

ANTICIPAZIONI

DAVID BRUNELLI

Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?*

Il lavoro prende spunto da una recente sentenza della Cassazione che ha sancito la possibilità di ritenere assorbito il reato di cui all'art. 615-*quater* in quello di cui all'art. 615-*ter* c.p., ritenendolo antifatto non punibile, ma solo a condizione che il reato principale sia contestato e procedibile. Si interroga quindi sul significato e sulla portata di una tipicità unitaria scaturente solo all'esito del concorso apparente di norme (c.d. sopravvenuta) che si differenzerebbe dalla tipicità unitaria originaria; perviene alla conclusione che tale distinzione è però solo descrittiva, non operativa, e quindi che la condizione posta dalla Cassazione al riconoscimento dell'antefatto non punibile non sia giustificata.

Notes on the unified typicality of the competition apparent rules: definitive eclipse or spaces for the re-emergence of the unsuccessful crime?

*The work takes its cue from a recent sentence of the Supreme Court which sanctioned the possibility of considering the crime under art. 615-*quater* in that referred to in art. 615-*ter* of the Criminal Code, deeming it not punishable prior to the fact, but only on condition that the main offense is contested and prosecutable. It therefore questions the meaning and extent of a unitary typicality arising only from the outcome of the apparent concurrence of rules (so-called supervening) which would differ from the original unitary typicality; comes to the conclusion that this distinction is however only descriptive, not operational, and therefore that the condition set by the Supreme Court for the recognition of the non-punishable background is not justified.*

SOMMARIO: 1. Rapida fine della *pax Augustea*. - 2. Quando l'antefatto non punibile rimane punito. - 3. Principio di specialità e interpretazione delle norme incriminatrici. - 4. Reato speciale non punibile. - 5. Reato speciale non procedibile: casistica. - 6. (*segue*) conclusioni. - 7. Reato assorbente non procedibile.

1. *Rapida fine della pax Augustea*. C'è poco da fare: il dilemma unità-pluralità di reati è un *evergreen* che rimbalza tra dottrina e giurisprudenza, fortemente divisivo, non solo quanto ad esiti, ma, prima ancora, anche quanto a "coinvolgimento emotivo".

Infatti, si va da chi lo considera un argomento cruciale circa la tenuta del principio di legalità-tipicità che ruota intorno al sistema delle fattispecie criminose a chi lo liquida come una secondaria faccenda di commisurazione della pena, da risolvere nel caso singolo secondo equità e ragionevolezza.

In una stagione in cui la dottrina è molto concentrata a dibattere sulla crisi della legalità penale, la giurisprudenza - più prosaicamente - si trova spesso a dover dirigere il traffico attorno ai cumuli normativi, prodotti dalla immarcescibile passione del nostrano legislatore per le fattispecie punitive.

Così, nel 2017 era stata accolta dai più con sollievo una sentenza delle Sezioni

Unite¹, che sembrava poter regalare una lunga *pax augustea* alla variopinta ed inquieta cittadella del concorso apparente di norme. Con questa sentenza, le Sezioni Unite sembravano aver definitivamente stroncato le velleità di chi, dando voce ad un fiume carsico che pervade molti contributi dottrinari degli ultimi cinquanta anni, coltivava ancora l'illusione che accanto all'usurato criterio strutturale della specialità potesse trovare legittimazione applicativa un criterio "sostanziale" o "valoriale", variamente denominato, comunque teso ad impedire l'applicazione congiunta di fattispecie incriminanti fatti diversi, ma offensivi del medesimo bene giuridico, e a promuovere la "consumzione" di quella punita meno gravemente per opera di quella a cui viene riservata una pena maggiore.

Le Sezioni unite, come è noto, avevano infatti escluso che il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-*bis* c.p.) potesse essere assorbito in quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.), poiché, come si legge nella stentorea massima ufficiale, «nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 c.p., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore». Una pietra tombale sulle teorie "pluraliste" e la definitiva consacrazione della teoria "monista".

A nulla era valso notare che in quei casi il diverso impiego del finanziamento, incriminato dalla malversazione, non sarebbe che una "conseguenza naturale" del conseguimento dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri, incriminato dalla truffa, perché la Corte riunita aveva replicato che quella "conseguenza naturale" potrebbe dipendere semmai da una caratteristica del caso concreto non necessariamente implicato dalla dimensione astratta delle due fattispecie, le quali - tra l'altro - neppure sarebbero state poste a tutela del medesimo bene giuridico².

* Lavoro destinato alla raccolta di scritti in onore di Antonio Fiorella.

¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2017, in *Mass. Uff.*, n. 269668. La sentenza, criticata a prima lettura (cfr. MADIA, *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2017, 2653 ss.), è stata in seguito valorizzata anche in dottrina nel suo sforzo di "normalizzazione", in connessione con altra coeva sentenza delle stesse Sezioni Unite in materia di detenzione e porto abusivo d'armi (cfr. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti* in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 525 ss.; la sentenza è Cass. Sez. un., 12 settembre 2017, *Mass. Uff.*, n. 270902).

² Per una serrata critica agli argomenti della Corte, tra cui quello indicato nel testo, FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, V, 2017, 344 ss.

Ma, a “infrangere” la quiete e ad offrire nuove *chances* al criterio sostanziale che chiamiamo qui per comodità della “consunzione”, è intervenuta solo due anni dopo una inattesa sentenza della seconda Sezione della Cassazione³. Il campo non è più quello delle erogazioni pubbliche, bensì quello - egualmente popolato da incriminazioni - delle frodi informatiche. Nel caso di specie un soggetto era accusato di essersi procurato fraudolentemente le parole chiave ed i dati riservati di accesso al sistema informatico di una banca presso la quale la persona offesa aveva acceso il suo conto corrente e di aver poi utilizzato tali dati per entrare nel conto e prelevare elettronicamente denaro e caricarlo sulla sua carta di credito: la condotta iniziale integra gli estremi del reato di cui all'art. 615 *quater* c.p., quella successiva gli estremi dei reati di ingresso abusivo nel sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.) e di frode informatica (art. 640 *ter* c.p.).

Pacifico il concorso formale delle due ultime incriminazioni, la Corte - apertamente contraddicendo un proprio precedente specifico⁴ - ha invece escluso la concorrente applicazione anche della prima, sul presupposto che «il reato di cui all'art. 615 *quater* costituisce necessario antecedente del reato di cui all'art. 615 *ter*, poiché le due fattispecie criminose si pongono in stretta connessione, tutelando entrambe il medesimo bene giuridico, ovvero il domicilio informatico, passando da condotte meno invasive a condotte più invasive, poiché indiscriminate, che, sotto un profilo naturalistico, necessariamente presuppongono le prime».

Nella prima condotta tipica la Corte ha scorto le sembianze di un “antefatto non punibile”, che ricorre quando «la commissione di un reato meno grave costituisce ordinariamente strumento per la commissione di un reato più grave» e ha ravvisato nel caso sottoposto al suo esame analogie decisive con quello del concorso tra possesso ingiustificato di arnesi da scasso (art. 707 c.p.) e furto aggravato dalla violenza sulle cose (art. 625, comma 1, n. 2, c.p.) e quello del furto di documenti (art. 624 c.p.) e falso per soppressione (art. 490 c.p.), nei quali la giurisprudenza ammette - a determinate condizioni - l'assorbimento dell'antefatto nel reato più grave.

Nel giungere a queste conclusioni, però, la “coraggiosa” sentenza ha cercato di evitare lo scontro frontale con il precedente delle Sezioni Unite del 2017, optando per un sostanziale “aggiramento” della massima che sbarrava la strada del concorso apparente a qualunque criterio diverso da quello di specialità.

³ Cass., Sez. II, 20 maggio 2019, *Mass. Uff.*, n. 276533.

⁴ Cass., Sez. II, 25 settembre 2008, *Mass. Uff.*, n. 242084 (occorre leggere il testo poiché la massima si riferisce ad altro profilo).

Infatti, si legge nella motivazione una frase “sibillina”, a tenore della quale l’antefatto non punibile «(come la progressione criminosa ed il postfatto non punibile) non costituisce fattispecie autonomamente disciplinata, poiché rientra tra i casi di concorso apparente di norme da risolvere ai sensi dell’art. 15 c.p., attraverso una *operazione interpretativa* che impone la considerazione “congiunta” di due fattispecie tipiche, resa oggettivamente evidente dal fatto che per una di esse, destinata ad essere assorbita nell’altra, sia prevista una sanzione più lieve».

In definitiva, ad avviso della Corte, l’antefatto non punibile sarebbe riconducibile all’unico criterio in grado di ravvisare l’apparenza del concorso, vale a dire quello di specialità, evidentemente - però - assumendo la nozione di «stessa materia» in un senso più ampio di quello strettamente strutturale, accreditato ormai da molti anni non solo in giurisprudenza ma nella stessa dottrina.

Probabilmente si tratta di una enunciazione che evita il conflitto aperto con l’autorevole precedente solo nella “forma”, poiché è chiaro che se l’art. 15 dovesse schiudersi sino ad ospitare anche riferimenti al bene giuridico o al *ne bis in idem* sostanziale, il contrasto con il dogma monistico patrocinato dalle Sezioni Unite non potrebbe essere scongiurato.

Occorre, dunque, andare oltre le “buone maniere” e prendere atto che le sentenze - quali quella in esame - che danno ingresso alle figure dell’antefatto e del postfatto non punibile creano un “avamposto” sostanzialistico nell’affermazione del concorso apparente di norme ad integrazione ed estensione del criterio strutturale di specialità, tradizionalmente inteso; ciò significa che, nonostante la apparenze, in giurisprudenza riaffiora ciclicamente insoddisfazione circa l’affermato “monopolio” del criterio strutturale della specialità e con essa il bisogno mai domo di ricorrere anche a criteri sostanziali in grado di sancire l’assorbimento di un reato meno grave in quello più grave.

2. *Quando l’antefatto non punibile rimane punito* - Questo è il principale messaggio che si ricava dalla sentenza della seconda Sezione del 2019, che la dottrina non ha mancato di evidenziare seppure in chiave parzialmente critica e cercando di indirizzare sul meno impegnativo profilo commisurativo quell’insopprimibile bisogno di valutazione “sostanziale” o “equitativa”, allergico alla qualificazione multipla⁵.

Più che fermarmi su questo tema, però, qui vorrei sviluppare qualche rifles-

⁵ SOTIS, *Il “concorso materiale apparente”: confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, I, 187.

sione su un passaggio secondario della motivazione, che attiene alla individuazione delle condizioni in presenza delle quali il giudice deve riconoscere l'assorbimento.

Posto che la Corte si trovava a che fare con un reato più grave (assorbente) in taluni casi procedibile a querela (art. 615 *ter*; comma 4, c.p.) e con un reato meno grave (assorbito) sempre procedibile d'ufficio (art. 615 *quater* c.p.), la sentenza, nel sancire i requisiti dell'antefatto non punibile, precisa che oltre alla identità di contesto spazio-temporale e di persona offesa, occorre che il reato assorbente sia «*contestato e procedibile*».

In poche parole, attraverso tali precisazioni, la Corte descrive il fenomeno della consunzione dell'antefatto come vicenda che attiene non alla dimensione astratta delle norme incriminatrici, bensì alla dimensione concreta della pena da applicare: se il reato più grave non è stato contestato o non è procedibile, niente assorbimento. L'antefatto non punibile rimane punito a causa delle vicende processuali del reato assorbente.

Dunque, nonostante il tentativo di contenere il contrasto con la teoria monistica imposta dalle Sezioni Unite, quelle precisazioni pongono piuttosto in piena luce come il fenomeno dell'assorbimento per consunzione, espressione di un bisogno di contenimento "sostanziale" del diritto penale, marchi un vistoso disallineamento rispetto al prioritario criterio posto alla base del principio di specialità; infatti, la «deroga» della legge speciale alla legge generale sancita dall'art. 15, lungi dall'esprimere lo stesso bisogno equitativo, opera sul piano diverso e "asettico" della logica formale, al punto che talvolta la sua applicazione può giocare a favore della fattispecie speciale punita con pena minore (es. per tutti: omicidio del consenziente *versus* omicidio), con un "assorbimento" nella «stessa materia» che non coinvolge la portata sanzionatoria delle norme, ma solo la struttura del fatto tipico⁶.

Sin qui nulla di nuovo, neppure sul piano concettuale, poiché le teorie pluraliste nel propugnare criteri sostanzialistici, quali consunzione o *ne bis in idem*, hanno da sempre sostenuto che questi inciderebbero sulla mera "applicabilità" della norma soccombente nel caso concreto e, dunque, che la loro operatività verrebbe meno in caso di mancata applicazione della norma prevalente, legata a cause o fattori contingenti⁷.

⁶ Profilo messo ben in luce dalla dottrina: per tutti, SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 204.

⁷ Per tutti PAGLIARO, *Concorso di norme (dir.pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 552: «poiché nell'ipotesi di consunzione la inapplicabilità di una disposizione si verifica in n seguito all'assorbimento dello scopo da essa perseguito nello scopo cui tende l'altra norma, si deve ritenere escluso il rapporto di consunzione tutte le volte in cui, per una ragione qualsiasi, l'interesse di portata maggiore non sia effet-

Semmai, il *novum* del ragionamento seguito riguarda la “premesse” da cui tale conseguenza è tratta, poiché dapprima la sentenza parla a proposito dell’art. 15 di una «operazione interpretativa che impone la considerazione “congiunta” di due fattispecie tipiche», per poi pretendere, a proposito dell’antefatto non punibile che tale operazione debba dipendere dalle vicende concrete della contestazione e della procedibilità e non possa invece prescindere da esse.

In sintesi, pare che il “ravvicinamento” tra specialità e consunzione, avvenuto per attrazione del secondo criterio nell’orbita dell’art. 15, sotto l’egida dell’«operazione interpretativa», abbia generato un *output* - la richiesta che il reato assorbente sia comunque in concreto applicabile - che invece l’art. 15 sembrerebbe precludere, proprio perché esso è solitamente riferito al solo criterio della consunzione⁸.

L’argomento è complesso e deve essere affrontato per gradi.

3. Principio di specialità e interpretazione delle norme incriminatrici. La prima proposizione da verificare è se davvero e in che senso l’operatività del principio di specialità sia equiparabile ad una vicenda interpretativa concernente i rapporti tra norme.

A intenderla così, infatti, la tipicità unitaria che costituisce la ricaduta della conclusione circa la mera “apparenza” del concorso delle norme che pretendono di essere applicate al fatto non differirebbe dalla tipicità unitaria che escluderebbe a priori - al più presto - la stessa prospettabilità del concorso. Si sa, invece, che la dottrina pretende di distinguere i due casi, evidenziando che un conto è che il giudice ritenga sin da subito che il “brano di vita” integri un solo reato, per carenza dei requisiti tipici dell’altro o degli altri, eventualmente anche all’esito di una vera e propria «operazione interpretativa» delle norme incriminatrici (*tipicità unitaria originaria*), un altro conto è che della pluralità di norme risultate applicabili al fatto concreto (*tipicità plurima originaria*), in virtù del criterio “derogatorio” dell’art. 15, residui l’applicabilità di una sola di esse, quella speciale (*tipicità unitaria “sopravvenuta”*)⁹.

tivamente tutelato, ossia la norma d’esso relativa non si ponga concretamente».

⁸ Ancora PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 552 s.: «si guadagna così una ulteriore distinzione tra specialità e consunzione nel momento della rilevanza giuridica. Mentre per la specialità è sufficiente l’astratto concorrere delle norme nei confronti della stessa situazione di fatto, poiché si possa instaurare il rapporto di consunzione è necessario il concreto porsi delle norme»

⁹ Da ultimo, per la sottolineatura della necessità che dapprima occorre valutare se vi siano i presupposti per la “convergenza” di due fattispecie, e quindi se il fatto sia doppiamente tipico, VALLINI, *Tracce*, cit., 523. Raccomanda l’utilizzo della interpretazione, anche sistematica, delle fattispecie apparentemente

Nel rispetto di questo metodo “dinamico”, allora, occorrerebbe precisare che, all’esito di un conflitto fra le norme governato dal criterio di specialità, allorché si concluda che una sola di esse deve essere applicata, rimane la circostanza che la norma generale aveva comunque la *potenzialità astratta di qualificare penalmente il fatto concreto*. Solo alla fine del percorso l’esito coincide con quello a cui si sarebbe pervenuti se, preliminarmente, ad esempio, si fosse optato per una interpretazione di una norma incriminatrice tale da non interferire con l’altra; fermo restando, quanto al meccanismo, che l’intervento dell’art. 15 testimonia che il fatto costituirebbe reato alla stregua di più norme, ma la norma generale non risulta applicabile nel concorso con un’altra.

Insomma, un conto sarebbe la sfera della tipicità, un altro quella dell’applicabilità della norma. La narrazione più diffusa è che la “sottrazione” del fatto previsto dalla norma speciale dalla sfera di competenza della norma generale non rende questo “atipico” rispetto alla norma generale¹⁰; esso rimarrebbe tipico, anche se la norma generale diviene “invalida” nei suoi confronti¹¹.

Quindi se si volesse descrivere il funzionamento del criterio di specialità come una “operazione interpretativa”, bisognerebbe però precisarne la portata distinguendola da quella “preliminare” che esclude alla radice la qualificazione multipla.

Seguendo questa distinzione, allora, ai fini del riscontro di una tipicità plurima originaria (o di partenza), la quale costituisce la premessa del concorso-conflitto dei reati, il giudice deve riscontrare la sussistenza dei requisiti tipici di una pluralità di reati. Prendiamo ad esempio, il rapporto di specialità che sussiste fra il delitto di maltrattamento di animali (art. 544 *ter* c.p.) e la contravvenzione di abbandono di animali (art. 727, comma 2, c.p.), dato che la

concorrenti quale previo criterio risolutore “naturale”, PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 128 ss. Patrocina una interpretazione restrittiva dell’inciso «avendo ottenuto» che compare nell’art. 316 *bis* c.p., tale da escluderne “preliminarmente” l’applicazione quando l’erogazione pubblica sia avvenuta in conseguenza di una truffa, COLUCCI, *Le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, XII, 2017, 57 ss.

¹⁰ Ciò spiega anche perché in caso di abrogazione della norma speciale si possa riespandere, con effetto retroattivo, la norma generale, salva una diversa *voluntas legis*, dando luogo al fenomeno della *abrogatio sine abolitione* (Cass. Sez. un. 12 giugno 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 4131; per una sintesi, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminosae*, Torino, 2019, 420 ss.).

¹¹ La teoria della “invalidità” della norma generale è quella più diffusa in Italia. Come è noto, l’esposizione più approfondita la dobbiamo a MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 64 ss. 697 ss.

condotta di chi sottopone gli animali «a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche», costituisce un *quid pluris* rispetto a quella di chi «detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze». Se il giudice dovesse verificare nel processo l'insussistenza di tale *quid pluris*, che connota la norma speciale derogatoria, il fatto sarà qualificato (originariamente) come contravvenzione, anziché come delitto¹². Non due norme, ma una sola regola la materia nel caso concreto.

O ancora: nel delitto di *oltraggio a pubblico ufficiale* (art. 341 *bis* c.p.), se l'agente non si rende conto di trovarsi in un luogo pubblico o aperto al pubblico per errore sul fatto, la norma non è applicabile per difetto di dolo, ma ciò non esclude l'applicabilità della norma generale che sarebbe rimasta derogata in forza dell'art. 15 c.p. (diffamazione, art. 595 c.p., se si ritenga non necessaria nell'oltraggio la presenza del p.u.). La norma speciale "derogatoria" risulta non applicabile perché l'agente è in errore su uno dei suoi elementi costitutivi: anche qui il fatto è tipico alla stregua di una sola norma.

4. *Reato speciale non punibile*. Sin qui *nulla questio*, ma già si presenta come più problematico il caso in cui il reato speciale non ricorre perché opera una semplice *causa di non punibilità* solo ad esso riferibile. La distinzione "dinamica" a cui la dottrina fa riferimento potrebbe in questa situazione determinare qualche conseguenza.

Ci si deve domandare, infatti, se il venir meno della punibilità del reato speciale determini ugualmente un caso di tipicità unitaria alla stregua del reato previsto dalla norma generale, facendo difetto un requisito costitutivo del reato speciale, ovvero se qui assuma invece rilievo il passaggio attraverso l'art. 15; ed in questa seconda - più plausibile - prospettiva occorre mettere ben a fuoco il significato, la portata e le condizioni della «deroga» ivi prevista, perché quella "astratta potenzialità di qualificare il fatto come reato" che si riconosce alla norma generale potrebbe trasformarsi in una qualità dotata di concretezza proprio in conseguenza del venir meno della punibilità del reato speciale.

Vediamo, ad esempio, che cosa accade con riguardo alla fattispecie del depistaggio (art. 375 c.p.) all'interno della quale certamente rientrano le figure del favoreggiamento (art. 378 c.p.) e delle false informazioni al p.m. (art. 371 *bis* c.p.)¹³, allorché risulti che il fatto si riferisca ad un reato procedibile a querela

¹² Cass. Sez. VI, 28 aprile 2016, *Mass. Uff.*, n. 267313.

¹³ SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio" (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133)*, in *questa Rivista*.

e la querela non sia stata proposta. L'art. 375, comma 8, c.p. sancisce una espressa causa di non punibilità in proposito, ma analoga norma non è prevista per i reati "derogati", e anzi, si ritiene dai più che essi non vengano meno in caso di improcedibilità del reato presupposto¹⁴.

Quale è il significato di tale distonia? I reati che sarebbero derogati da quello speciale, la cui punibilità è esclusa per motivi di "opportunità", trovano normale applicazione perché viene meno la ragione della deroga e, dunque, emerge in qualche modo la rilevanza della distinzione tra tipicità unitaria originaria e tipicità unitaria sopravvenuta?

Vediamo un altro esempio. Si immagini la causa di non punibilità dei delitti contro il patrimonio in danno di prossimi congiunti (art. 649 c.p.) e si ipotizzi un tentativo di estorsione (art. 629 c.p.) perpetrato per il tramite di una minaccia grave. Poiché l'estorsione è sicuramente norma speciale derogatoria rispetto al delitto di cui all'art. 612, comma 2, c.p., ci si può chiedere se la causa di non punibilità, ritenuta applicabile al tentativo di estorsione con minaccia, si estenda anche al reato "derogato", o invece lo lasci sussistere.

L'assenza di una espressa regolamentazione positiva potrebbe indurre l'interprete a muoversi in una perigliosa indagine sulla *ratio* politico-criminale della previsione di non punibilità, per verificare se la stessa possa valere, per estensione, anche in relazione la norma generale o debba rimanere circoscritta alla norma speciale; tuttavia, prima di percorrere una simile strada, inevitabilmente lastricata da ampi margini di opinabilità, sembra necessario svolgere un ragionamento sulla "geometria" delle norme e sulla loro applicabilità.

Come si sa, la dottrina che ha scandagliato il significato della deroga sancita dall'art. 15 si è divisa in proposito tra coloro che ritengono che essa incida sulla "validità" della norma generale¹⁵, equiparando dunque la situazione all'assenza originaria di tipicità, e coloro che preferiscono parlare del venir meno della sua sola "efficacia", con ciò marcando una diversa stratificazione di quell'intervento e quindi ammettendo che la norma generale possa rimanere in *stand by* per quanto riguarda l'applicazione in concreto della pena,

¹⁴ Si è per esempio affermato in giurisprudenza che ai fini della configurabilità del delitto di favoreggiamento è irrilevante la mancanza di una condizione di procedibilità per il reato presupposto (Cass. Sez. un, 24 maggio 2001, *Mass. Uff.*, n. 218769; Id., Sez. III, 10 marzo 1979, *Mass. Uff.*, n. 141321).

¹⁵ FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Firenze, 1936, 370, secondo il quale se si avesse una plurima violazione di norme si avrebbe un concorso di reati, mentre se si ha un solo reato vuol dire che *ab initio* una sola norma viene applicata; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 698 ss., secondo il quale ammettere una convergenza reale di norme, riservandosi di ammettere poi di eliderne gli effetti in un secondo momento significa aderire all'idea che il concorso di norme è una eccezione al concorso dei reati, senza poter spiegare la differenza dogmatica dei due istituti.

pronta però a riprendere pieno vigore in caso di intervento di ulteriori fattori scongelanti.

Riguardo al tema della non punibilità del reato speciale mi sembra che quale che sia l'opzione teorica privilegiata, si debba constatare che il fatto è apparentemente riconducibile ad una pluralità di norme incriminatrici e che, dunque, non siamo di fronte ad una ipotesi di tipicità unitaria originaria, come nel caso in cui venga meno un elemento costitutivo del reato speciale: in tanto può operare la causa di non punibilità, in quanto il fatto è *tipico* anche alla stregua della norma speciale.

Ciò posto, emerge l'incidenza della distinzione che ho prima richiamato in ordine al funzionamento dell'art. 15 c.p., ed al riguardo mi sembra preferibile la tesi secondo cui avendo stabilito il legislatore che la norma speciale «deroga» alla norma generale nella disciplina della stessa materia, sarebbe arbitrario sostenere che, tuttavia, quella deroga lasci sussistere residui margini applicativi della norma generale.

La “deroga” a favore della norma speciale fonda una competenza esclusiva di questa nella regolazione della materia, vale a dire nella qualificazione del fatto come reato e nella conseguente sua disciplina. La statuizione di non punibilità è niente altro che una modalità regolativa della materia, non una rinuncia ad essa: la norma generale “sembrava” applicabile al fatto concreto, qualificandolo come tipico, ma non lo era e non lo è mai stata, perché definitivamente derogata dalla norma speciale, a cui viene appaltata - in forza di una operazione non coincidente ma assimilabile all'interpretazione - l'intera disciplina della materia.

Con quella statuizione il legislatore prende posizione sugli interessi in conflitto e si risolve per un giudizio di non meritevolezza della pena, sicché se quel giudizio fosse “bypassato” dalla diversa regolamentazione della norma generale, la disposta deroga verrebbe aggirata.

In altri termini, mi sembra che la qualificazione della unitarietà del reato come “sopravvenuta” ad un conflitto e quindi diversa da quella che risulta *ab origine* sarebbe plausibile solo se e laddove il legislatore abbia previsto un simile effetto, ma non come criterio valido una volta per tutte ricavabile dai principi. Del resto, lo stesso art. 15 precisa che la deroga vale «salvo che sia altrimenti stabilito».

Proprio perché l'art. 15 opera in una dimensione astratta, nella regolazione dei rapporti tra norme, quella disciplina definisce la portata applicativa di ciascuna di esse e, dunque, una volta “derogata” la norma generale non è più applicabile alla materia, non la regola più. Il favoreggiamento e le false dichia-

razioni al p.m. vengono eclissati dalla norma sul depistaggio, senza che possano residuarne scorie applicative di sorta e senza che si debba capire se la non punibilità espressa solo per la norma speciale si debba estendere, per identità di *ratio*, anche alla norma generale¹⁶.

In proposito qualche conferma si può ricavare sul piano sistematico. Intanto, dalla proposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 170 c.p., che precisa che «la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso». Letta al contrario, la norma sembra dire che, invece, la causa estintiva del reato complesso *si estende* anche al reato, che è suo elemento costitutivo o circostanza aggravante, sicché, posto che il reato complesso non è altro che una forma espressiva del principio di specialità, la conclusione estensiva generalizzata nei casi che ho proposto passa attraverso un sostenibile parallelismo tra cause di estinzione del reato e cause di non punibilità.

Anche un altro spunto sistematico può confermare l'assunto. Mi riferisco alla disciplina della desistenza volontaria e alla dichiarata residua punibilità degli «atti compiuti che costituiscano per sé un reato diverso» ad opera dell'art. 56, comma 3, c.p. Partendo dall'ipotesi - molto controversa - che la desistenza volontaria costituisca una causa di non punibilità del tentativo, si può fondatamente sostenere che la disposta residua punibilità del «reato diverso» costituisca proprio quell' «altrimenti stabilito» fatto salvo dall'art. 15, cioè l'espressione di una deroga specifica al criterio generale. Rimane, perverso, da verificare se tale «reato diverso» sia solo un qualunque reato che nel caso concreto l'agente si trovi a commettere lungo l'*iter criminis* (es. porto abusivo d'arma nel tentativo di furto) oppure possa anche essere il reato componente del tentato delitto complesso (es. violazione di domicilio nel furto in abitazione), perché l'applicazione della pena in tale secondo caso, dopo l'operatività della desistenza volontaria per il reato complesso potrebbe comunque generare talune perplessità.

In conclusione, si può dire che questa rapidissima carrellata sembra confermare la bontà, in linea generale, dell'«azzardo» della Cassazione quando parla a proposito dell'art. 15 di una *operazione interpretativa* (aggiungerei: di natura sistematica) che impone - una volta per tutte - la considerazione «congiunta»

¹⁶ Rimane pur sempre l'irragionevolezza di una disciplina che paradossalmente finisce per avvantaggiare il pubblico ufficiale infedele a scapito del *quisque de populo*, che comunque non potrebbe vantare la non punibilità per i reati di favoreggiamento e di false informazioni: ma da ciò si deve desumere materia per una pronuncia di incostituzionalità *in parte qua* di tali norme e non per ricavare un'*enclave* sul piano interpretativo alla piena operatività dell'art. 15 c.p.

di due fattispecie tipiche. Al netto di tutte le distinzioni nominalistiche e le dispute di teoria generale mi sembra che anche coloro che preferiscono parlare di mera inefficacia della norma generale non possano considerare la non punibilità della norma speciale un fattore “scongelande” in grado di rimettere in pista la norma generale, rinvigorendo la sua efficacia.

5. Reato speciale non procedibile: casistica. - Le conclusioni possono cambiare quando - avvicinandoci al profilo evocato dalla sentenza della seconda Sezione - il reato speciale rimane bloccato nella sua concreta applicabilità semplicemente per via di un *accidente processuale*, quale, ad esempio, la non procedibilità?⁹

Si consideri, ad esempio, il reato di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), tendenzialmente procedibile a querela. Si tratta di una fattispecie speciale rispetto a quella che incrimina la minaccia¹⁷, ed è indubbio che la minaccia costitutiva del reato di atti persecutori possa realizzarsi in uno dei modi previsti dall'art. 339 c.p., dando luogo ad una fattispecie procedibile di ufficio.

Sicché ben può capitare che il reato di atti persecutori (norma speciale), procedibile a querela, si trovi a dover essere applicato al posto di un reato procedibile di ufficio (norma generale). Del resto, l'art. 612 *bis* prevede espressamente, sia pure con inciso risalente e non coordinato con la nuova formulazione del reato di minaccia aggravata, l'ipotesi che le minacce siano realizzate «nei modi di cui all'articolo 612 seconda comma c.p.», stabilendo in tal caso l'irrevocabilità delle querela e non la procedibilità d'ufficio.

Altro caso è quello della contravvenzione di molestie o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), che, pur mirando a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata e non la libertà morale del soggetto preso di mira, viene assorbito dal delitto di minaccia (art. 612 c.p.), procedibile a querela, con il quale si pone in rapporto di specialità bilaterale per aggiunta unilaterale.

Qui disponiamo di un orientamento giurisprudenziale per la soluzione del problema: nei casi in cui la molestia trasmodi in vera e propria minaccia, l'assenza della querela per il delitto di minaccia o la sua remissione non impe-

¹⁷ Più discusso è il rapporto con il reato contravvenzionale di molestie (art. 660 c.p.), che secondo Cass. Sez.I, 14 maggio 2014, *Mass. Uff.*, n. 262254, poiché mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, integra una fattispecie distinta, autonoma e concorrente rispetto al reato di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p., in cui non viene assorbita per la diversità dei beni giuridici tutelati. Si tratta di un esempio di non consentita “apertura” ai criteri sostanziali in chiave, non di contenimento, bensì di sovvertimento del criterio di specialità.

discono di procedere per il reato contravvenzionale, altrimenti assorbito¹⁸. Dunque, secondo questa opinione, la soluzione sarebbe diversa da quella che abbiamo adottato in caso di non punibilità del reato speciale: la mancanza della procedibilità è equiparata alla mancanza di un elemento costitutivo, ed è come se l'art. 15 non avesse mai operato; ovvero, l'art. 15 opera semplicemente congelando l'efficacia della comminatoria penale della norma generale e la non applicazione in concreto della norma speciale costituisce un fattore scongelante.

La stessa questione aveva tormentato la dottrina allorché, nel 2002, un'avventata riforma dei reati di false comunicazioni sociali aveva previsto la "bizzarria" di un reato contravvenzionale (art. 2621 c.c.: norma generale) trasformarsi in delitto - però procedibile a querela¹⁹ - quando in conseguenza del fatto previsto come contravvenzione si fosse verificato un danno patrimoniale a soci o creditori (art. 2622 c.c.: norma speciale per aggiunta unilaterale)²⁰. In quella occasione, per la verità, la maggior parte degli studiosi non se l'era sentita di concludere che l'improcedibilità del delitto avrebbe comunque comportato l'inapplicabilità della contravvenzione, ed aveva sposato, con varietà di argomentazioni, l'opposta soluzione; c'era chi deduceva la bontà della tesi della "inefficacia" rimovibile della norma generale, a detrimento della tesi della sua invalidità, proprio dalla necessità di evitare il paradosso che la raggiunta prova dell'elemento ulteriore e aggravante di un danno patrimoniale potesse eventualmente paralizzare in via definitiva la punibilità di un fatto altrimenti comunque di per sé punibile anche in assenza di querela²¹; chi, addirittura, traeva proprio dal sussistente rapporto di specialità la conclusione che «ogni qual volta la disposizione speciale risulti in concreto inapplicabile, resterà in ogni caso salva l'applicabilità della disposizione generale»²²; chi, invece, senza coinvolgere i principi generali, valorizzava la clausola di riserva di cui era mu-

¹⁸ Cass., Sez. I, 16 luglio 2014, *Mass. Uff.*, n. 261234; conformi, Id I, 9 novembre 1994, *Mass. Uff.*, n. 199624 e Id., Sez. I, 1° luglio 2002, *Mass. Uff.*, n. 222705.

¹⁹ Scelta definita, per esempio, frutto di uno «stravagante intento» da DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine* degli enti collettivi, in *Riv. it.*, 2003, 739, in quale risolutamente conclude che l'esistenza di un rapporto di specialità «da manuale» tra le due norme non consenta di «ripiegare» sulla fattispecie contravvenzionale in caso di mancanza di querela per la fattispecie delittuosa.

²⁰ Era il testo delle norme introdotto con il d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

²¹ GIUNTA, in *"I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali"*, Torino, 2002, 3 ss., secondo il quale la querela in questa costruzione normativa finiva dunque per condizionare non l'an della punibilità, bensì il *quantum* della pena (se delitto o contravvenzione).

²² PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1560.

nito l'art. 2621 c.c., che almeno nell'intenzione del legislatore era stata prevista proprio per evitare di punire sempre un fatto meno grave e solo in presenza di una querela il fatto più grave²³.

Altro esempio applicativo coinvolge la fattispecie della violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), che pacificamente si configura come norma speciale rispetto ad alcune altre (ad es., oltre alla stessa minaccia realizzata con modalità che ne facciano, di per sé considerata, una fattispecie procedibile di ufficio, la violenza privata *ex art.* 610 c.p. e i maltrattamenti in famiglia *ex art.* 572 c.p.), con riferimento alla condotta violenta o minacciosa non esorbitante dall'ambito della costrizione a compiere o subire atti sessuali. Anche in tali casi la norma speciale è, in linea di massima, procedibile a querela, a differenza delle norme che dentro di essa possono rimanere derogate come norme generali.

Questi casi sono vieppiù peculiari perché l'interprete deve anche fare i conti con la norma che stabilisce che il reato di violenza sessuale diventa procedibile d'ufficio se il fatto è *connesso* con un altro delitto procedibile d'ufficio (art. 609 *septies*, comma 4, n. 4, c.p.), sicché si tratta di capire se il reato previsto dalla norma generale possa o no essere equiparato a quello connesso, ai fini della procedibilità: per tale via risorgerebbe quella potenziale applicabilità della norma generale derogata che "modifica" il regime di procedibilità della norma speciale prevalente.

La giurisprudenza è divisa: secondo un primo orientamento, il giudice a fronte di una residua responsabilità penale per violenza sessuale (*tipicità unitaria*) dovrebbe stabilire se l'altro reato-mezzo non sussiste per difetto di elemento costitutivo (*originaria*) ovvero se sussiste ma rimane assorbito (*sopravvenuta*): solo nel primo caso dichiarerà l'improcedibilità per difetto di querela, perché viene meno il reato "connesso" procedibile d'ufficio, mentre nel secondo potrà ignorare l'ostacolo processuale e pronunciare sentenza di condanna²⁴.

Per un secondo prevalente orientamento, invece, in linea con quanto abbiamo sostenuto in relazione alla causa di non punibilità, la distinzione è irrilevante, poiché la connessione viene meno anche se il reato procedibile d'ufficio non scompare del tutto ma è inghiottito nel reato di violenza sessuale²⁵: evidentemente perché l'eclissarsi del reato procedibile di ufficio fa venire

²³ Cfr. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 30 ss., che sottolineava comunque come «il rimedio apprestato per assicurare comunque la "perseguibilità" si esponga a non poche perplessità sotto il profilo della funzionalità rispetto allo scopo»; per DE VERO, *I reati societari*, cit., 741, per legittimare una tale soluzione sarebbe necessaria una dose di "buona volontà" ermeneutica - se non un vero e proprio "atto di fede" - sovrabbondante e probabilmente incompatibile con lo stesso dato letterale.

²⁴ Cass. Sez. III, 13 marzo 2008, *Mass. Uff.*, n. 238523, in cui si trattava di maltrattamenti.

²⁵ Cass. Sez. III, 30 dicembre 2009, *Mass. Uff.*, n. 245871, in cui si trattava di un sequestro di persona;

meno ogni necessità di procedere al suo accertamento, e quindi preclude il delinarsi di ciò che costituisce, nel contempo, ragion d'essere e limite fisiologico della norma che rende procedibile di ufficio il reato *ab origine* procedibile a querela.

6. (segue) *conclusioni*.- Come si è visto nell'esposizione della casistica, qui il panorama è più variegato. Per sostenere che non vi sia alcuno spazio per riesumare la norma generale dopo la paralisi processuale della norma speciale bisogna passare attraverso la tesi che vede nella specialità una deroga (definitiva) alla validità della norma generale basata sulla coesistenza nel sistema della pluralità delle norme e da esse condizionata. Se viceversa, si seguisse l'idea che le norme convergenti restano comunque tutte valide, salva l'inefficacia di quella generale a fini sanzionatori, allora si potrebbe indicare il caso dell'ostacolo processuale all'applicazione della pena per il reato speciale, come uno dei fattori in grado di restituire pienezza all'efficacia della norma derogata.

In realtà, la teoria della inefficacia, largamente minoritaria nella dottrina italiana, si scontra con l'enorme difficoltà concettuale di spiegare come mai nel caso della specialità, posto che ogni elemento rilevante del fatto tipico è presente tanto nella fattispecie speciale, quanto in quella generale, lo stesso possa assumere una duplice contestuale rilevanza, a cui si aggiunge l'altro problema di stabilire in concreto i margini e le condizioni della predicata inefficacia, in assenza di espresse indicazioni legislative. Per esempio, se l'inefficacia riguardasse solo la pena potrebbero invece permanere altri secondari effetti della norma derogata²⁶.

A mio avviso, dal punto di vista teorico la previsione di non punibilità, l'intervento estintivo o l'ostacolo processuale di per sé non fanno venir meno l'operatività giuridica della norma speciale, poiché si tratta di effetti che, anzi, la presuppongono; la norma speciale, invero, ha in tal modo *già consumato* la sua operatività rispetto al fatto concreto, la sua disciplina: mentre la norma generale non potrebbe riemergere in sua vece senza violare il principio del *ne*

Cass. Sez. III, 12 settembre 2013, *Mass. Uff.*, n. 256965, in cui si trattava di una violenza privata.

²⁶ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, 87, il quale parla di ordinamenti che ricollegano al reato eclissato una vasta gamma di possibili conseguenze giuridiche; in Italia si vedano però le sentenze (Cass. Sez. II, 8 febbraio 2007, *Mass. Uff.*, n. 236126; Id., 10 luglio 2008, *Mass. Uff.*, n. 241110) che hanno negato l'applicazione di una pena accessoria (confisca per equivalente: art. 322 *ter* c.p. e art. 640 *quater* c.p.) accanto alla pena principale prevista per la norma speciale (art. 8 d.lgs. n. 74/2000), proprio perché la pena accessoria risultava comminata solo dalla norma generale (art. 640 *bis* c.p.)

bis in idem.

Ciò che abbiamo visto per la causa di non punibilità mi pare valga a più forte ragione per il concreto ostacolo processuale, il quale opera su un piano diverso da quello della norma incriminatrice e solo “dopo” che tale norma è stata individuata come competente a qualificare il fatto di reato.

7. Reato assorbente non procedibile.- E’ ora tempo di tornare alla sentenza che ha suscitato queste brevi riflessioni e di domandarci se alle medesime conclusioni si può pervenire anche nei casi in cui l’unicità del reato discenda dall’impiego di quei - per quanto dubbi e criticati - *criteri contenutistici* che ogni tanto abbiamo visto emergere sulla scena giurisprudenziale, pur con mille cautele.

Si è visto come la sentenza in questione non si spinga sino ad una risposta affermativa a tale quesito e come, anzi, abbia precisato che l’antefatto non punibile opera *solo se il reato assorbente sia procedibile*, pur avendo - più nella forma che nella sostanza - ricondotto il criterio di consunzione al principio di specialità.

La dottrina che ha criticato la decisione ha messo in luce come evocare il c.d. criterio dell’assorbimento per consunzione, affermando che un reato è assorbito da un altro poiché questo ne esprime tutto il disvalore, sia affermazione che poggia su argomentazioni malleabili come l’argilla e che descrive un orizzonte di senso metodologicamente non compatibile con il campo a cui si iscrive il concorso apparente di norme che è quello dei limiti di applicazione della legge penale.

Sarebbero le vicende del caso concreto - seppur ricorrenti frequentemente - a esprimere l’eccesso sanzionatorio del cumulo dei reati, non già informazioni ricavabili in astratto dalle stesse fattispecie criminose. Da questa notazione in senso critico, discende allora logicamente che non ci si debba stupire se, una volta che il giudice abbia inteso dar ingresso a tale criterio “equitativo”, egli guardi solo al caso concreto ed escluda l’assorbimento quando il reato assorbente sia concretamente non applicabile per qualche ragione (finanche la mancata contestazione processuale). Con il venir meno in concreto della pena per il reato assorbente verrebbe anche meno l’esigenza equitativa dell’assorbimento.

In effetti, come si è visto, buona parte della dottrina favorevole alla legittimazione di criteri sostanziali, tende a rimarcare la differente operatività di questi rispetto al criterio strutturale di specialità e, in particolare, è propensa a spiegare l’assorbimento della norma che prevede il trattamento sanzionatorio

meno grave solo sul piano dell'efficacia sanzionatoria: il principio del *ne bis in idem* sostanziale, inteso come espressione della esigenza di proporzione tra fatto e sanzione, è collocato più nel capitolo della "commisurazione" della pena che in quello della astratta posizione delle norme, nell'ambito di una operazione tesa a porre rimedio ai livelli sanzionatori sproporzionati del concorso dei reati²⁷.

A mio avviso una simile distinzione quanto a operatività tra criterio strutturale e criterio valoriale, però, non sembra fondata. E' pur vero che i criteri volariali non trovano un riconoscimento espresso nella legge, ricavandosi dai principi generali (*ne bis in idem*, proporzionalità-offensività) con ampi margini di opinabilità delle soluzioni; ma occorre puntualizzare che anche quando la tipicità unitaria discende da valutazioni di questo tipo, circa i rapporti tra i beni giuridici in gioco o circa la ragionevolezza della complessiva risposta sanzionatoria, l'interprete, senza considerare le peculiarità dell'accadimento concreto, deve ragionare sempre sul piano del rapporto tra norme. Una norma assorbe il contenuto dell'altra a prescindere dalla effettività dell'applicazione della pena commisurata al caso singolo, poiché l'assorbimento riguarda "al più presto" la dimensione delle incriminazioni.

E' la stessa dottrina che si mostra fortemente critica nei confronti di aperture a criteri sostanzialistici, tacciandoli di eversione rispetto al quadro della legalità penale, a ricordare che comunque «si sta trattando di più fattispecie i cui ambiti applicativi in qualche modo interferiscono, o presentano contiguità/continuità logica»²⁸.

Il collegamento tra un reato e l'altro, invero, anche quando opera la consunzione nelle forme dell'antefatto o postfatto non punibile, non dipende dalle peculiarità del concreto accadimento o da una rilevazione statistica circa l'ordinario svolgersi degli accadimenti, bensì proprio dalle stesse "informazioni" che si ricavano dalle fattispecie, sia pure considerate non in una prospettiva logico-strutturale, bensì nel contenuto offensivo che esprimono.

La circostanza indubbia che in tal caso ci si muova su un terreno più friabile non deve far pensare che l'assorbimento di un reato nell'altro discenda da valutazioni attinenti alla «meritevolezza di pena del "fatto concreto"»²⁹, poiché

²⁷ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 74 s.: «il reato più grave assorbe gli altri unicamente in virtù di un particolare principio di rilevanza giuridica: quello che impone l'applicazione della sanzione capace, di per sé, di esaurire la valutazione penalistica del quadro di vita».

²⁸ VALLINI, *Tracce*, cit., 527; anche PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 77, avverte che si deve evitare il rischio di «byapassare» il diaframma delle fattispecie, operando un raffronto immediato tra il disvalore complessivo dell'accadimento storico e la risposta sanzionatoria».

²⁹ VALLINI, *Tracce*, cit., 526. Riconosce i profili di incertezza che apre il criterio della consunzione,

siffatta ricaduta a sua volta dipende pur sempre da valutazioni che concernono la descrizione legale del fatto di reato³⁰.

Ad esempio, che «il reato di cui all'art. 615 *quater* costituisce necessario antecedente del reato di cui all'art. 615 *ter*», come ha sostenuto la Cassazione, non dipende dagli accidenti della vicenda concreta portata dinanzi al giudice, ma dalla circostanza apprezzabile sulla base della descrizione del fatto da parte del legislatore che per entrare abusivamente in un sistema informatico occorre avere ottenuto dapprima le chiavi di accesso altrettanto abusivamente.

Nessuna differenza di piani, dunque, si può apprezzare tra la deroga sancita a favore della norma speciale e l'assorbimento (ricavabile dai principi) ad opera della norma prevalente: entrambi i fenomeni eclissano in via definitiva la norma soccombente, che solo in via teorica aveva preliminarmente la capacità di qualificare giuridicamente il fatto, ma che è destinata a non riapparire in alcun caso sulla scena.

Dunque, a dispetto del tenore di qualche sentenza che sembra affermare il contrario, è preferibile concludere che la distinzione tra tipicità unitaria originaria e sopravvenuta contiene solo una descrizione del diverso ragionamento che conduce il giudice ad applicare un unico reato, ma non ha pratico rilievo: in entrambe le vicende l'altro reato (soccombente o assorbito) perde *definitivamente* qualsiasi capacità applicativa, almeno finché nel sistema si trovi a convivere con la norma speciale o prevalente.

Ciò significa che, non diversamente dal meccanismo dell'art. 15 c.p., quando operano i criteri di valore - negli sporadici casi in cui essi vengono riconosciuti - la norma assorbente, sul presupposto che il fatto di reato sussiste nei suoi requisiti costitutivi, ha svolto la funzione di tutela del bene che le è stata assegnata, già in astratto comprensiva dell'altra, anche quando risulti preclusa la

CONSULICH, *La norma penale doppia*. Ne bis in idem *sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 75 s. il quale sottolinea come esso «si presti ad essere una razionalizzazione *ex post* di istanze equitative, incapace di reggere a esigenze estemporanee e contingenti di prevenzione generale e, più in generale, di garantire soluzioni uniformi al di là del caso concreto».

³⁰ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità*, cit., 348, evidenzia esattamente che il criterio sostanziale dell'assorbimento costituisce espressione di un criterio di sistema volto a confrontare norme giuridiche e non fatti concreti. Per analoghe considerazioni, si può vedere la ricostruzione di MADIA, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, Padova, 2020, 219 ss. In questo senso, non ci si discosta dalla "raccomandazione" della dottrina quando, per patrocinare la teoria strutturale, osservava che se la questione del concorso apparente di norme riguarda le relazioni fra fattispecie astratte, i criteri per risolverlo non potranno che far leva unicamente sul confronto fra queste fattispecie (G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Milano, 1980, 40, il quale tuttavia ritiene che il criterio che fa leva sul bene giuridico valorizza un terzo elemento "estraneo" al confronto diretto tra le fattispecie).

sua concreta capacità punitiva.

Nella sostanza il divieto di applicazione di più reati, quale che sia il criterio che lo determina, esprimendosi “al più presto” nella dimensione astratta della posizione del precetto e risolvendosi, dunque, in una *vicenda interpretativa* non subisce deroghe legate alla accidentalità delle cadenze processuali del caso di specie; sicché, salva diversa specifica indicazione da parte del legislatore, la tipicità unitaria che ne deriva non presenta alcuna differenza rispetto alla tipicità unitaria che sin dall’inizio si palesa nella qualificazione del fatto.

In un caso e nell’altro è definitivamente preclusa ogni ulteriore diversa qualificazione.