri valoriali del concorso apparente di norme.

Iniziamo, quindi, con il bene giuridico oggetto di tutela nelle fattispecie in questione.

Con riferimento a questo particolare aspetto, la sentenza della Corte di cassazione n. 3539 del 2015 (depositata a gennaio 2016), in commento, ha affermato che debba essere escluso che le due fattispecie incriminatrici regolamentino la “stessa materia” (così come richiesto dall'art. 15 c.p.), in quanto *“quella fiscale è preposta a sanzionare condotte che pregiudichino l'interesse fiscale al buon esito della riscossione coattiva, quella*

²⁰⁶ ROSSI, Illeciti penali nelle procedure concorsuali, p. 136 ss. Parlano di “dolo arricchito” FIORELLA MASUCCI, Gestione dell'impresa e reati fallimentari, p. 88.

fallimentare l'interesse del ceto creditorio di massa al soddisfacimento dei propri singoli diritti". Pertanto, a detta della Corte, sussistendo diversità di beni giuridici, la conclusione non può che essere quella del concorso di reati. In numerose pronunce di legittimità si è affermato che l'oggetto giuridico del reato tributario è costituito dalla "garanzia generica data dai beni dell'obbligato"²⁰⁷ e che per giungere ad una declaratoria di responsabilità è necessario accertare che la condotta tenuta dal soggetto agente abbia concretamente messo in pericolo siffatta garanzia patrimoniale ovvero che il fittizio impoverimento patrimoniale risulti strumentale alla insoddisfazione delle pretese erariali.

Per ciò che riguarda la condotta tipica, si è specificato che è rilevante a livello penale, l'atto che, ex ante, risulti idoneo, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, e sia volto in modo intenzionale a limitare la capacità patrimoniale del contribuente, ovvero serva a "*vanificare in tutto od in parte, o comunque render più difficile, una eventuale procedura esecutiva*"²⁰⁸.

Sicché può affermarsi che la *ratio* di tutela della fattispecie penaltributaria vada individuata nel fatto che, una volta sorto il debito tributario, il contribuente non può disporre liberamente dei propri beni perché essi, secondo i principi generali della responsabilità patrimoniale, servono a garantirne l'adempimento delle obbligazioni fiscali²⁰⁹.

²⁰⁷ Sez. III, 18 maggio 2011, n. 36290, in Cassazione Penale, 2012, p. 3508 ss., con nota di V. ROMANO, Sulla natura del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ripresa e citata da Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in Cass. Pen, 2015, p. 2590 ss.

²⁰⁸ Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *De Jure*

²⁰⁹ BASSO-VIGLIONE, I reati tributari. Profili sostanziali e processuali. p. 153, individuano il bene giuridico tutelato dalla norma nella "conservazione delle garanzie patrimoniali del contribuente"; GAMBOGI, La riforma dei reati tributari, p. 302 nel "diritto dell'erario alla riscossione delle imposte"; PERINI, voce "Reati tributari", p. 539 nella "tutela della corretta riscossione dei tributi"; PRICOLO-TRABACCHI, Art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, p. 261 nella "conservazione

Pertanto, i beni protetti dalla norma penaltributaria e da quella penalfallimentare risultano affini ed omogenei²¹⁰.

5.3.2 – Possibile configurazione dell'assorbimento

Alla luce di quanto analizzato, è possibile ritenere che il criterio dell'assorbimento possa essere impiegato nel caso di specie per quattro motivi.

In primo luogo, perché come appena visto, i beni giuridici tutelati dall'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000 e dall'art. 216 l. fall., sebbene non perfettamente uguali, sono certamente omogenei e simili: la fondamentale funzione di garanzia in capo al patrimonio del contribuente a beneficio di quello speciale creditore che è il fisco nel primo caso; la funzione di garanzia del patrimonio dell'imprenditore a beneficio di tutti i creditori nell'altro.

In secondo luogo, perché l'interesse tutelato dalla norma penalfallimentare è più ampio e capace dunque di ricomprendere quello tutelato dalla norma penaltributaria.

In terza sede perché il "diritto" per l'erario ad un trattamento privilegiato del proprio credito sussiste fin tanto che l'imprenditore/contribuente sia ancora *in bonis* e viene invece meno successivamente al fallimento. Sicché, lo schiudersi della prospettiva

della garanzia patrimoniale costituita dai beni del contribuente che le condotte di sottrazione fraudolenta pongono immediatamente a rischio".

²¹⁰ Cfr. MANNA, Corso di diritto penale, p. 459, il quale ritiene che il criterio di specialità possa essere impiegato anche quando vi sia una "parziale comunanza di bene giuridico tutelato".

fallimentare fa sì che l'interesse, "speciale", del fisco a soddisfarsi sui beni del contribuente/debitore venga ricompreso nel più "generale" interesse dei creditori a soddisfarsi sui beni dell'imprenditore fallito.

Infine, perché la cornice edittale della bancarotta, che prevede la reclusione da tre a dieci anni, è significativamente maggiore rispetto a quella prevista per la fraudolenta sottrazione al pagamento delle imposte, che va da sei mesi a quattro anni nell'ipotesi base e da uno a sei anni nell'ipotesi circostanziata.

In ragione di tali osservazioni, è possibile ritenere che la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale abbia un disvalore tale da "consumare", o "assorbire", la portata offensiva del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, e quindi, per dirla con Cass., sent. n. 42156 del 2011, "*non si vede perché la distrazione operata in danno del fisco debba essere separatamente considerata, o meglio due volte considerata*"²¹¹.

V'è inoltre da considerare che con D.L. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con l. n. 122/2010, l'art. 11 del D.lgs. 74/2000 è stato modificato con correlativa eliminazione della clausola di salvezza "salvo che il fatto costituisca più grave reato".

Nella previgente previsione, quindi, non si sarebbe integrato il reato, laddove il fatto fraudolento fosse stato riconducibile nell'alveo di un reato più grave, quale, ad esempio, la bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all'art. 216, comma 1, n. 1 del R.D. n. 267/1942²¹².

²¹¹ M. GROTTI, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016, pagg. 4549 e ss

²¹² G. TRINGALI, Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, www.altalex.com

Ecco che riusciamo a collegare l'analisi appena effettuata della sentenza in commento alla disciplina odierna, nel caso in cui il "medesimo fatto" di sottrazione fraudolenta di beni, che potenzialmente potrebbero soddisfare le pretese creditorie dell'Erario, sembri integrare sia la fattispecie di cui all'art. 11 del D.lgs. 74/2000 sia la fattispecie di bancarotta distrattiva.

Sembra opportuno avallare la posizione assunta dalla Suprema Corte per cui la distrazione operata in danno del Fisco non assume - sempre - connotazione autonoma, ma può in taluni casi essere riconducibile al paradigma punitivo dell'art. 216 l. fall., le cui condotte di distrazione, occultamento, distruzione, dissipazione sono comprensive delle condotte di simulazione o integranti atti fraudolenti di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 74 del 2000. In tal caso si applica il principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., in virtù del quale resta integrato il solo reato di bancarotta fraudolenta - trattandosi di più grave reato - e si esclude la configurabilità del concorso tra i due delitti in relazione allo stesso fatto²¹³.

In particolare, il fatto che all'epoca della sentenza in parola la norma di cui all'art. 11 del D.lgs. 74/2000 prevedesse ancora la clausola di salvezza "salvo che il fatto costituisca più grave reato", non cambia la realtà fattuale delle cose, ossia che anche oggi, risulterebbe comunque corretto applicare solo il reato fallimentare. Nella sentenza si procede affermando che la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte è, o per meglio dire, può costituire, un momento di una complessiva strategia distrattiva, volta consapevolmente a danneggiare chi sui beni sottratti avrebbe titolo per soddisfarsi. E, se tale strategia ha come elemento finale il fallimento, ovvero risulti essere avviata in vista di esso, ovvero ancora, se ad essa segue il fallimento, pare poco chiaro perché la

²¹³ Sent. Cit. n. 42156 del 29/09/2011

distrazione operata in danno del Fisco si debba considerare in modo separato, o meglio considerata due volte. E nemmeno i modi con i quali il reato ex art. 11 del D.lgs. 74/2000 può esser posto in essere lo rendono alternativo rispetto alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

In conclusione, volendo aderire alle considerazioni della Suprema Corte, non può esprimersi un concorso formale tra due reati in quanto la condotta risulta essere la medesima, perfino nelle sue modalità esecutive, e identica a è anche la finalità, ossia, di danneggiare i creditori, non potendo far differenza il diverso "statuto giuridico" di uno di essi, vale a dire del Fisco²¹⁴.

6.1 – Una sussidiarietà riconosciuta all’unanimità, tra riciclaggio e favoreggiamento reale

L’orientamento della giurisprudenza, nei casi di riciclaggio e favoreggiamento reale, pare esser concorde nel riconoscere tra le due fattispecie in commento un rapporto di sussidiarietà, venendo quindi in rilievo il solo reato di riciclaggio e non anche quello di favoreggiamento reale.

Al fine di rinvenire questo rapporto, confermato anche dalla più recente giurisprudenza²¹⁵, pare opportuno effettuare una breve analisi dei due delitti.

²¹⁴ N. PIETRAFITTA, Bancarotta fraudolenta e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte: i reati concorrono, Altalex, 3 febbraio 2016, in www.altalex.com

²¹⁵ Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 16819/2018

Per riciclaggio, si intende comunemente, ogni attività diretta a far perdere al denaro oppure a beni o altre utilità economiche di provenienza delittuosa la riconoscibilità della loro origine illecita e/o ad immetterli nel ciclo economico-finanziario, investendoli in iniziative economiche lecite con il pericolo di alterare i meccanismi di mercato.

Attualmente il compito di reprimere i fatti di riciclaggio, nei quali è particolarmente coinvolta la criminalità organizzata, è affidato soprattutto a due norme, che minacciano un'eguale pena edittale: l'art. 648 bis (riciclaggio) e l'art. 648 ter (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), collocati entrambi all'interno del titolo codicistico dedicato ai delitti contro il patrimonio.

Il testo attuale dell'art. 648 bis è il risultato di una graduale dilatazione della fattispecie, stimolata da alcuni atti normativi di fonte internazionale²¹⁶ e prevede che “Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 25.0002.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.”

²¹⁶ Dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, fatta a Vienna il 19.12.1988, a cui è stata data piena esecuzione con la L. 5.11.1990, n. 328, alla Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8.11.1990, a cui è stata data esecuzione con la L. 9.8.1993, n. 328. Proprio questa legge ha contestualmente approvato l'ultima versione, quella vigente, dell'art. 648 bis, oltre che dell'art. 648 ter.

Come noto, il delitto di riciclaggio, ha alle spalle una travagliata storia²¹⁷; la disciplina, infatti ha visto susseguirsi nel corso di pochi anni di distanza, tre versioni dell'art. 648-bis, e ciò al fine di dare piena esecuzione alla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio²¹⁸. La nuova formulazione è stata approvata al fine evidente di adeguare l'incriminazione agli impegni assunti con la Convenzione, che perciò è di indubbia utilità a fini interpretativi.

L'innovazione più importante riguarda il catalogo dei delitti di provenienza dell'oggetto riciclabile, che su questo si riflettono, qualificandolo e specificandolo. Seguendo un suggerimento della Convenzione, per la quale presupposto del riciclaggio può essere qualsiasi reato in conseguenza del quale si formino proventi che possano costituire oggetto. Stando alle interpretazioni date dalla giurisprudenza, per il reato di riciclaggio non viene richiesta l'individuazione tipologia dell'esatto delitto presupposto, e nemmeno l'indicazione precisa delle persone offese, risultando sufficiente che si raggiunga la prova logica della provenienza illecita delle utilità che sono oggetto delle operazioni compiute²¹⁹.

Non è, neppure, necessario che il delitto non colposo presupposto risulti accertato con sentenza passata in giudicato, ma è sufficiente che lo stesso non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo e che il giudice procedente per il reato di cui all'art. 648-bis ne abbia incidentalmente ritenuto la sussistenza²²⁰.

²¹⁷ Cfr. COSEDDU, Riciclaggio: complessità di un "percorso" normativo, In Cass. Pen., n. 10/2010, pagg. 3641 e ss.

²¹⁸ Con L. 9 agosto 1993 n. 328 si è modificato l'art. 648-bis c.p., grazie alla ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990.

²¹⁹ Cass. Pen., Sez. II, 4.2.2015, n. 20188

²²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 13.9.2016-5.1.2017, n. 527

Nel delitto di favoreggiamento reale la condotta consiste nell'aiutare taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, circa “l'assicurare”, autorevole dottrina afferma che debba intendersi rendere definitivo o comunque certo il vantaggio che il reo abbia tratto dal reato²²¹.

Appare, così, *ictu oculi*, presente una certa correlazione tra riciclaggio e favoreggiamento reale. Ma la conferma di questo intrecciato rapporto, può rinvenirsi, andando a ritroso, nella legge²²² che ha modificato, con l'art. 25, la clausola di riserva dell'art. 379 per estendere nei confronti delle nuove fattispecie, in particolare con il delitto di riciclaggio, il ruolo sussidiario del favoreggiamento reale, originariamente limitato ai suoi rapporti con la ricettazione²²³.

Trattenendo l'attenzione sulla clausola di riserva, si nota, quindi, come per espressa previsione del legislatore, il reato di favoreggiamento reale è configurabile solo se il fatto non integra gli estremi dei reati di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (648-bis c.p.) o impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (648-ter c.p.).

La questione più interessante che è stata affrontata dagli interpreti riguarda proprio il rapporto che intercorre tra la fattispecie in esame e le altre figure criminose similari. Si precisa, peraltro, che la questione, si manifesta aperta quanto all'accertamento in sede processuale dell'esatta fattispecie di reato, involgendo la questione l'esatta perimetrazione dell'elemento soggettivo. Il riciclaggio ed il favoreggiamento personale configurano, infatti, un concorso apparente di norme in quanto, pur tutelando differenti

²²¹ Fiandaca, Musco, PS, I, 407

²²² L. 19.3.1990, n. 55

²²³ MUSCATIELLO, Associazione per delinquere e riciclaggio: funzione e limiti della clausola di riserva, in RTDPE, 1996, 97; RUSSO, Rapporto tra il delitto di riciclaggio ed i reati di ricettazione, favoreggiamento reale ed associazione per delinquere, in MANNA (a cura di), Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione immobiliare, Torino, 2000, 127

beni giuridici, il primo punisce condotte specificamente determinate mentre il secondo è un reato a forma libera per la genericità della condotta sanzionata, la quale può anche consistere nei comportamenti tipici del riciclaggio. Il concorso apparente di norme è tuttavia risolto dallo stesso legislatore che ritiene applicabile il favoreggiamento reale solo al di fuori dei casi di concorso del reato e dei casi previsti dagli art. 648, 648-bis e 648-ter. Più precisamente, il delitto di favoreggiamento reale è una figura criminosa sussidiaria rispetto a quella del riciclaggio di denaro di cui all'art. 648-bis c.p.

Pertanto, sul piano ermeneutico, questo nodo è stato sciolto in via univoca e costante dalla giurisprudenza²²⁴.

²²⁴ M. VERRUCCHI, Riciclaggio e favoreggiamento, Exeo edizioni, Collana: Il Penale, 2015, pagg. 108 e ss.

CAPITOLO III

***NE BIS IN IDEM* ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA**

SOMMARIO: 1.1 – Il caso Grande Stevens e la pronuncia 200/2016 della Corte Costituzionale. 2.1 - Profili evolutivi del concorso apparente di norme, le Sezioni Unite su un recente caso in tema di armi. 2.2 - L'orientamento tradizionale della giurisprudenza. 2.3 - Le Sezioni Unite alle prese con nuovi spunti interpretativi. 3.1 – Conclusioni

1.1- Il caso Grande Stevens e la pronuncia 200/2016 della Corte Costituzionale

La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha di recente evidenziato alcuni profili contrastanti dell'ordinamento italiano rispetto al fondamentale diritto del *ne bis in idem*. In taluni casi, la Corte EDU, ha addirittura sottoposto a sanzione il nostro paese e diversi altri Stati per tali elementi contrastanti²²⁵.

Il diritto di *ne bis in idem*, in forza del quale nessuno può essere punito due volte per il medesimo reato, né giudicato nuovamente qualora sia già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza penale passata in giudicato, deve essere oggi inteso come enunciato ed enucleato dalle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come interpretate dalle rispettive Corti citate²²⁶.

In particolare, i contrasti tra la giurisprudenza interna e quella sovranazionale sono sorti dalla nuova concezione di “illecito” e di “sanzione penale”, che inevitabilmente incidono sulla portata del *ne bis in idem*.

²²⁵Corte EDU, sentenza 4 Marzo 2014, Grande Stevens C. Italia; e anche Corte EDU, sentenza 10 Febbraio 2009, Zolotukhin C. Russia

²²⁶ Il riferimento è qui all'art. 4 del Protocollo VII allegato alla Cedu, il quale prevede che “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*”; nonché all'art. 50 della Cdfue, secondo cui “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law*”

La Corte EDU, accoglie una nozione più sostanzialistica di tali termini, che comporta il fatto di inserire nell'alveo delle sanzioni penali anche sanzioni che sono formalmente qualificate in modo diverso dagli ordinamenti interni²²⁷.

Pertanto, le problematiche sono sorte da tale approccio sostanzialistico, e ciò non solo dal punto di vista interpretativo, ma anche dal punto di vista di principi sostanziali e processuali.

In Italia, si è evidenziata la discrasia che riguarda l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non vieta l'applicazione per uno stesso fatto già giudicato con provvedimento penale irrevocabile, di ulteriori sanzioni di natura non penale, ma considerate tali dalla Corte EDU. È possibile che la presunta incompatibilità del citato articolo del codice di rito con la vigente disciplina europea, sia una mera conseguenza patologica del mancato rispetto del principio del *ne bis in idem* sul piano sostanziale, stabilito nella materia del concorso apparente di norme.

La vicenda che ha avuto maggiore eco nel nostro ordinamento è stata la sentenza Grande Stevens C. Italia, emanata dalla seconda sezione della Corte EDU, e che ha condannato il nostro Paese dopo aver ritenuto che la disciplina nazionale in materia di abusi di

²²⁷ Non essendo esplicitamente definita dalla Convenzione, la nozione di "materia penale", è stata elaborata dalla giurisprudenza che ha progressivamente esteso la categoria delle sanzioni che si possono definire "sostanzialmente" penali. Al fine di individuare ciò che rientra nella nozione autonoma di "matière pénale", e di garantirne la relativa uniforme applicazione, sono stati perciò elaborati dalla Corte di Strasburgo gli oramai noti "criteri di Engel" che, a partire dal famoso caso Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, sono stati ritenuti parametri idonei a rivelare la sostanziale essenza penale di un determinato illecito nonostante il *nomen juris* adottato dal legislatore nazionale. La Corte ha ritenuto, quindi, che si debba in primo luogo considerare di natura penale la sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede e che, in mancanza, si debba tener conto della natura dell'infrazione o dell'illecito, o della natura, scopo e gravità della sanzione; criteri, quelli menzionati, tra loro alternativi ma che possono essere utilizzati anche cumulativamente se l'analisi separata di ognuno di essi non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un illecito di natura penale.

mercato, caratterizzata dal c.d. “doppio binario sanzionatorio”, ossia penale ed amministrativo, fosse in contrasto con l’art. 4 del VII Protocollo della CEDU²²⁸.

Tale decisione ha costituito un importante blocco per l'ordinamento nazionale, non soltanto per quanto riguarda al vicenda nella quale è stata assodata la violazione di un diritto di matrice convenzionale ma, più in generale, in visione degli effetti ad ampio raggio che questa sentenza avrebbe potuto avere in tutti i settori contraddistinti da un sistema repressivo di doppio binario, amministrativo e penale, i cui corrispettivi ambiti di applicazione vengono spesso a convogliarsi e ad incrociarsi, senza che ciò sia mai stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore italiano²²⁹. Dopo la pubblicazione della decisione Grande Stevens, pertanto, i giudici e gli interpreti si sono confrontati con il tema relativo alle papabili soluzioni per evitare di incorrere in successive violazioni della Convenzione e dei suoi protocolli in tutte le materie in questione.

La Corte Costituzionale è quindi intervenuta, e con difficoltà, ha cercato di fare chiarezza sulla questione avanzata dalla sentenza Grande Stevens C. Italia nell’ambito del divieto convenzionale di bis in idem.

Nella sentenza del 12 maggio 2016 n. 102 *“La Corte Costituzionale [...] ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell’art. 649 c.p.p., sollevata con riferimento all’art. 117, comma 1 Cost., in relazione all’art. 4 del Protocollo 7 Cedu, nella parte in*

²²⁸ Oggetto della vicenda erano state, in quel caso, condotte sussumibili nella fattispecie di manipolazione di mercato. Essa era stata oggetto prima di una procedura amministrativa per l’illecito amministrativo di cui all’art. 187-ter Tuf – al termine della quale la Consob aveva irrogato pesanti sanzioni pecuniarie e interdittive – e successivamente aveva formato oggetto di un procedimento penale per l’omologo reato di cui all’art. 185 Tuf. La Corte di Strasburgo ha qualificato le sanzioni comminate per l’illecito amministrativo di cui all’art. 187-ter Tuf come sanzioni “sostanzialmente penali” e ha ritenuto afferente alla materia penale la complessiva procedura finalizzata all’accertamento dell’illecito e all’irrogazione di tali sanzioni.

²²⁹ SORBELLO P., Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario, in Dir. pen. cont., 3/2015, 83.

cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi protocolli, rilevando il carattere perplesso della motivazione del rimettente sulla non manifesta infondatezza della questione"²³⁰

In mancanza di un intervento da parte del legislatore, il criterio sostanzialistico scelto dalla sentenza Grande Stevens, ha indotto i giudici nazionali ad elaborare delle soluzioni alternative per prevenire ulteriori violazioni della Convenzione, ed evitare come conseguenza il rischio di un sistematico ricorso alla Corte EDU come giudice di "quarto grado".²³¹

Diverse sono state le alternative a disposizione dell'interprete e da lui prospettate, per risolvere la questione in esame. E, tuttavia, pare che la giurisprudenza non abbia ancora fatto propria una diversa prospettiva, la quale potrebbe eludere il rischio dell'insorgere di ulteriori contrasti tra la normativa interna e il *ne bis in idem* convenzionale. Si tratterebbe di "riportare la tematica nell'alveo dei principi del diritto penale"²³², andando a riprendere il principio del *ne bis in idem* sostanziale che parte della dottrina penalistica ha già da

²³⁰ Corte C., sentenza del 12 maggio 2016 n. 102

²³¹ SORBELLO P., Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario, cit., 98.

²³² MAZZA, L'insostenibile convivenza fra *ne bis in idem* europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari, in Rass. Tributaria, 2015. In tal senso, anche FLICK G.M. - NAPOLEONI V., Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal *ne bis in idem* all'*e pluribus unum*?, in Riv. delle Società, 2015, 893, laddove esprimono: "l'esigenza di privilegiare quei criteri di identificazione delle situazioni di specialità - e, amplius, di concorso apparente di norme - che, rimanendo perfettamente coerenti con le coordinate generali dell'ordinamento, evitino la creazione di aree di potenziale contrasto tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, invece di agevolarla".

tempo elaborato proprio per adempiere ad esigenze di giustizia sostanziale e proporzionalità della pena.

L'attuale sistema repressivo del c.d. "doppio binario", che prevede che un medesimo fatto può costituire ad un tempo illecito penale ed illecito amministrativo e così sottostare a sanzioni penali e sanzioni amministrative, sembra suscitare l'interesse per attenti approfondimenti e valutazioni da un punto di vista prettamente dogmatico, per valutare se nel momento in cui uno stesso comportamento venga perseguito con sanzioni dell'una e dell'altra categoria di illeciti, le quali hanno medesima finalità punitiva, sia contraria ai principi che regolano attualmente la materia penale. La giurisprudenza europea sull'art. 4 del Protocollo 7 CEDU ha sancito nella sostanza, salvo quanto la medesima giurisprudenza ha stabilito a proposito della clausola della "sufficiently close connection in substance and in time" tra le due diverse procedure, la tendenziale messa al bando del suddetto meccanismo del "doppio binario". E ciò tutte le volte in cui la formale sanzione amministrativa possieda i requisiti che connotano la *matière pénale*, come pensata nella visione europea²³³.

In virtù di tali considerazioni, il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo dovrebbe essere forse più correttamente impostato e risolto distinguendo due specifiche ipotesi. La prima ipotesi si configurerebbe tutte le volte in cui, dato come sottostante la finalità diversa delle sanzioni penale da un lato ed amministrativa dall'altra, l'una punitiva, l'altra risarcitoria o reintegratrice, entrambe le norme dovrebbero essere applicate in quanto nessuna delle due ingloba l'intero disvalore del fatto e i diversi scopi da esse perseguiti. La seconda ipotesi, invece, si riscontra in tutti i casi in cui, in funzione

²³³ E. PEZZI, i due volti del *ne bis in idem* alla luce delle influenze europee, in *Archivio Penale*, 2/2018, p. 17.

della principale finalità punitiva delle categorie di sanzioni, il cumulo delle stesse condurrebbe alla violazione del più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, in base al quale nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto. Solo avendo riguardo a tale ultima situazione, sorgerebbe il problema relativo all'individuazione della norma “prevalente”, cioè della disposizione in concreto applicabile tra le due astrattamente utilizzabili in relazione al medesimo fatto, il quale dovrebbe essere risolto facendo ricorso ai tradizionali canoni interpretativi in materia di concorso di norme, cominciando innanzi tutto dal principio di specialità²³⁴.

Pertanto, sembra qui assumere forte rilievo la posizione di chi afferma che la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale potrebbe realizzarsi proprio attraverso una vigorosa valorizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale²³⁵.

È innegabile infatti che dove le norme di diritto sostanziale ammettano la configurabilità di un concorso di illeciti sostanzialmente penali in relazione al medesimo fatto, si definiscono in modo pressoché automatico i presupposti per l'instaurazione di due distinti procedimenti e, di conseguenza, le condizioni per una violazione sistemica del *ne bis in idem* convenzionalmente inteso. Per contro, ove, in accordo con la normativa sostanziale, si configura un solo illecito, per il fatto che questa considera quali ipotesi di concorso apparente di norme la immaginaria sovrapposizione di disposizioni sanzionatorie diverse sul medesimo fatto, tale occasione si tramuta in eventualità “patologica”, ossia limitata al

²³⁴ E. PEZZI, op. cit., p. 19.

²³⁵ Anche se le due declinazioni del *ne bis in idem* – quella sostanziale e quella processuale – sono sorrette da rationes diverse ed operano su piani distinti, è innegabile che detti principi presentino una connessione funzionale. FLICK G.M. - NAPOLEONI V., Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum”, cit.

caso di erronea applicazione del diritto nazionale nella vicenda concretamente presa in esame a seconda dell'occasione.

Senza addentrare l'analisi ai criteri che regolano la materia del concorso apparente di norme occorre in ogni caso rilevare che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, il solo canone ermeneutico adoperabile per decidere in merito alla riconducibilità di uno stesso fatto ad una o più norme incriminatrici è quello della specialità²³⁶, in particolare della specialità in astratto. Tale posizione della giurisprudenza si pone in forte contrasto con quella assunta dalla dottrina maggioritaria che, per soddisfare determinate esigenze di giustizia sostanziale, ha tendenzialmente ampliato, avendo riguardo alla materia *stricto sensu* penale, la sequenza dei criteri utilizzabili, anche solo potenzialmente, per risolvere i sempre più frequenti dubbi sul tema del concorso di norme. Ciò che ha dato l'impulso e l'ispirazione ad alcuni autori nell'elaborazione di criteri ulteriori ed alternativi aventi carattere "valoriale" sta nel convincimento, assai quotato nella dottrina italiana, che il criterio della specialità in astratto non sia oramai sufficiente ad evitare che un soggetto venga ingiustamente assoggettato ad una doppia sanzione in relazione al medesimo fatto.

Fondamentale contributo potrebbe giungere dalla giurisprudenza delle Corti europee. Come punto di partenza non si può non considerare come, nel giudizio relativo alla sussistenza di *bis in idem*, debba esservi necessariamente la valutazione sulla "medesimezza" del fatto. Su tale punto, la Corte EDU ha avuto modo di esprimere il principio secondo cui, per arrivare alla decisione in merito alla violazione del *ne bis in*

²³⁶ MULÀ G., Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme, nota a Cass. Pen., sez. un., sentenza del 28 aprile 2017, n. 20664, in www.giurisprudenzapenale.com, 2.

idem occorre effettuare la verifica dei fatti materiali, fatti per i quali i ricorrenti sono stati giudicati due volte, e che siano identici. Così, vediamo la Corte EDU, nella citata sentenza Zolotoukhin c. Russia, Grande Camera del 2009, riferirsi a “fatti identici o sostanzialmente uguali”; ma anche nella fondamentale pronuncia Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, che parla di identità del “comportamento”²³⁷.

Principio, questo, elaborato quindi dalla Corte EDU, ma ancor prima dalla Corte di Giustizia e che più di recente sembra esser stato accolto dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016.

L’*idem factum* è, pertanto, il principio di diritto che si ricava dalle decisioni delle Corti citate, dove per *idem factum* si intende “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”²³⁸. Le ultime novità sul tema introdotte dalla Corte Edu (Grande Camera) A & B c. Norvegia, con la sentenza del 15 novembre 2016, non erano volte a rivedere o a tornare indietro rispetto alle conclusioni cui si era giunti nella decisione Zolotoukhin e la nozione di *idem* da essa stabilita: la disposizione data a livello convenzionale continua, dunque, ancora oggi, a prendere origine dall’aver compiuto un unico fatto materiale, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica formale.

Si può asserire che l’*idem* legale risulti irrilevante, id est le diverse qualificazioni giuridiche attribuite dall’ordinamento ad un medesimo fatto, e che emerga, invece, la

²³⁷ Corte Edu, sentenza Zolotoukhin c. Russia, Grande Camera del 10 febbraio 2009; Corte Edu, sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014; altre in questo senso sono le sentenze Nikanen c. Finlandia del 20 maggio 2014 e Lucky Dev c. Svezia del 27 novembre 2014, nelle quali l’*idem factum* si definisce come “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.

²³⁸ Principio enunciato dalle sentenze in nota 13

propensione a credere che le considerazioni di carattere normativo non possono e non devono incidere sulle garanzie degli individui.

Occorre chiedersi se la prospettiva europea finora analizzata, e che ha trovato un seguito nella giurisprudenza interna in tema di *ne bis in idem* “processuale”, sia idonea, sul piano “sostanziale” a scalfire la classica concezione della giurisprudenza nazionale in relazione al principio di specialità. Sull’onda della giurisprudenza europea, con riguardo a tale profilo, parrebbero delinearsi due diverse posizioni dottrinali. Alcuni autori, rafforzando il concetto dell’autonomia del *ne bis in idem* processuale rispetto al *ne bis in idem* sostanziale, in regola con le diverse finalità cui i due principi sono volti, giungono a sostenere la validità e, di conseguenza, la piena efficienza del criterio dell'*idem factum* solo per ciò che concerne la versione “processuale” del divieto. Più in particolare, alla luce della richiamata giurisprudenza di Strasburgo, il principio del *ne bis in idem* determinerebbe l'impossibilità di incardinare un secondo procedimento non solo quando uno stesso fatto sia relativo ad una sola fattispecie incriminatrice che si vorrebbe nuovamente accertare, ma anche nei casi di concorso formale, in cui la legge sostanziale prevede, per uno stesso fatto, il cumulo sanzionatorio. Secondo questa tesi, ragionando in termini diversi, sembrerebbe derivare dalla giurisprudenza convenzionale il principio secondo cui, nonostante i numerosi risvolti penali o amministrativo-punitivi in relazione ad un unico fatto concreto, il rispetto dell’art. 4 Prot. 7 CEDU imporrebbe l’esigenza di uno sviluppo complessivo dei medesimi, andando al di là dal fatto che essi possano essere

più o meno sviluppati in completa autonomia rispetto alla qualificazione normativa. Nessun effetto, invece, ne discenderebbe sul piano del diritto sostanziale²³⁹.

Altri interpreti²⁴⁰, invece, stante la rinnovata attenzione alla manifestazione concreta del fatto, hanno messo in dubbio la convinzione della validità del criterio della specialità in astratto utilizzato dalla giurisprudenza interna. I dubbi su queste diatribe interpretative potrebbero, forse, diradarsi effettuando una lettura più oculata delle opinioni dissenzienti dei giudici del caso Grande Stevens: in tali dissenting opinions i giudici si riferiscono al principio di specialità, ex art. 9 l. n. 689/198 come “garanzia preventiva” rispetto ad una eventuale rischio di duplicazione sanzionatoria, e sostengono, a livello implicito, che avrebbero dovuto applicare quel principio nel caso di specie²⁴¹. La conseguenza di tale conclusione, di cui non si fa un espresso riferimento nel testo della sentenza, ma che i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque pubblicano nelle predette opinioni dissenzienti, pare evidente ed esplicativa: nella visione sovranazionale, europea, nello specifico, non è pensabile tendere per una visione formale ed astratta della specialità. Il fulcro dell'attività di raffronto tra norme, operata dal giudice al fine di individuare la disposizione

²³⁹ MULÀ G., Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme, cit., 10; G. RANALDI E F. GAITO, Introduzione allo studio dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, in Archivio Penale, 1/2017, pg. 11

²⁴⁰ D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., Reati tributari e sistema normativo europeo, Milano, 2017, 664; MAZZA O., L'insostenibile convivenza fra il *ne bis* europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari, in Rass. trib., 2015, n. 6, 1537 e ss; DOVA M., *Ne bis in idem* e reati tributari: a che punto siamo?, in Dir. pen. cont, 9 febbraio 2016, pg. 15

²⁴¹ A parere dei due giudici certamente si sarebbe dovuti giungere, nella vicenda oggetto di esame, all'applicabilità del già citato criterio della *lex specialis*, considerato che gli elementi aggiuntivi previsti nella fattispecie penale, e non anche in quella amministrativa (alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari e presenza del dolo), «non sono altro che elementi specializzanti rispetto alla fattispecie generale di manipolazione del mercato prevista all'art. 187-ter Tuf», fatta oggetto di accertamento nelle due distinte sedi penale e amministrativa. PENCO E., Il principio di specialità amministrativa, in Dir. pen. cont., 3/2015, 68, nota 22.

applicabile nel singolo caso, deve in ogni caso individuarsi nel fatto concreto, che si erge a criterio guida nell'analisi interpretativa delle norme astratte *lato sensu* punitive.

Particolare attenzione sarebbe da porre al primo passaggio di tale metodologia interpretativa, ossia la verifica della sussistenza di uno “stesso fatto”, passo preliminare e necessario per l'individuazione di un concorso apparente di norme, e dunque per l'operare del principio di specialità²⁴². Con la posizione assunta dalla Corte europea a favore dell'*idem factum* non sarebbero più possibili irragionevoli valutazioni normative volte a “spezzettare” la condotta tipica, dalle quali far discendere, sul piano giuridico, differenze che non trovano riscontro nei fatti reali. In accordo con questa impostazione, dinnanzi ad uno stesso fatto materiale, una la norma utilizzabile sarebbe una soltanto, ed una la corrispondente sanzione.

Tenendo conto di quanto detto, il principio di specialità, nella sua materiale applicazione, costituisce un istituto-fulcro in base al quale valutare la tenuta dei rapporti intercorrenti tra il sistema normativo nazionale e quello convenzionale. È necessario che “*quella tensione al fatto, che già caratterizza la dimensione del ne bis in idem processuale di cui all'art. 649 c.p.p., coinvolga anche l'omologa prospettiva sostanziale, entro la quale – come visto – la specialità si pone quale presidio preventivo rispetto ai rischi di duplicazione sanzionatoria*”²⁴³. Interpretato diversamente il principio di specialità si presta ad esser considerato quale escamotage per eludere l'applicazione della garanzia convenzionale oggetto di trattazione.

A livello nazionale, la Corte Costituzionale mostra un forte interesse verso il principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, interesse che è stato manifestato nella

²⁴² PENCO E., Il principio di specialità amministrativa, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 luglio 2016, 3/2015, pg. 69

²⁴³ PENCO E., Il principio di specialità amministrativa, *cit.*, 68

pronuncia n. 200/2016²⁴⁴. Con tale sentenza, la Corte, nel pronunciarsi favorevolmente alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ha anche chiarito alcuni dubbi interpretativi sul tema della valutazione dell'identità del fatto, in particolare avendo riguardo all'art. 117 Cost. ed all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, nella parte in cui si *“limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico”*.

Il Giudice delle leggi, fa leva sulle seguenti argomentazioni. In primo luogo, dopo aver verificato che i giudici europei, escludono ogni rilevanza dell'idem legale, si avvia a considerare non giusto il dato oggettivo secondo cui il concetto di idem factum convenzionale sarebbe circoscritto alla sola “condotta” posta in essere dall'agente. Pertanto, dopo aver richiamato i propri precedenti relativi al dovere dei giudici italiani di trarre dalla giurisprudenza “consolidata” di Strasburgo il contenuto delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli che fungono da parametro interposto nel giudizio di legittimità rispetto alle norme costituzionali per effetto del disposto dell'art. 117 Cost.²⁴⁵, la Corte ha affermato che una valutazione del “medesimo fatto” che tenesse in considerazione la sola condotta dell'agente non sarebbe in linea con il contesto normativo che discende dall'interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 della CEDU fornita dalla Corte EDU. Affermano invece i giudici delle leggi che *“né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhin contro Russia, né le successive pronunce della Corte EDU recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di bis in idem, con*

²⁴⁴ PULITANÒ D., La Corte costituzionale sul *ne bis in idem*, in Cassazione Penale, n. 1/2017, 70

²⁴⁵ Il riferimento è alle sentenze c.d. “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, nonché la più recente pronuncia n. 49/2015.

esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato [...], in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima", naturale conseguenza è che *"vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore alla sola dimensione materiale"*. Dunque, la Corte Costituzionale, nel ricostruire la nozione di *idem factum* convenzionale, arriva ad includere nella stessa, oltre alla condotta, anche l'evento e il nesso causale, arrivando così a dettagliare la nozione tradizionalmente accolta dalla Corte Edu quale *"insieme di circostanze fattuali inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio"*²⁴⁶.

La sentenza della Corte Costituzionale, ora esaminata, quindi affronta incidentalmente il problema relativo all'influenza del sistema CEDU sui criteri in materia del concorso apparente di norme. Ma anche solo questa incidentale trattazione permette di fare due considerazioni.

La prima è relativa all'esistenza, data per assunta, di un criterio di "assorbimento" ai sensi del quale l'interprete, nell'affrontare il concorso di norme, dovrebbe considerare se tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro. La seconda considerazione prende le mosse da quanto precede per di più dalla richiamata giurisprudenza della Corte EDU. Si tratta di comprendere se, nel tentativo di garantire una applicazione completa e conforme della regola del *ne bis in idem*, non risulti conveniente accordare una legittimazione ufficiale ai criteri ermeneutici

²⁴⁶ L. DELBONO, Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 2, pg. 17.

dell'assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto. Il criterio di specialità in astratto utilizzato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, infatti, fondandosi esclusivamente sul confronto delle fattispecie normative che di volta in volta vengono in rilievo nelle singole situazioni concrete, trascura la dimensione storica del fatto e restringe l'operatività del concorso apparente di norme in favore del concorso di reati²⁴⁷.

L'orientamento richiamato dalla giurisprudenza, costituzionale e convenzionale, sembrerebbe quindi volto a portare nuova linfa ai suddetti canoni ermeneutici. Difatti, giudizi incentrati sulla manifestazione concreta del fatto risulterebbero maggiormente idonei a scongiurare l'eventualità di una doppia punizione dell'agente in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. I principi di sussidiarietà, di assorbimento, o di specialità in concreto, esaminando primariamente la dimensione "storica" del fatto, dilatano l'ambito in cui concorso apparente possa operare: stiamo parlando di criteri che originariamente erano stati elaborati proprio per evitare che un fatto, riconducibile nella sua visione concreta sotto più fattispecie, potesse essere punito in base ad ognuna di esse, andando oltre al rapporto strutturale intercorrente tra le relative disposizioni punitive che le prevedono²⁴⁸.

Su tale questione hanno preso espressamente posizione, più di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴⁹, che hanno escluso la rilevanza dei criteri di assorbimento e sussidiarietà ai fini della valutazione circa la sussistenza di un concorso apparente di norme, in quanto criteri basati su un'indagine relativa al fatto storico. Senza entrare nel dettaglio della sentenza, che è già stata trattata precedentemente, gli ermellini, a sostegno

²⁴⁷ MULÀ G., Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme, cit., 8.

²⁴⁸ MULÀ G., op. cit., 9.

²⁴⁹ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664.

della propria consolidata e storica posizione, argomentano che, sia la giurisprudenza convenzionale sia quella costituzionale interna condividono l'idea che la regola del *ne bis in idem* convenzionale produca effetti in una dimensione non sostanziale ma meramente processuale. Ne consegue che i principi costituzionali e l'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU non imporrebbero che ad un fatto consegua un'unica sanzione, dovendosi escludere soltanto che un soggetto possa rispondere dello stesso fatto in due diversi procedimenti, perché ciò finirebbe per far percepire come provvisoria la libertà personale dell'individuo e, di fatto, renderebbe tendenzialmente perpetuo lo *ius puniendi* statale. Al contrario, seguendo questa impostazione, non si potrebbe invece evincere, dai principi sopra esposti, l'assunto in base al quale la commissione di un fatto riconducibile, a livello astratto, a più d'una fattispecie comporti la necessità di una sola punizione; con tale chiave di lettura, infatti, scaturirebbe l'illegittimità costituzionale delle norme sul concorso formale (art. 81, comma 1 c.p.). Secondo la Suprema Corte, in estrema sintesi, la natura processuale del divieto del *ne bis in idem* non consente che dalle evoluzioni interpretative del medesimo si possano far discendere ulteriori effetti in relazione ad istituti di diritto penale sostanziale, anche in ragione del fatto che tali effetti contrasterebbero con quanto sostenuto da una consolidata giurisprudenza di legittimità che, sul punto, non ha mostrato sino ad ora aperture in tal senso. Ne consegue che è certamente possibile valutare una fattispecie alla luce di tutte le disposizioni penalmente rilevanti messe a disposizione dall'ordinamento, fintantoché il relativo accertamento sia compiuto in un unico procedimento. Inoltre, le Sezioni Unite esplicano i motivi che stanno alla base del solo accoglimento del criterio di specialità, richiamando dei propri autorevoli precedenti secondo cui *“i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in*

particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale"²⁵⁰.

È, dunque, la premura di custodire i principi di determinatezza e tassatività che muoverebbe i supremi giudici a preservare il criterio di specialità nonostante il revirement avviato da Strasburgo. Ad ogni modo, parte della dottrina ha contrariamente sostenuto che l'assunto richiamato dalle Sezioni Unite, che vede i criteri di assorbimento, sussidiarietà e consunzione come incompatibili con il canone della legalità in materia penale, non risulti pienamente soddisfacente né persuasivo²⁵¹.

Vari argomenti sono portati a sostegno di tale non persuasività delle motivazioni della Cassazione.

Un primo argomento si rinviene nel fatto che, in questo modo, l'applicazione del principio di legalità, anziché porsi a tutela del cittadino, produrrebbe effetti in *malam partem*, nel senso che andrebbe ad allargare il numero degli illeciti dei quali un soggetto può essere chiamato a rispondere. Inoltre, non fondato sarebbe anche l'assunto secondo cui tali criteri risultino sprovvisti di una base normativa, atteso che il numero non poco rilevante delle clausole di riserva espressa, consente di risalire a veri e propri "principi interpretativi generali". Ulteriori appigli normativi possono inoltre ricavarsi da una lettura sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 84, 61, 62 e 68 c.p. L'applicazione dei criteri "valoriali" appena richiamati, infine, meglio si coordinerebbe con il principio fondamentale di proporzionalità della sanzione, espressamente riconosciuto dall'art. 49.3 della CDFUE e

²⁵⁰ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664.

²⁵¹ FINOCCHIARO S., Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione, in Dir. pen. cont., 8 maggio 2017.

implicitamente desumibile anche dall'art. 3 CEDU²⁵², nonché recentemente ricollegato dalla Consulta agli artt. 3 e 27 Cost²⁵³. Pertanto, dovrebbe ritenersi che l'applicazione dei criteri “valoriali”, quali canoni ermeneutici per risolvere conflitti tra norme, siano compatibili con il principio di legalità in materia penale.

Preso atto di una sostanziale convergenza di posizioni circa l'insufficienza del criterio di specialità a disciplinare tutti i casi di concorso apparente di norme, sembra auspicabile un revirement della giurisprudenza interna in materia. Ostacolando il riconoscimento di ulteriori canoni interpretativi diversi dalla specialità risulta evidente ed irragionevole il richiamo in *malam partem* del principio di legalità, dovendosi considerare, peraltro, che a favore di canoni valoriali, propende il principio di proporzionalità della sanzione punitiva, previsto a livello costituzionale, euro-unitario e convenzionale. La presenza di molteplici dati normativi e sistematici in tal senso, da tempo evidenziati dalla dottrina, inoltre, non può che rafforzare l'idea secondo cui i criteri diversi dalla specialità in materia di concorso tra norme, rappresenti non già un'ipotesi eccezionale, bensì un principio generale del nostro sistema giuridico.

²⁵² Il principio di proporzionalità è stato inoltre recentemente valorizzato dalla sentenza della Grande Camera A e B. c. Novergia, quale ratio sottostante al divieto di bis in idem di cui all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu

²⁵³ VIGANÒ F., Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in Dir. Pen. Con., 2/2017.

2.1 – Profili evolutivi del concorso apparente di norme, le Sezioni Unite su un recente caso in tema di armi.

Con sentenza 41588 del 22 Giugno 2017, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno offerto dei fondamentali spunti interpretativi sui criteri ermeneutici che possono guidare l'interprete nella risoluzione di casi relativi ai rapporti tra fattispecie incriminatrici.

L'attenzione dei giudici di legittimità, stavolta, si è rivolta ad un particolare caso in tema di armi.

Nello specifico, la Corte, nella sua massima composizione ha affrontato la problematica relativa alla possibile configurazione di un concorso formale o concorso apparente di norme tra i reati di porto in luogo pubblico di arma clandestina e porto in luogo pubblico di arma comune da sparo.

La prima figura delittuosa, regolata dagli artt. 2 e 23 della l. n. 110/1975, prevede che “Sono considerate clandestine:

- 1) le armi comuni da sparo non catalogate ai sensi del precedente art. 7;
- 2) le armi comuni e le canne sprovviste dei numeri, dei contrassegni e delle sigle di cui al precedente art. 11. [...] Chiunque detiene armi o canne clandestine è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire centomila a lire un milione. Si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e la multa da lire centocinquantamila a lire un milione e cinquecentomila a chiunque porta in luogo pubblico o aperto al pubblico armi o canne clandestine. La stessa pena si applica altresì a chiunque cancella, contraffà o altera i numeri di catalogo o di matricola e gli altri segni distintivi di cui al precedente art. 11.”

In ordine al secondo reato, si rinviene nella l. n. 895/1967, come modificata dalla l. n. 497/1974, che è punito con reclusione e multa "Chiunque illegalmente detiene a qualsiasi titolo le armi o parti di esse, le munizioni, gli esplosivi, gli aggressivi chimici e i congegni indicati nell'articolo precedente" e "Chiunque illegalmente porta in luogo pubblico o aperto al pubblico le armi o parti di esse, le munizioni, gli esplosivi, gli aggressivi chimici e i congegni indicati nell'articolo 1".

Nel caso di specie vengono in rilievo entrambe le discipline in quanto l'imputato, era stato sorpreso mentre stava per accedere in una zona aeroportuale con una pistola a salve, che aveva sottoposto a modifica al fine di farla risultare idonea all'impiego di munizioni letali, rendendola così arma clandestina ai sensi dell'art. 23 l. n. 110/1975.

In primo e secondo grado, l'imputato è stato condannato per entrambi i reati, menzionati pocanzi, in quanto ritenuti in concorso formale tra loro ex art. 81 c.p.²⁵⁴.

La Corte d'Appello aveva confermato la sentenza di primo grado, in quanto non aveva riconosciuto l'assorbimento del reato di porto in luogo pubblico di arma comune da sparo nel secondo, riconoscendo una diversità tra le due fattispecie in relazione sia agli elementi strutturali, sia in relazione agli interessi protetti.

L'imputato presentò ricorso per Cassazione, in quanto a suo giudizio sussisterebbe un rapporto di specialità, in forza dell'art. 15 c.p., tra le due fattispecie, in particolare, l'elemento specializzante sarebbe da rinvenirsi nella clandestinità dell'arma.

La Prima Sezione della Suprema Corte, ritenendo necessario prevenire un potenziale contrasto interpretativo, rimette la questione alle Sezioni Unite, con il seguente quesito:

²⁵⁴ D. 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2017, p. 242 e ss.

è possibile rinvenire tra le due fattispecie un concorso formale di reati o un concorso apparente di norme?

2.2 – L’orientamento tradizionale della giurisprudenza

Sin dagli anni '70 dello scorso secolo, la giurisprudenza di legittimità ha sempre sostenuto la configurabilità di concorso di reati tra le due fattispecie in discorso, per due ragioni, riprese dalla Corte d'Appello, e che sono state oggetto di esame e di superamento da parte della Cassazione medesima.

Il primo motivo, che si ritrova nelle passate pronunce giurisprudenziali sul tema, si basa sulla diversità del bene giuridico tutelato dalle leggi citate. In particolare, per la l. n. 895/1967 (sostituita attualmente con l. n. 497/1974) in tema di armi comuni da sparo, si soddisferebbe l'esigenza di porre l'autorità in grado di conoscere con tempestività l'esistenza di armi, i luoghi ove queste si trovano e i soggetti che ne hanno il possesso.

Mentre per la l. n. 110/1975, il bene giuridico sarebbe rinvenibile nell'esclusione in modo assoluto della presenza nel territorio dello Stato, di armi prive di segni o contrassegni di identificazione e tutelare quindi l'interesse della pubblica amministrazione a che tutte le

armi esistenti sul nostro territorio nazionale siano controllate e munite dei prescritti segni di identificazione²⁵⁵.

Proprio in virtù di ciò, anche la più recente giurisprudenza non aveva avuto dubbi sulla inapplicabilità dell'assorbimento, posta la diversità di interessi protetti dalle norme incriminatrici²⁵⁶.

Il secondo motivo per il quale la giurisprudenza aveva ritenuto non applicabile l'assorbimento, si basava sulla evidenziazione di una diversità tra le condotte.

²⁵⁵ G. SERRA, Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi, In *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2017.

²⁵⁶ “che, nelle disposizioni dettate dalla L. n. 895, del 1967, si identifica con l'interesse a che l'autorità di pubblica sicurezza conosca l'esistenza delle armi, i luoghi ove sono custodite e l'identità delle persone che ne hanno la disponibilità, nonché ad impedirne la circolazione non consentita in luoghi pubblici; mentre, nella norma prevista dall'art. 23 della L. n. 110 del 1975, si concretizza nell'interesse al controllo delle armi attraverso le sigle, i numeri ed i segni sulle stesse punzonate”, Così Cass. Pen., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45903. Cfr. altresì chiaramente sul punto Cass. Pen., Sez. I, 21 dicembre 1982, n. 5224, nonché Cass. Pen., Sez. I, 16 febbraio 1988, n. 4862, che afferma che “la norma contenuta nel citato art. 23 legge n. 110 del 1975 mira a garantire la facile ed immediata controllabilità dell'arma ai fini di un pronto riconoscimento della sua provenienza, mentre le norme relative alla denuncia delle armi e alla licenza di porto d'armi sono dettate perché l'autorità di P.S. possa avere tempestiva conoscenza delle persone che detengono le armi e che sono autorizzate a portarle fuori della propria abitazione”.

2.3 – Le Sezioni Unite alle prese con nuovi spunti interpretativi

Da tempo, le Sezioni Unite, aderiscono all'impostazione monistica, relativamente al concorso apparente di norme, per la quale l'unico criterio per risolvere i conflitti tra fattispecie incriminatrici è quello sancito dal legislatore nell'art. 15 c.p.²⁵⁷

La sentenza presa in considerazione ricalca questo orientamento, ponendosi in stretta continuità con questo. E nel richiamare i propri precedenti, afferma che per vedere rispettato il principio di legalità è necessario considerare il criterio di specialità quale “*criterio euristico di riferimento*”.

Inoltre, la sentenza, richiamando sempre i precedenti ricorda come “*l'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per “stessa materia” deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità*”²⁵⁸.

²⁵⁷ Vale qui solo ricordare che, a fronte di una tesi c.d. monistica, per la quale l'unico criterio atto a regolare il concorso apparente tra norme sarebbe quello di specialità ex art. 15 c.p. (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 459 e ss.), le tesi c.d. pluralistiche ritengono di poter affiancare ad esso ulteriori e diversi criteri, ritenuti necessari in ragione della ritenuta inidoneità del solo criterio di specialità a soddisfare ragioni equitative e di giustizia sostanziale, in ragione della necessità di illuminare il reale perno attorno a cui deve ruotare l'indagine dell'interprete, i.e. il disvalore del fatto concreto, per comprendere la reale portata della meritevolezza della sanzione. E così sono stati sviluppati il criterio della sussidiarietà (cfr. A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954), quello della consunzione (A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 e ss.), dell'assorbimento (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, 636). In tema si v. altresì G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, 381 e ss. In chiave ricostruttiva delle diverse posizioni vedi anche D. CAPPUCCIO, *Il concorso apparente di norme*, in *www.lexfor.it*.

²⁵⁸ (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi; Sez. U., n. 1963 del 28/20/2010, Di Lorenzo.)

Ma ciò che risulta interessante è il fatto che le Sezioni Unite vanno oltre, cercando di chiarire in generale il parametro entro cui poter rinvenire un concorso apparente di norme. Nella sentenza si può leggere infatti che il criterio di specialità deve essere letto e applicato in senso logico-formale, in quanto il presupposto per una convergenza di norme risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, e alla cui verifica deve procedersi con un confronto strutturale, attraverso la comparazione degli elementi costitutivi di reato, e ciò al fine di poter rendere applicabile l'art. 15 c.p.

Si chiarisce inoltre, come al fine di valutare il rapporto tra fattispecie si debba considerare il fatto storico-naturalistico e non la sua qualificazione giuridica.

A tale proposito, i giudici si avvalgono delle recenti coordinate ermeneutiche fornite sul punto dalla sentenza n. 200/2016 della Corte Costituzionale²⁵⁹.

Pronunciandosi con questa sentenza, i giudici delle leggi fanno riferimento al divieto di doppio giudizio a carico di un imputato per il medesimo fatto di reato.

Risulta necessario capire quali siano le affinità tra la sentenza in commento e il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale effettuata dalle Sezioni Unite, in quanto se nella sentenza in commento si parla di una situazione sostanziale, “statica”, relativa, appunto al concorso apparente di norme, viceversa, nella sentenza della Corte Costituzionale si fa riferimento al divieto di *bis in idem*, e cioè ad una dimensione “dinamica” in quanto basata sull'instaurazione di un secondo giudizio a carico di un soggetto già giudicato per il medesimo fatto²⁶⁰.

²⁵⁹ D. 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 Diritto Penale Contemporaneo, 11/2017, p. 242 e ss.

²⁶⁰ G. SERRA, Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi, In Diritto Penale Contemporaneo, 11/2017.

Il punto in comune si rileva nelle espressioni “stessa materia”, relativa all’art. 15 c.p., e “medesimo fatto” di cui all’art 649 c.p.p.

Le due espressioni si pongono come parametro per ciò che si debba considerare ai fini della medesimezza della fattispecie che potrebbe determinare l’ingiustizia sostanziale nel punire più di una volta, il medesimo soggetto per il medesimo fatto.

E come richiamato in numerose sentenze della Corte Costituzionale, il diritto al ne bis in idem sostanziale e processuale, ossia il diritto a non esser puniti o condannati più di una volta per lo stesso fatto, coinvolge alcuni tra i principi fondamentali dettati dalla nostra Costituzione, quali l’interesse alla certezza del diritto, le garanzie individuali degli imputati, oltre che l’economia processuale e più in generale le fondamenta della civiltà giuridica stessa²⁶¹.

In virtù di ciò, la giurisprudenza della Cassazione, ha da tempo accolto, al fine di capire cosa si intenda per “medesimo fatto”, una nozione limitata alla configurazione naturalistica di fatto, non attribuendo alcun rilievo al profilo giuridico²⁶².

La posizione della Cassazione è stata anche di recente accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito che la valutazione del fatto deve andare oltre l’*idem* legale, e deve essere effettuata facendo unico riferimento al fatto concreto, tenendo sempre in considerazione tutti i suoi elementi che lo rendono tipico²⁶³.

²⁶¹ Cfr. in tal senso Corte Cost., 21 novembre 2006, n. 381; 16 luglio 2004, n. 230; 20 giugno 2008, n. 219, tutte in www.cortecostituzionale.it.

²⁶² In tal senso, le Sezioni Unite Donati del 2005, avevano già chiaramente ritenuto che l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, ma considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona; inoltre Cfr. Cass. Pen., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 40, p. 82, con nota di F.M. FERRARI, *Ne bis in idem, mai più processi-clone - Ecco la strada per evitare duplicazioni*.

²⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 4 ottobre 2016, n. 47683, in Cass. Pen., 2017, 6, p. 2315.

Anche la giurisprudenza sovranazionale, con la Corte CEDU, è intervenuta abbracciando completamente il riferimento al fatto concreto, definito come “*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*”²⁶⁴, con la finalità di valutare l’eventuale violazione del divieto di doppio giudizio alla luce dell’art. 4 Prot. 7 CEDU.

La Corte Costituzionale, nella sentenza richiamata dalle Sezioni Unite, ha però chiarito che per fatto di reato, ai nostri fini, si debba intendere “*l’accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell’inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un’addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi*”.

Questo è stato il quadro normativo entro cui si sono mosse le Sezioni Unite per la pronuncia in questione.

Si capisce, quindi, come la sentenza sia giunta alla conclusione secondo la quale nessuno dei due argomenti portati dai giudici di merito, e dalla giurisprudenza tradizionale in tema di armi, possa giustificare un concorso formale tra il porto o la detenzione di arma comune da sparo e di arma clandestina.

Da un lato, l’argomento della diversità del bene giuridico tutelato, risulta inidoneo alla luce della descritta concezione dell’*idem factum*, posta la sua rilevanza sul solo piano giuridico. Affermano perciò le Sezioni Unite, che “*il giudizio sulla medesimezza del fatto di reato deve essere affrancato dalle mutevoli implicazioni derivanti dall’inquadramento giuridico della fattispecie, giacché diversamente riemergerebbe il criterio dell’idem legale, bandito dall’ordinamento nel senso indicato dal Giudice delle Leggi. Deve,*

²⁶⁴ Così Corte EDU, *Lucky c. Svezia*, 27 novembre 2014, n.7356, in *Cass. Pen.*, 2015, 3, 1256.

allora, ribadirsi che il fatto penalmente rilevante involge l'accadimento storicamente verificatosi, tenuto anche conto dell'oggetto fisico su cui è caduta l'azione umana".

Dall'altro, sulla tematica della diversità tra le due condotte, la Cassazione, valutando con un approccio naturalistico, rilevano la piena identità tra le condotte, indicando quale unico elemento specializzante quello della clandestinità dell'arma, facendo pensare in via logica all'applicazione della disciplina sul concorso apparente di norme²⁶⁵.

Il caso in esame si presenta interessante, in quanto da un lato si vede la Suprema Corte confermare l'adesione alla tesi monistica, rispettando anche i propri precedenti in materia, e ritenendo che l'unico criterio applicabile sia l'art. 15 c.p.

Tuttavia, nell'apparato motivazionale, si fa assistere da un ulteriore criterio, cioè al c.d. criterio di sussidiarietà espressa²⁶⁶.

Pertanto, le Sezioni Unite ritengono che si possa fare applicazione della clausola di sussidiarietà espressa al di fuori del suo naturale ambito di applicazione, e facendola così assurgere a canone interpretativo generale, utilizzabile per risolvere conflitti tra norme.

Così, la valorizzazione dell'interpretazione sistematica sembra far intravedere una Cassazione, e più in generale una giurisprudenza, non chiusa nei ristretti canoni ermeneutici usati fino ad ora.

²⁶⁵ G. SERRA, Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi, In *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/2017.

²⁶⁶ Già in passato ne aveva fatto menzione per la materia in discorso, Cfr. Cass. Pen., S.U., n. 47164/2005, *cit.*, che, nel riferirsi all'inciso finale dell'art. 15 c.p., per cui, rispetto al principio di specialità, sono fatti salvi i casi previsti dalla legge, nega che in esso possano essere ricompresi i vaghi criteri dell'assorbimento e della consunzione, bensì che *"allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. E infatti è appunto un'esplicita clausola normativa di riserva a escludere il concorso tra le condotte di produzione e di immissione in circolazione dei supporti illecitamente prodotti"*.

Inoltre, è possibile rilevare che la giurisprudenza nazionale abbia trovato un punto di equilibrio tra la posizione dell'idem legale e quella del fatto concreto verificatosi, avendo aderito alla tesi dell'idem factum, sempre, chiaramente, circondato dai tre elementi costitutivi del reato.

Sembra così rispettata la finalità rieducativa, principio che anima l'abito penalistico italiano, e che trova riscontro nell'art. 27 della nostra Costituzione, che rende intollerabile l'imputazione del medesimo fatto al medesimo soggetto più volte. E a tal proposito sembra doveroso richiamare l'insegnamento di autorevole dottrina che evidenzia come laddove un fatto concreto possa essere sussunto sotto una pluralità di fattispecie incriminatrici, già così, ci si trova dinnanzi ad un concorso di norme, dovendosi poi procedere con i criteri dati dall'ordinamento al fine di capire se si tratti di concorso apparente o reale²⁶⁷.

Da ultimo, ci si ricollega a quanto affermato nel progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso, che chiarì come accanto al principio di specialità in astratto, *“quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge si applica quella che ne esprime per intero il disvalore, chiamando in questo modo l'interprete a valutare se in mancanza appunto della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la o le offese realizzate dal fatto posto in essere”*²⁶⁸.

²⁶⁷ Cfr. M. ROMANO, Commentario sistematico del Codice Penale, I, Milano 2004, p. 179.

²⁶⁸ Cfr. Relazione preliminare di accompagnamento al Progetto preliminare di riforma del codice penale – Commissione Grosso, 12 settembre 2000, in www.giustizia.it.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, F., *Diritto Penale parte generale*, 16 ed., Giuffrè, Milano, 2003
- ANTONINI, E., “Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale”, in *Criminalia*, 2008
- BATTAGLINI, G., *Diritto penale: Parte generale*, Cedam, Padova, 1949
- BELLI, Brevi note sul delitto di malversazione a danno dello Stato, in *Riv. pen.*, 2001
- BENUSSI, C., “Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato” in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997
- BENUSSI, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Cedam, 2013
- BERNARDI, S., “La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d’ufficio”, in www.penalecontemporaneo.it , Fascicolo n. 6/2017
- BETTIOL, G., *Diritto penale. Parte generale*, G. Priulla Editore Palermo, 1958
- BIRRITTERI E., Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno, in *Dir. Pen. Con.*, n. 1/2018
- BRUNELLI, D., *Azione unica e concorso di reati nell’esperienza italiana*, Giappichelli, Torino, 2004
- BRUNELLI, D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, 2011
- CAPRIOLI, Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati, in *Giur. It.*, 2010

CAPRIOLI, Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati, in Giur. It., 2010.

CARLONI, G., “Sui rapporti tra falso ideologico in atto pubblico e abuso d’ufficio: assorbimento o concorso formale di reati?”, in Cassazione penale, 2006

CASTORI, C., *Concorso di reati e di pene*, In Trattato di diritto penale, a cura di P. Cogliolo, vol. I, pt. III, Milano, 1889.

CELENTANO, La Malversazione a danno dello Stato, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996

CHIBELLI, A., “Omicidio “stradale” e guida in stato di ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile revirement (per ora solo rimandato) della Corte di Cassazione”, In www.penalecontemporaneo.it , Fascicolo n. 6/2017

COLUCCI, C. “Le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione”, In www.penalecontemporaneo.it , Fascicolo n. 12/2017

CONTI, *Concorso apparente di norme*, in NN.D.I., III, Torino, 1967

COPPI, F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, Napoli, 1969

COSEDDU, Riciclaggio: complessità di un “percorso” normativo, In Cass. Pen., n. 10/2010

D’AURIA, D., Omicidio colposo aggravato e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?, in Dir. pen. proc., 2010, 6

D’AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D’AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Milano, Cedam, 2017

DE FRANCESCO, G., *Lex specialis, specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980

DELBONO, Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016, in giurisprudenza penale web, 2/2018, www.giurisprudenzapenale.com

DELITALA, G., *Concorso di norme e concorso di reati*, Cedam, Padova, 1934, in Riv. italiana di Dir. Pen., n. 1, a. 6.

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016

E. PEZZI, i due volt i del *ne bis in idem* alla luce delle influenze europee, in www.archiviopenale.it, 2/2018

FALCINELLI, Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo, in Archivio Penale, n. 1/2017

FERRUA, La sentenza costituzionale sul caso eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente, in Cass. pen., fasc. 1/2017

FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale parte generale*, 3 ed., Zanichelli, Bologna, 2001

FINOCCHIARO, S., “*Il Buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*”, www.penalecontemporaneo.it, Fascicolo n. 5/2017.

FLICK G.M. - NAPOLEONI V., Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?, in Rivista delle Società, 2015

GAITO, RANALDI, Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale, in Archivio Penale, n. 1/2017

GALATINI, Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio, in Riv. Dir. e Proc. Pen., 2015

GALLI, R., *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, Padova, 2017

GALLUCCIO, A., Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis, 11 gennaio 2016, in www.penalecontemporaneo.it

GIACONA, I., “Guida in stato di ebbrezza, irrilevanza della clausola di sussidiarietà e concorso di reati: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza”, in www.foro.it, 2011

GIARRUSSO M. - TITO R., voce “Circolazione stradale (illeciti)”, in Enc. dir., Agg. VI, Milano, 2002

GITTARDI, Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in relazione all’art. 4 prot. 7 CEDU, in Dir. Pen. Cont., 27 novembre 2015, www.penalecontemporaneo.it

GROSSO, C. F., PELISSERO, M., PETRINI, D., PISA, P., *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2 ed., Giuffré, Milano, 2017

GROSSO, C.F., Malversazione a danno dello Stato, Codice penale, Parte speciale, vol. IV, Utet, 1996

GROTTO, M., Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e bancarotta fraudolenta patrimoniale: concorso di reati o concorso apparente di norme?, In Cass. Pen. N. 12/2016

GULLO, A., “Malversazione a danno dello stato (Art. 316-bis)” in Dizionario dei reati contro l’economia, Milano, 2000.

IMPALLOMENI, G. B., *Concorrenza reale e concorrenza formale di reati*, Tipografia Fratelli Galati, Catania, 1885

L. DELBONO, Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 2.

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, n. 12

LABIANCA, Ne bis in idem: una questione “eterna” all’esame della Corte costituzionale, in www.archiviopenale.it, 2/2016

LATTANZI, G., LUPO, E., *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010

LOMBARDI, Rapporti con altre figure di reato, in *Aa.Vv.*, *Le associazioni di tipo mafioso*, Romano (a cura di), Milanofiori Assago, 2015

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 *Cassazione Penale*, fasc. 7-8, 2017

MANNA, A., *Corso di diritto penale, parte generale*, 4 ed., Cedam, Padova, 2017

MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966

MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, 4 ed., Cedam, Padova, 2001

MARCONI, G., “Malversazione ai danni dello Stato” in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993;

MARCONI, Malversazione a danno dello Stato, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1995

MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6 ed., Giuffrè, Milano, 2017

MASERA, L., Delitti contro la vita, in F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI (a cura di) *Reati contro la persona, Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, VII (Estratto), II ed., Torino, 2015

MAZZA, L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari, in *Rassegna Tributaria*, 2015

MORO, A., *Unità e pluralità di reati*, 1 ed., Cedam, Padova, 1951

MULÀ G., Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme, in www.girisprudenzapenale.com , 2.

MULA', G., Le Sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme, In *Giurisprudenza Penale*, n. 6/2017

MUSCATIELLO, Associazione per delinquere e riciclaggio: funzione e limiti della clausola di riserva, in *RTDPE*, 1996

MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati, per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova, 2002

MUSILLAMI, G., *Il cumulo materiale delle pene nel progetto del nuovo codice penale*, in *Riv. Pen.*, 1930

ORTOLAN, M., *Elementi di diritto penale*, trad. it. Di G. Giuliano, t. II, Napoli, 1857

PADOVANI, T., *Diritto penale*, 6 ed., Giuffrè, Milano, 2002

PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8 ed., Giuffrè, Milano, 2000

PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 2008

PALMA, R., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004

PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Zanichelli, 1995

PENCO E., Il principio di specialità amministrativa, in www.penalecontemporaneo.it., 5 luglio 2016, 3/2015

PENCO, Il principio di specialità amministrativa. Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali", in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 3/2015

PEZZI, E., I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee, in *Archivio Penale* 2018, n. 2

PICCIONI, F., *I reati stradali*, Milano, 2017

PICCIONI, F., Nuove e vecchie incertezze sull'omicidio colposo stradale aggravato: reato complesso o concorso di reati?, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2013

PIETRAFITTA, N., "Bancarotta fraudolenta e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte: i reati concorrono, *Altalex*, febbraio 2016, in www.altalex.com

PISA, P., "Commento alla L. 26 aprile 1990, n. 86" in *Legisl. pen.*, 1990;

PISAPIA, *Il reato continuato*, Jovene, Napoli, 1938

POTETTI, D., Relazioni fra le nuove aggravanti degli artt. 589 e 590 c.p. (d.l. n. 92 del 2008) e gli artt. 186 e 187 c. strad., in *Cass. pen.*, 2011

PROSDOCIMI, S., *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. II, Utet, Torino, 1988

PROTO, E., *Sulla natura giuridica del reato continuato*, G. Priulla Editore Palermo, 1951

PULITANÒ D., La Corte costituzionale sul *ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017

PULITANÒ, La Corte costituzionale sul *ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, fasc. 1/2017

RIVELLO, La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretati-ve ricollegabili al principio del *ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014

RIVELLO, La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del *ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014

ROMANO, M., *Commentario sistematico del codice penale, Parte Generale*, Vol. I, 3 ed., Giuffrè, Milano, 2004

ROMANO, M., *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006

ROMANO, M., Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d.lgs. 74/2000), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009

RONCO, M., ROMANO, B., *Codice penale ipertestuale commentato*, 4 ed., Utet Giuridica, Torino, 2012

ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2014

- RUGA RIVA, C., Omicidio colposo e lesioni colpose, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, Torino, 2008
- SEMINARA, S., “Sub art. 316 ter” in Commentario breve al codice penale, Milano, Cedam, 2008
- SERRA, G., “Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi”, In www.penalecontemporaneo.it, Fascicolo n. 11/2017
- SIBILIO, D., “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 www.penalecontemporaneo.it, Fascicolo n. 11/2017
- SOANA, I reati fallimentari, Giuffrè, 2012
- SORBELLO P., Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario, in www.penalecontemporaneo.it, 3/2015
- TRINGALI, G., “Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte”, in www.altalex.com
- TURONE, il delitto di associazione mafiosa, Milano, 2015
- VASSALLI, G., “Antefatto non punibile”, in Enc. dir., vol. II, Giuffrè, 1958
- VERRUCCHI, M., Riciclaggio e favoreggiamento, Exeo edizioni, Collana: Il Penale, 2015
- VIGANÒ F., Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017.
- VIGANÒ, La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio, 18 novembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it
- VINCIGUERRA, S., I delitti contro la pubblica amministrazione, Padova, 2008
- VINCIGUERRA, S., *La riforma del sistema punitivo della legge 24 novembre 1981*, Cedam, Padova, 1983
- ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 1976
- ZAZA, C., voce “Circolazione stradale. Disposizioni penali in materia di circolazione stradale”, in Enc. giur. Treccani, VI, Roma, 1996

ZIRULIA, “Ne bis in idem: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane dal diritto vivente italiano”, In www.penalecontemporaneo.it , 24 luglio 2016.

Se in questo lungo percorso non ci foste stati voi, sarebbe stata solo una corsa con un traguardo ma senza medaglia, e visto che amo vincere voi siete il mio oro, Letizia, Simone, Flavia, Pino, Chiara, Eva, Grazie. Perché mi siete stati vicini, sempre, perché so che non smetterete di esserci, ma soprattutto, perché rappresentate tutto l'amore che posso dare.

Tina, Angi, Irene, Grazie, per le continue spinte verso l'alto che mi avete regalato nei condivisi momenti di dubbio.

Grazie, a ciascuno di voi, perché mi avete cresciuta e sopportata, nella speranza di non avervi mai delusi e di non deludervi mai.

Grazie Prof.ssa Minerva per i preziosi consigli

*Il grazie finale lo rivolgo a tutti coloro i quali non sono più presenti nel mio percorso di vita, perché non hanno saputo andare oltre le apparenze e guardare all'essenza dell'amore che ho dato loro e,
forse,
è meglio così.*

