

QUESTIONI APERTE

Concorso apparente di norme

La decisione

Concorso apparente di norme - Principio di conservazione degli atti giuridici - Natura delle clausole di riserva (C.p., art. 15; C.p.p., art. 649).

*Ai fini del rapporto tra i delitti di falsità commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici e di abuso d'ufficio, la clausola di riserva contenuta nell'art. 323 c.p., che prescrive la prevalenza del fatto più grave, esclude il concorso a patto che le due fattispecie considerino lo stesso fatto concreto, a prescindere dall'identità del bene giuridico tutelato. Il margine di operatività delle clausole di riserva deve essere, infatti, definito facendo ricorso al criterio dell'*idem factum*, previsto dall'art. 649 c.p.p., poiché anch'esse presentano una funzione di contenimento dell'ordinamento punitivo.*

CASSAZIONE PENALE, SESTA SEZIONE, 28 febbraio 2017 (c.c. 21 Marzo 2017) - CARCANO, *Presidente* - CORBO, *Relatore* - Trombatore, *ricorrente*.

Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme.

Muovendo da una recente sentenza, il lavoro analizza il rapporto tra il concorso apparente di norme, contenuto nell'art. 15 c.p., e clausole di riserva, mirando a porre in luce i principali nodi che rendono difficoltoso ricondurle alla specialità o ad altri criteri interpretativi. La prospettiva che viene delineata è quella di individuare nelle clausole di riserva delle ipotesi autonome di concorso apparente.

The paper takes into account the relationship between the general rule, contained in art. 15 Italian Penal Code. This provision disciplines cases in which just one penalty has to be applied, even if a single fact responds to several offences. On contrary many special rules contained in single legal provisions (named reserve clauses) require to apply only the penalty indicated by the clause itself, which often differs from the one applicable under the general rule. The main aim of the paper is to clarify that the mentioned clauses represent outstanding cases compared with the general rules.

SOMMARIO: 1. Premessa: collocazione delle clausole di riserva - 2. Il caso - 3. Il contrasto giurisprudenziale - 4. *Idem factum* - 5. La questione sottesa al regime delle clausole di riserva - 6. Il ruolo dell'art. 649 c.p.p. - 7. La posizione della dottrina - 8. Il rapporto con l'art. 15 c.p. - 9. Eterogeneità delle clausole di riserva - 10. Le disposizioni *inutili* - 11. Il cambiamento di funzione delle clausole di riserva - 12. Le clausole di riserva come ipotesi concorsuali autonome - 13. Conclusioni

1. Premessa: collocazione delle clausole di riserva.

Il confine tra il concorso apparente di norme e quello formale di reati rappresenta uno dei luoghi della scienza penalistica dove più risulta complesso tracciare un modello di regolazione.

Certo, il legislatore ha fissato il *limes* all'art. 15 c.p., ove è richiesto che le disposizioni, per concorrere apparentemente, debbano regolare la *stessa mate-*

ria, ma l'espressione si è palesata presto indecifrabile¹. È ricaduta, allora, sugli interpreti la responsabilità di "chiarificarlo" e costoro hanno avanzato, nel tempo, diversi modelli ermeneutici.

Quegli stessi interpreti hanno poi aggiunto vari "correttivi", volti a permettere l'applicazione del reato unico anche quando le disposizioni non regolassero la *stessa materia*, come dimostra l'utilizzo dei principi di sussidiarietà, consunzione o dell'*ante* e *postfatto* non punibili.

Ma non sempre tali correttivi si ritengono sufficienti. Così la Cassazione, con la sentenza in esame, ne ha aggiunto un altro, valido esclusivamente per le clausole di riserva. Queste ultime si ritenevano inizialmente informate dal principio di sussidiarietà, che impone l'applicazione del reato unico quando la disposizione munita di clausola tuteli lo stesso bene giuridico di quella cui

¹ I criteri attualmente utilizzati per definire se più norme regolano la stessa materia seguono tre linee principali, di cui si riportano degli esempi, salvo specificarsi secondo la convinzione di ogni singolo autore. Il criterio strutturale, che fonda la relazione su un criterio di similitudine logico-formale, su cui FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello 1937, 323-324; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 233 ss., 434; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenze nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 52 ss.. Quello sostanziale che si fonda sull'idea che ciò che determina la convergenza delle norme sia la tutela di interessi, CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, 275; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 652. Infine il criterio della convergenza sul fatto concreto su cui ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969, 116-7; CONTI, *Voce Concorso apparente di norme*, *Nss.d.I.*, Vol. III, 1959, 1012-3; GALLO, *Diritto penale italiano, appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 159.

la clausola faccia riferimento².

Da questo stato dell'arte la Corte ha preso le mosse rilevando che il cambiamento della recente giurisprudenza nella lettura dell'art. 15 c.p. ha reso inutile il mantenimento del principio di sussidiarietà.

Attualmente, si sostiene, per individuare un'ipotesi di concorso apparente ai sensi dell'art. 15 c.p., occorre che le disposizioni che *regolano la stessa materia* siano quelle poste "in astratto" a tutela dello stesso bene giuridico. Di conseguenza quelle che ieri erano le regole operative del principio di sussidiarietà, oggi si riconducono alla specialità.

Tanto appurato, si poneva però il problema della disciplina delle clausole di riserva. La Cassazione ha quindi fornito loro un nuovo regime individuando nell'art. 649 c.p.p., la disposizione idonea a regolarle, facendo sì che le disposizioni munite di clausola concorrano non più in forza dell'identità del bene giuridico, ma solo in ragione del fatto di considerare lo stesso fatto materiale. Così ha descritto un nuovo principio di diritto più o meno di questo tenore: quando più disposizioni, di cui una munita di clausola, non regolino la *stessa materia*, non può optarsi per la pluralità dei reati, senza prima aver verificato se non considerino lo stesso fatto concreto.

² Si ritiene spesso, a livello manualistico, che le clausole debbano ritenersi ipotesi di concorso estranee all'art.15 c.p. e vadano ricondotte al principio di sussidiarietà FIANDACA, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 722; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, 455-6; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 481; DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 364; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 471 ; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013 464. Per tutti MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 82-5. Tuttavia la ricerca di una collocazione è ben più controversa, nella misura in cui riflette le posizioni dei singoli autori rispetto al concorso apparente di norme. A seconda del tipo di approccio al concorso apparente, infatti, le clausole oscillano tra l'essere ridotte a forme di manifestazione di esso e un'eccezione al concorso di reati. Il FROSALI, *Concorso di norme*, 278-292 le colloca, quando possibile, all'interno della teoria generale del concorso apparente, anche se, in determinati casi, le configura come eccezioni al concorso di reati, governate dal principio di sussidiarietà. Similmente il MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, 491 ritiene che quando non esprimano il contenuto dell'art. 15 c.p., facciano eccezione al concorso effettivo, ma solo qualora le fattispecie risultino in rapporto di specialità reciproca. Analogamente PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 390-391. Per DE FRANCESCO, *Lex specialis*, 162 e il ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale, art 1-84*, Milano, 2004, 182 le clausole derogano all'art. 15 c.p., a causa dell'ampiezza del proprio rimando letterale, e si riferiscono alla disposizione concorrente che, a prescindere da rapporti logico-formali o di valore, insiste sul caso concreto. Ritengono, per contro, che le clausole di riserva non riguardino affatto il concorso di norme ma siano ipotesi già decise dal legislatore CONTI, *Voce Concorso*, 1012; ANTOLISEI, *Manuale*, 110; GALLO, *Diritto penale*, 158. Infine per il PAGLIARO, *Voce Concorso di norme (dir. pen.)*, *Enc. dir. Vol.VIII*, Milano, 1961, 548 le configura come eccezioni al concorso effettivo, riportandole al principio di consunzione.

2. Il caso.

La vicenda storica, in assenza del nuovo principio di diritto, avrebbe portato ad una piana applicazione del concorso formale eterogeneo.

Un dipendente della Camera di Commercio si faceva consegnare del danaro per cancellare il nominativo di alcuni debitori dal registro dei protesti. Eseguiva l'atto d'ufficio, senza, però, corrispondere all'ente la cifra, il cui versamento costituiva presupposto della validità dell'atto. L'appropriazione dei danari da parte del pubblico ufficiale determinava la falsità della dichiarazione con cui si attestava l'avvenuto versamento e, di conseguenza, l'invalidità dell'atto d'ufficio.

Scoperto il fatto, la falsa dichiarazione veniva in rilievo come falso dell'ufficiale, previsto dall'art. 476 c.p. e abuso d'ufficio, art. 323 c.p., per via della strumentalizzazione della funzione. Le disposizioni convergevano sullo stesso fatto concreto, dando l'abbrivio all'indagine sull'apparenza concorsuale ai sensi dell'art. 15 c.p.

Messi a fuoco i rapporti tra le fattispecie "in astratto", i reati in questione non si ritenevano a tutela dello stesso bene giuridico. Non regolavano quindi la *stessa materia*. Sicché il giudicante avrebbe dovuto indirizzarsi all'applicazione di entrambi.

Tuttavia, prima di compiere tale passo, la Corte si arresta sopra l'esame dei rapporti tra gli artt. 323 c.p. e 476 c.p.. L'abuso d'ufficio, infatti, contiene la clausola di riserva salvo che il fatto costituisca più grave reato. Se quest'ultima fosse stata ritenuta operante si sarebbe potuto ribaltare il verdetto dell'art. 15 c.p., permettendo l'applicazione del solo art. 476 c.p.

3. Il contrasto giurisprudenziale.

La sentenza ripercorre, allora, le tappe del contrasto giurisprudenziale, sorto intorno alla possibile apparenza concorsuale tra le fattispecie degli artt. 323 e 476 c.p.

Da un lato stanno quanti affermano che, essendosi ridotto il principio di subsidiarietà al mero doppio di quello di specialità, il concorso tra le due disposizioni andrebbe risolto attribuendo una nuova funzione alla clausola di riserva. Questa si individua, allora, nella "funzione di chiusura" dell'art. 323 c.p. nel sistema dei delitti dei p.u., che dovrebbe operare solo quando sul fatto concreto non ne insista già un altro più gravemente sanzionato³. Dall'altro, invece,

³ Cass., Sez. II, 11 Gennaio 2013, Platamone, in *Mass. Uff.*, n. 20664; Id., Sez. VI, 6 Novembre 2009, Fanuli, *ivi*, n. 42577; Id., Sez. V, 13 Dicembre 2005, Bernardi, *ivi*, n. 45225; Id., Sez. VI, 19 Maggio 2004, Piccirillo, *ivi*, n. 27778; Id., Sez. V, 23 Novembre 1998, D'Asta, in *Cass. pen.* 1999, 28.

si collocano coloro che sostengono che l'operatività della clausola debba comunque dipendere dalla tutela dello stesso bene. Per costoro, infatti, falso e abuso d'ufficio dovrebbero concorrere materialmente, a prescindere dall'esistenza della clausola, in quanto proteggerebbero i differenti beni della genuinità degli atti pubblici, il primo, e, il secondo, l'imparzialità e il buon andamento della P.A.⁴

Per un terzo orientamento, infine, il concorso andrebbe riconosciuto a seconda del concreto atteggiarsi delle condotte⁵. Qui la clausola potrebbe attivarsi solo se quelle non risultino scindibili: reato unico, quindi, quando il falso rappresenti il mezzo di estrinsecazione dell'abuso, concorso materiale quando, invece, possa scindersi da esso perché, in ipotesi, usato per occultare la condotta prevista all'art. 323 c.p..

4. *Idem factum*.

Ricostruito il panorama giurisprudenziale, la Corte propone una soluzione vicina all'orientamento intermedio, ma con toni decisamente innovativi.

Rileva, infatti, che, alla luce della sovrapposizione tra la stessa materia e il principio di sussidiarietà, le clausole si sono ridotte all'inutile doppio della specialità. Spiega allora che tale esito non sarebbe consentito dai "canoni di interpretazione della legge in generale", che legittimano l'interprete a rinvenire un significato *utile* a garantire l'applicazione della disposizione.

Pertanto si sostiene che, perché possa scorgersi un'utilità nel disposto delle clausole, queste dovrebbero operare a prescindere dalla tutela del medesimo bene. Sicché si rileva che il testo dell'art. 323 c.p. *consente* la prevalenza del fatto più grave, a prescindere dal criterio d'indirizzo sostanzialistico.

Ma tale approdo non è ritenuto sufficiente dalla Corte ad affermare l'operatività della clausola di riserva. Si aggiunge, infatti, che la disciplina dell'art. 649 c.p.p., deve essere "esportata" nella parte che impone la convergenza delle disposizioni sull'*idem factum*.

Si dice allora: «la nozione di identità del fatto elaborata in tema di applicazione del divieto di *bis in idem* processuale sembra esportabile ai fini della individuazione dell'area di operatività delle clausole di riserva, per affinità di funzione [...] la finalità delle clausole di riserva, infatti, è quella di evitare comunque una doppia incriminazione, sia pure se per esigenze di tipo sostanziale, *ma comunque in una prospettiva di contenimento dell'ordinamento* penali-

⁴ Cass., Sez. II, 11 Dicembre 2013, Cuppari, in *Mass. Uff.*, n. 5546; Id., Sez. V, 16 Marzo 2000, Palmegiani, *ivi*, n. 3349; Id., Sez. V, 11 Maggio 1999, Graci, in *Cass. pen.*, 2000, 2240.

⁵ Cass., Sez. V, 16 Gennaio 2006, Cavallari, in *Mass. Uff.*, n. 1491.

stico, tanto da porsi oltre i limiti connaturati al principio di specialità».

5. La questione sottesa al regime delle clausole di riserva.

Prima di esaminare la novità dell'esportazione dall'art. 649 c.p.p., conviene interrogarsi sui procedimenti logici seguiti dalla Suprema Corte, che non paiono esenti da qualche pecca.

Partiamo dall'asserto in base al quale le clausole rappresenterebbero l'inutile doppio della specialità. L'affermazione non sembra del tutto esatta. Non si lamenta, infatti, che le clausole riproducano con il proprio testo il contenuto dell'art. 15 c.p., bensì che quest'ultimo, adottando il criterio dell'identità del bene giuridico, si sovrappone alla sussidiarietà.

Non sono, quindi, le clausole in quanto tali a raddoppiare la specialità, quanto la regola che le disciplina⁶. Quindi si poteva benissimo evitare di creare una nuova regola ermeneutica e ricondurre le clausole pianamente all'art. 15 c.p.⁷.

Inoltre, se le clausole possono transitare liberamente dalla sussidiarietà al *ne bis in idem*, ciò significa che la regola in esse contenuta mantiene una sua identità anche all'interno di più regimi, i quali verrebbero, poi, a condizionarne ulteriormente il raggio d'applicazione.

Non si comprende allora perché non darle direttamente applicazione. Del resto, la stessa Corte riconosce che la clausola dell'abuso d'ufficio, di per sé, *consente* la prevalenza del fatto più grave.

Queste perplessità non sembrano trovare spiegazione se non pensando, da un lato, che la nuda lettera delle clausole non risulti in grado di produrre effetti senza la forza di una regola generale e, dall'altro, che questa regola non possa corrispondere a quella contenuta nell'art. 15 c.p..

Sembra questa, infatti, la preoccupazione della Corte nel riferirsi alle clausole come inutili doppi della specialità: in assenza di una regola sovraordinata, che le raccolga sotto la propria egida, quelle rimarrebbero incapaci di contrastare le conclusioni cui si giungerebbe seguendo la specialità.

⁶ Per la dimostrazione della scindibilità delle clausole dai vari criteri sostanzialistici MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 104-117

⁷ Idea del resto da sempre presente in dottrina, laddove si sostiene che l'art. 15 c.p., disciplinando tutte le ipotesi di concorso apparente, debba abbracciare anche le clausole di riserva. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1962, 188; FROSALI, *Concorso di norme*, cit. 278 ss. ; parzialmente d'accordo con l'affermazione, laddove le clausole esprimerebbero anche la specialità reciproca MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 253, 485 ; ritiene riproducano l'art. 15 nella parte della *stessa materia* ma derogano alla regola che individua la disposizione prevalente VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in *Introduzione al sistema penale*, 2, Torino 2001, 388 ; analogamente PADOVANI, *Diritto penale*, cit. 390-391; le identifica come espressione della sussidiarietà, che, però, informerebbe anche l'art. 15 c.p. MORO, *Unità*, cit. 81 ss.

6. Il ruolo dell'art. 649 c.p.p.

Il compito di donare nuova forza alle clausole viene affidato all'art. 649 c.p.p. Del resto, se si ritiene che la sussidiarietà sia stata fagocitata dall'art. 15 c.p., sarebbe poco persuasivo ricorrere ad un criterio sostanziale assai simile, come la consunzione⁸.

Inoltre, la disposizione processuale sembra avere tutte le carte in regola per riuscire nell'impresa. La dottrina la accosta spesso ai criteri sostanziali, da un lato, e, dall'altro, si tratta di una regola ben più definita e con un respiro "di sistema"⁹.

A questo vanno aggiunte le temperie sovranazionali che hanno portato alla ribalta l'*idem factum* come limite alla pluralità di reati prevista dal concorso formale all'art. 81 c.p.¹⁰. Non bisogna, quindi, sorprendersi se, a volte, la giurisprudenza ha inteso esportare la disposizione per darle diretta applicazione nel diritto sostanziale¹¹.

Nondimeno, un'operazione analogica di tal fatta appare ben discutibile. L'asserita identità di funzione, infatti, non pare in grado di superare un più attento scrutinio.

Anche se si concordasse sul fatto che la finalità delle clausole possa essere quella di non raddoppiare la punizione, la *ratio* dell'art. 649 c.p.p. non pare affatto la stessa.

Se si osservano gli effetti del *ne bis in idem* processuale, si nota che il divieto del secondo procedimento ne produce diversi. Vietando, infatti, seccamente

⁸ Sono note le similitudini tra i due criteri che, spesso, determinano l'impossibilità di distinguerli o permettono di ridurli l'uno alla sfera applicativa dell'altro, come dimostrano le opere del MORO, *Unità*, cit. 84-92 e del PAGLIARO, *Voce Concorso di norme*, cit. 546-7.

⁹ Ritengono unico il principio ispiratore del *ne bis in idem* processuale e di quello sostanziale FIANDACA, *Diritto penale*, 722; GALLO, *Diritto penale*, 162. La questione, in realtà, aleggia da tempo. Ad esempio per il MORO *Unità*, cit. 84 la regola processuale avrebbe addirittura ispirato quella sostanziale. Il periodo attuale ha, quindi, offerto il destro per riproporre un dibattito datato - ma mai sopito - che già vedeva la contrapposizione tra quanti volevano esportare per analogia di funzione l'istituto processuale nel diritto sostanziale e quanti per ragioni logiche o strutturali ne sostenevano l'impossibilità. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 393 nota 67.

¹⁰ Per la ricostruzione dell'*idem factum* dopo la sentenza della Corte Costituzionale 200/2016 si rimanda a FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, *Arch.*, 2017, 6-8; TRIPOLI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, *Riv. it. dir. proc.*, 2017, 1047 ss.; GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2015, 1205; RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, *Cass.* 2010, 3810; esemplare l'analisi del BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del "doppio binario" sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, *Dir. proc.*, 2016, 268.

¹¹ Sul punto si vedano le puntuali osservazioni di PINI, *In margine ad un'originale soluzione in materia penal-tributaria: tra ne bis in idem processuale e principio di specialità, sullo sfondo della tutela multilivello dei diritti*, *www.archiviopenale.it*, 2016

il secondo procedimento, può anche vietare l'assoluzione nel secondo giudizio. Quindi il minimo comune denominatore tra i possibili effetti appare la stabilità del primo giudicato¹².

Inoltre, anche ammettendo che esista tale *ratio* dell'art. 649 c.p.p., non sembra che la descrizione risulti suscettibile di esportazione analogica nel senso che la Corte impiega.

Bisogna distinguere infatti la previsione, la parte descrittiva, da quella della conseguenza giuridica (risarcimenti, pene, conseguenze processuali etc.). Solo la previsione reagisce all'analogia, perché solo questa descrive il *simili casu*, al quale estendersi.

Quindi il fatto di predicare l'estensione analogica dell'art. 649 c.p.p. non serve a introdurre una nuova conseguenza giuridica, tale da incidere sul diritto sostanziale, ma solamente ad estendere il divieto *processuale* di iniziare il secondo procedimento.

Tuttavia, preso atto di questo, la pretesa *ratio* di contenimento punitivo sembra creare confusione nell'interpretazione del *ne bis in idem* processuale. Si verrebbe, infatti, a sostenere che il divieto scatti solamente allorché il fatto concreto venga valutato nel primo giudizio alla stregua di più norme¹³.

Così facendo, però, si finirebbe per contraddire proprio la *ratio* di contenimento delle punizioni. Basterebbe, infatti, che nel primo giudizio il fatto venisse valutato in base ad una disposizione sola per paralizzare il divieto nei confronti del secondo giudice: libero, a quel punto, di applicare al fatto nuove disposizioni penali.

Dell'operazione analogica ipotizzata dalla Corte resta in piedi, quindi, solo una presa di posizione che, dietro lo schermo dell'art. 649 c.p.p., palesa la ricerca di un divieto sostanziale di doppia punizione¹⁴.

¹² Non sembra, infatti, che l'art. 649 c.p.p. risulti univocamente riconducibile alla *ratio* di evitare la doppia punizione. Individua, dopo un'attenta ricostruzione della giurisprudenza europea, la nuova *ratio* della proporzionalità dietro il *ne bis in idem* processuale TRIPOLI, *Cumuli punitivi*, cit. 1054 ss.; risponde ad esigenze di certezza delle situazioni soggettive per RAFARACI, *Voce Ne bis in idem*, *Enc. Dir. Annali*, 2010, 861ss.; risparmio di tempo e risorse CAPRIOLI E VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, 70 ss.; ragioni di certezza e di economia, anche a costo di sacrificare esigenze di giustizia CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 101-102; alla stabilità della decisione definitiva RUGGIERO, *Il ne bis in idem*, cit. 3808 ss.

¹³ Se si sostiene che il divieto abbia lo scopo di contenere l'ordinamento punitivo e che la necessità si palesi nelle ipotesi in cui lo stesso fatto venga punito in base a più titoli, come dimostra il tentativo di analogia rispetto alle clausole di riserva, si finisce per ridurre l'operatività del divieto solamente a tali ipotesi.

¹⁴ L'operazione rimanda agli schemi della concezione "sanzionatoria" del diritto penale, per la quale le disposizioni sparse per l'ordinamento si ritengono in grado di condizionare l'applicazione della disposizione penale. Sul punto GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, *Riv. it. dir. pen.*, 1920 *passim*. Per la critica all'orientamento si veda DELITALA, *Voce Diritto penale*, *Enc. dir.*, Vol. XII,

Un simile tentativo di estensione inoltre, non potrebbe neanche esperirsi nella forma dell'*analogia iuris*. Quest'ultima, infatti, presuppone la dimostrazione dell'esistenza di una regola generale, in questo caso il *ne bis in idem* sostanziale: cosa ben poco pacifica allo stato attuale¹⁵.

7. La posizione della dottrina.

Si dovrebbe allora, ammettere che le clausole di riserva vadano lette come doppiioni dell'art. 15 c.p., ma è interessante osservare come la dottrina si sia sollevata contro questa opzione. E lo è ancor di più rilevare come, nel farlo, abbia seguito le stesse cadenze della Corte, pur con le differenze dovute all'adesione ad un indirizzo monista o pluralista.

Nelle teorie moniste, che utilizzano il criterio strutturale, è sentito lo sforzo di allontanare le clausole dalla disposizione di parte generale. L'interprete che ritenga di applicare l'art. 15 c.p. alle clausole si troverebbe, infatti, nella morsa logica di dover ritenere che la lettera di quelle rimandi ad una delle disposizioni comprese nel rapporto di specialità: quella generale o quella speciale¹⁶.

Così, se si ritiene che la clausola rimandi alla disposizione speciale, questa si pone come il doppio della specialità, palesando l'inutilità della previsione espressa delle clausole. Se si sostiene, invece, che rimandi a quella generale, si conclude che rende sempre lettera morta la disposizione speciale, cui la clausola accede. Per il criterio strutturale infatti, insieme alla disposizione speciale ricorre sempre quella generale, così come un infanticidio implica sempre la ricorrenza dell'omicidio, o il peculato quella dell'appropriazione indebita¹⁷.

Tali frizioni con l'art. 15 c.p. sono state, però, agevolmente superate. Si è so-

1964, 1096 ss.. Sembra tuttavia che il sistema più affidabile per separare le politiche legislative ed evitare confusionarie sovrapposizioni, debba identificarsi con il criterio della sanzione, ovvero con la teoria in base alla quale che i rami dell'ordinamento si differenziano, senza possibilità di comunicare, in ragione delle differenti conseguenze giuridiche associate alle fattispecie.

¹⁵ PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 62 ss.

¹⁶ MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 253-5, 490-491. Analogamente PADOVANI, *Diritto penale*, cit. 390-391 e VALLINI, *Concorso di norme*, cit. 388. Qui, in particolare, si afferma che alle clausole può applicarsi la *stessa materia* dell'art. 15 c.p., salvo derogarvi poi per la scelta della disposizione prevalente. Non si capisce, però, perchè solamente la *stessa materia*. Se la premessa è l'applicabilità della regola generale sulla specialità alle clausole, non possono esserci mezze misure, o si applicano sia la regola di convergenza che quella di prevalenza, oppure il testo delle clausole, come si vedrà, da solo è in grado di derogare a tutte e due.

¹⁷ Si veda sul punto l'impostazione del MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 490-491. L'A. ritiene che l'art. 15 c.p. ricomprenda le sole ipotesi di specialità unilaterale. Sicchè il rilievo che le clausole risulterebbero inutili doppi dell'art. 15 c.p. è preso come il volano per affermare che queste ricomprendano il più generale principio della specialità bilaterale, esportabile per analogia dal disposto delle clausole di riserva.

stenuto che, poiché la lettera delle clausole permette l'applicazione di un'unica disposizione, anche laddove la specialità imporrebbe la pluralità di reati, queste, in realtà, dovrebbero ritenersi espressione dei criteri della specialità bilaterale oppure di un'autonoma ipotesi di concorso, regolata dalla lettera delle clausole, ma valida solo dove quelle non confermino i risultati cui si sarebbe giunti mediante l'applicazione dell'art. 15 c.p.¹⁸.

Anche nelle teorie pluraliste si rileva che le clausole perderebbero di utilità se pianamente riportate all'art. 15 c.p.¹⁹. Per i fautori di esse risulta, forse, più semplice giustificare il nuovo regime delle clausole. Ivi si muove, in genere, dalla premessa che la struttura delle disposizioni palesi la soluzione di un conflitto di interessi. Sostenendo che questo si manifesti per gradi, diventa possibile evitare che il contenuto dell'art. 15 c.p. si replichi nelle clausole: basta asserire che il primo grado del conflitto passa attraverso la specialità, che mostra la valutazione degli interessi attraverso la struttura delle disposizioni, e che il secondo si manifesta in un criterio sostanziale, che il legislatore avrebbe formalizzato con le clausole di riserva. Queste, dunque, vengono additate come la sede in cui si trovano positivizzate sussidiarietà e consunzione²⁰.

Così, una volta spinte le clausole “fuori” dal raggio di azione dell'art. 15, riportandole all'inciso “salvo che sia altrimenti stabilito”, contenuto nella disposizione di parte generale, monisti e pluralisti concordano sul fatto che queste non abbiano nulla da spartire con la disciplina generale del concorso di norme, ma, al contrario, integrino, al pari di tutte le ipotesi “correttive” della pluralità dei reati - ante e postfatto, sussidiarietà, consunzione e *ne bis in*

¹⁸ Si ritiene, infatti, che le clausole a riserva c.d. determinata, già somiglianti in astratto alla disposizione richiamata, siano piana espressione dell'art. 15 c.p., mentre ciò non varrebbe per quelle a riserva c.d. indeterminata, dove il testo della clausola può rimandare a disposizioni affatto diverse da quelle di rinvio. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit. 180 ss.; ID., *Voce Concorso apparente di norme, Dig. Pen.*, Torino, 2006, 426. Se non ci si inganna, risulta simile anche la posizione del ROMANO, *Commentario sistematico*, 182.

¹⁹ Rileva l'inutilità di quasi tutte le singole clausole quando “ripetano” l'art. 15 c.p. il FROSALI, *Concorso di norme*, 278-287, 395 ss. Secondo l'A. una volta rilevata l'inutilità delle clausole come doppione, occorrerebbe attribuirgli una funzione identificandole come la sede del principio di sussidiarietà, operante quando le disposizioni in gioco tutelino lo stesso interesse.

²⁰ Questa è principalmente conosciuta per la versione offertane dal MORO, *Unità*, 82-5. Tuttavia il ragionamento si ripete ugualmente anche negli altri casi. È sufficiente scorrere le pagine dei sostenitori delle teorie pluraliste per rendersi conto che la specialità strutturale si pone come *una* tra diverse spiegazioni al concorso apparente, sicché, per tenere ferma la teoria adottata nell'art. 15 c.p., basta sostenere che le clausole siano presidiate da uno degli altri criteri GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, Vol.I*, Milano 1952, 416 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*, 653. Analogamente il PAGLIARO, *Voce Concorso*, 543 ss. dopo aver spiegato che il concorso di norme non risponde solo alla specialità strutturale deduce il principio di consunzione dal testo delle clausole. Per il rimando alla manualistica aderente a simili impostazioni V. nota 2.

idem sostanziale²¹ - delle “eccezioni” al concorso di reati²².

8. Il rapporto con l’art. 15 c.p.

Sembra di trovarsi innanzi ad uno schema ricorsivo, dove giunge sempre una nuova disposizione a dare un senso alla debole lettera delle clausole di riserva. Vale, allora, la pena indagare la fonte di questo moto ermeneutico: ovvero l’asserzione in base alla quale le clausole necessiterebbero di un nuovo alloggio sistematico per non ridursi a inutili doppi dell’art. 15 c.p.

L’espressione merita particolare attenzione nella misura in cui postula che l’art. 15 c.p. e le clausole di riserva, qualunque sia il loro rapporto, soddisfino lo stesso bisogno. Del resto che l’uno renda inutili le altre non potrebbe affermarsi se non postulando che rivestano la stessa funzione. Il che non dovrebbe valutarsi in termini necessariamente negativi, si tratterebbe pur sempre di una scelta, pur curiosa, del legislatore.

Ma, a ben guardare, ci si accorge che un simile risultato si pone solo *prima facie* come frutto della volontà legislativa. Il contenuto dell’art. 15 c.p., e il conseguente rapporto con le clausole, derivano, invece, da un’opera di integrazione interpretativa.

L’art. 15 c.p. presenta un’oscurità testuale che difficilmente permette di decifrarne il contenuto, generando incertezza sul suo margine d’azione, e, di conseguenza, privandolo della possibilità di essere applicato.

Nondimeno i canoni d’interpretazione della legge in generale, in questo caso l’art. 12 delle preleggi, permettono all’interprete di integrare le descrizioni oscure in modo che la disposizione interessata trovi comunque utilizzo.

Si dice, allora, che l’intervento ermeneutico fornisce un significato utile

²¹ Sulla natura correttiva di tali criteri si rimanda alle classiche osservazioni del DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Varese, 1976, 494-496.

²² La tesi non sembra convincente per almeno due motivi. Uno è l’ingovernabilità dei criteri che dovrebbero indirizzare le clausole V. nota 31. L’altro è legato alla configurazione delle clausole come eccezioni al concorso di reati. Dal momento che il sopravvenire della clausola nega la pluralità dei reati, che è presupposto dell’istituto e che il concetto di eccezione implica che ad una disposizione già ricorrente si colleghi una conseguenza giuridica diversa, qui non c’è eccezione ma carenza dei presupposti. Noto è che di pluralità di reati e quindi di concorso effettivo può parlarsi solo una volta accertato, al netto dell’utilizzo dei vari criteri ermeneutici, l’assenza di possibilità di ridurre il numero. VASSALLI, *Voce Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, *Enc. dir.*, 2, Milano, 1958, 514; MORO, *Unità*, 30; PAGLIARO, *Voce Concorso di reati*, *Enc. Dir.*, 7, Milano, 1962, 662-663; PROSDOCIMI, *Voce Concorso di reati e di pene*, *Dig.*, Torino, 1988, 514. E altrettanto noto è che il concetto di eccezione necessita di una disposizione *astrattamente applicabile* ma derogata BIGIAMI, *Normalità e anormalità nella costruzione giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1968, 518 ss.; QUADRI, *Dell’applicazione*, 280-281; MODUGNO, *Voce “Norme singolari, speciali, eccezionali”*, *Enc. dir.*, 28, Milano, 1978, 520; CAIANI, *Voce Analogia. (Teoria generale)*, *Enc. dir.*, 2, Milano, 1958, 369-370; VELLUZZI, *Le preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013, 80 ss.

all'applicazione²³, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici²⁴. L'art. 15 c.p., così, si è prestato ad accogliere le più diverse teorie, potendo "conservare" la propria applicabilità grazie all'opera degli interpreti²⁵, i quali hanno fornito alla disposizione un contenuto in grado di svolgere la funzione di regolare il concorso apparente. Tale contenuto è stato successivamente messo in relazione con le clausole di riserva, postulando la menzionata identità funzionale.

Il rapporto della disposizione generale con le clausole, quindi, viene a dipendere dalla teoria inserita all'interno dell'art. 15 c.p.. Sicchè la privazione di effetti di qualcuna di esse finisce per apparire, come si vedrà a breve, un prezzo dovuto per soddisfare la necessità di regolare in generale la materia del concorso apparente.

9. Eterogeneità delle clausole di riserva.

In effetti il fenomeno sembra inevitabile sia se si guarda ai singoli criteri proposti per "riempire" l'art. 15 c.p., quanto se si pensa alla possibilità stessa che un unico criterio possa riassumere la varietà delle clausole di riserva.

²³ L'operazione si svolge in via subordinata rispetto alla lettura della disposizione, la cui ricognizione letterale rappresenta il primo e necessario passo in vista dell'applicazione LUCIANI, *Voce Interpretazione conforme*, *Enc. dir.*, III Annali, 10, Milano, 2016, 434-435. Analogamente QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, art. 10-15, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 252 ss.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. a cura di Alessandro Baratta, Milano, 1970, 115 ss.; BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008 237-242. La questione non va confusa con il fenomeno sovente indicato come crisi del testo. Questo discende dalla scoperta che l'enunciato linguistico non esprime un solo significato dentro la cornice delle parole ma una pluralità dipendente dai contesti, sicché sembra adeguato un approccio interpretativo moderatamente scettico FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008 *passim*; VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit. 18 ss..

²⁴ L'idea della conservazione dell'atto giuridico, di derivazione romanistica, permette, davanti a casi in cui la dichiarazione appaia ambigua, di far spazio alla ricostruzione dell'interprete in modo da rendere apprezzabile l'*utilitas* della disposizione. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 19-23, 377 ss.. A quegli è permesso, così, di indicare l'utilità del testo normativo per renderlo comunque efficace in accordo con il canone *ut res magis valeat quam pereat*, che passa dall'interpretazione del negozio, art. 1367 c.c., a quella dei trattati internazionali GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, *Enc. dir.*, 9, Milano, 1961, 173.

²⁵ L'art. 15 c.p. ospita infatti un numero estremamente ampio di modelli interpretativi. Si prendano ad esempio quanti sostengono il criterio della specificazione formale FROSALI, *Concorso di norme*, cit. 310 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 431 ss.; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, 123 ss.; pur nell'ambito della teoria pluralistica BETTIOL, *Diritto penale*, cit. 652 ss.; MORO, *Unità*, cit. 61 dove anche il criterio strutturale può essere sindacato alla luce dell'equilibrio degli interessi; per una rivisitazione in chiave sostanzialistica non troppo dissimile PAPA, *Fantastic voyage, attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, cit. 131-3; ricomprende che, oltre al criterio strutturale, la specialità riguardi le ipotesi di reato progressivo ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, cit. 250-251; l'equilibrio del giudice, in applicazione della sussidiarietà CONTI *Voce Concorso*, cit. 1015-1016.; *idem* GALLO, *Diritto penale*, cit. 162.

Si prenda l'esempio del concorso tra art. 306 e 378 c.p.. La clausola prevista per l'assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata rimanda al favoreggiamento personale, ma le due fattispecie non sono in rapporto né di specialità né di sussidiarietà. Il favoreggiamento non si estrinseca, infatti, *semprè* nelle modalità previste all'art. 306 c.p., che possono rilevare anche aldilà dell'elusione delle indagini: si immagini il membro della banda che porge un cellulare al correo in stato di arresto. Né le due fattispecie si rivolgono allo stesso bene giuridico: la personalità dello Stato nell'un caso, l'amministrazione della giustizia nell'altro. Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi per l'*idem factum*, se si considera che non riuscirebbe a non lasciare priva di effetti la clausola determinata che rimandi ad una disposizione contemplante episodi necessariamente pregressi, come nel caso dell'art. 378 c.p..

Inoltre le clausole sono tali e tanto varie che difficilmente sembrano poter essere raccolte sotto il "tetto" di una stessa regola. Si contano, infatti, clausole a riserva c.d. determinata, indicanti specifiche disposizioni - es. art. 316 *ter* che rimanda all'art. 640-*bis* -, a riserva c.d. indeterminata, che descrivono un criterio per individuare la norma prevalente - es. il fatto più grave prevale ai sensi dell'art. 323 c.p.; il reato in cui si sia concorso art. 648 c.p.; il fatto che prevede il porto d'arma come elemento costitutivo o circostanza aggravante art. 4 L.895/1967; o, semplicemente, un reato art. 1, co. 7, d.l. 35 del 2005 sull'acquisto di materiale contraffatto -, clausole che identificano fatti avvenuti in diversi contesti spazio-temporali - art. 378 c.p. che opera fuori dal concorso nel reato presupposto - , che si ritrovano in gran numero in diverse collocazioni del codice etc...²⁶.

Prevalenza di norme determinate, più gravi, ricorrenti in diversi momenti dello spazio e del tempo etc.: è davvero possibile identificare un modello unico che racchiuda tale varietà?

10. Le disposizioni inutili.

Nondimeno sarebbe assai pericoloso arrestare la riflessione a questo stadio. Ammettere, infatti, che il criterio generale, contenuto nell'art. 15 c.p., possa rendere inutili delle disposizioni, pone davanti ad una questione, che rischia di delegittimare ogni contributo interpretativo che voglia "conservare" l'applicabilità della disposizione di parte generale.

Ogni intervento di tal guisa rischia, infatti, di incontrare una facile critica, laddove si ponga mente al senso che assume la privazione di effetti di una dispo-

²⁶ Sulle varie tipologie di clausole MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 488 ss.

sizione espressa.

L'interprete, quando propone una ricostruzione generale del discorso legislativo, dovrebbe tener conto di tutte le previsioni espresse in una data materia. Se il legislatore, infatti, si è speso in una regolazione tanto minuta, come quella delle clausole, può aver inteso conferire un senso ad ognuna di esse.

Quindi l'interprete non dovrebbe seccamente obliterare delle disposizioni scomode a questa o quella teoria, bensì adottare un modello che permetta a tutte le previsioni di produrre effetti, privilegiando la coerenza del discorso legislativo²⁷. L'obiezione cui va incontro, avanzando un modello che priva di effetti tali previsioni, allora, è di non aver tenuto conto di tale coerenza, anteponendo il proprio giudizio.

Se si accorda primaria importanza, infatti, alla necessità che l'art. 15 funzioni, anche a prescindere dagli ostacoli posti da altre disposizioni, bisogna accettare che l'interprete possa decidere quali privare di effetti, producendo modelli inevitabilmente legati al proprio punto di vista²⁸. Gli si concederebbe, però, una libertà molto ampia. Come esser sicuri, allora, che non introdurrà nel concorso un modello arbitrario, obliterando ogni disposizione ostativa?

L'art. 15 c.p. rischierebbe, così, di diventare un istituto equitativo, in cui l'interprete del caso concreto potrebbe disporre direttamente del numero delle punizioni, restringendo o ampliando l'apparenza concorsuale. In tal caso risulterebbe abbastanza arduo far tornare i conti con i vincoli alla punizione posti dagli artt. 25 della Costituzione e 7 della CEDU²⁹.

11. Il cambiamento di funzione delle clausole di riserva.

La produzione di inutili doppi è pericolosa, quindi, nella misura in cui rischia di palesare l'arbitrarietà di una *qualsiasi* scelta ermeneutica che voglia dare un senso alla disciplina generale del concorso apparente. Tuttavia non appari-

²⁷ Sulla necessità di tenere in considerazione il complesso del discorso legislativo in sede interpretativa QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit. 255.

²⁸ Tesi di recente sostenuta dal SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, *Ind., pen.*, 2017, 466 ss., rilevando l'impossibilità di adottare una teoria del concorso apparente che non trovi fondate obiezioni.

²⁹ Un giudizio equitativo in tema di concorso apparente cozzerebbe, infatti, sia legalità nazionale, che subordina la "punizione", art. 25 Cost., intesa come il complesso delle regole che decidono della pena, alla riserva di legge, ovvero alla precostituzione di regole in base alle quali indirizzare il giudizio, sia con la legalità convenzionale. Quest'ultima, in particolare, pur investendo attualmente i soli precetto e sanzione, necessita nondimeno di una determinatezza tale da rendere prevedibile al singolo la punibilità della propria condotta. E se, a seguito del caso Contrada Corte europea, Sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, tale necessità sembra investire anche il titolo del reato, dovrà, a maggior ragione, il numero dei titoli sui quali si fonderà la condanna. Di recente GAMBARELLA, *I modelli della legalità penale e la vicenda Taricco*, in questa *Rivista*.

rebbe più tale se si trovasse una giustificazione per l'eliminazione delle clausole dallo spettro della disciplina generale del concorso.

Ecco, allora, l'utilità di ricondurle ad un nuovo istituto che si faccia carico della loro disciplina. Si trasforma la clausola da inutile doppio a disposizione dotata di una nuova funzione, facendola "migrare" verso i lidi di un criterio diverso da quello contenuto nell'art. 15 c.p.. Ci si smarca così dalla problematica di dover giustificare le incoerenze del modello concorsuale proposto.

Tuttavia, a nostro sommo avviso, manca la legittimazione anche a compiere una simile operazione. Sostenere l'inutilità delle clausole non basta a ricondurle ad un altro istituto. Le preleggi, infatti, autorizzano sì l'integrazione interpretativa, permettendo di trovare il significato utile, ma solo davanti all'oscurità del testo³⁰. Quello delle clausole, invece, non risulta affatto oscuro. Quindi le preleggi autorizzerebbero ad incidere solo sul contenuto dell'art. 15 c.p. ma non su quello delle clausole.

E se anche l'operazione fosse permessa, non risulterebbe conveniente sul lungo periodo. Proprio a causa del disposto delle preleggi, il contenuto dell'art. 15 può cambiare, passando dalla specialità strutturale al bene giuridico, e, volendo, anche al fatto concreto. Pertanto, come si è visto, le clausole, abbracciate dai già fragili criteri della specialità bilaterale, della sussidiarietà o della consunzione³¹, potrebbero tornare nuovamente a minacciare l'art. 15 c.p.³².

³⁰ V. note 23 e 24.

³¹ Per un'approfondita critica della specialità bilaterale GALLO, *Diritto penale*, cit. 161 ss.. Quanto alla sussidiarietà, con rilievi suscettibili di estendersi anche alla consunzione, si riportano le principali critiche. La prima risiede essenzialmente nella natura equitativa del principio che, mancando di una base positiva, non fornisce una chiara direttiva al giudice. Tanto nella versione per la quale le norme in assorbimento devono tutelare lo stesso interesse FROSALLI, *Concorso di norme*, cit. 585 ss. quanto in quella secondo cui quale spetta al giudice valutare la situazione di fatto tra interessi classificabili MORO, *Unità pluralità di reati*, cit. 75-8 la direttiva da seguire nei casi concreti si rivela massimamente sfuggente. Di conseguenza il criterio della sussidiarietà è stato criticato perchè si risolve in una teoria applicativa costruita sopra l'effetto desiderato (l'assorbimento), che solo la specialità è deputata a produrre ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 112-3. Si è rilevato, in secondo luogo, che legittimerebbe applicazioni contraddittorie rispetto alla regola della specialità MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 104 ss.. Infine si è evidenziato come, necessitando sempre dell'integrazione dell'interprete, non sarebbe possibile circoscriverne la portata applicativa, neanche in relazione alle clausole di riserva GROSSO, PELISSERO, PETRINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2013, cit. 565. Su tali basi anche la Cassazione ha ritenuto l'inutilizzabilità del principio di sussidiarietà Cass., Sez. un., 20 Dicembre 2005, A.M. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 47164; Id., Sez. un., 28 Aprile 2017, Stalla, *ivi*, n. 20664. Per il *ne bis in idem* processuale valga quanto rilevato al punto 6.

³² Sostiene che la specialità bilaterale si legittimi all'interno dell'art. 15 c.p. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit. 52 ss.. Per il MORO, *Unità*, cit. 42-5, 61, invece, il reale rapporto di rango, di natura sostanziale, intercorrente tra le disposizioni, viene solamente *indiziato* dal criterio strutturale, sicchè nella stessa applicazione dell'art. 15 c.p. sono permessi i correttivi informati dalla sussidiarietà. Con un ragionamen-

Inoltre nessuna tra le menzionate regole “paracadute” riesce a dare un senso a *tutte* le clausole di riserva, per il semplice fatto che non potrebbe riassumerne la varietà. Quindi se la produzione di inutili doppi della specialità è la ragione che ha imposto di allontanare le clausole dall’art. 15 c.p. dovrebbe imporre anche di strapparle agli altri istituti che le rendano inutili.

12. Le clausole di riserva come ipotesi concorsuali autonome.

L’espedito di far “migrare” le clausole, quindi, non fa che nascondere la problematica. Nondimeno rappresenta anche un’utile intuizione. Si è realizzato, infatti, che da questo *impasse* non può uscirsi, se non smentendo il presupposto alla base di questa costruzione: ovvero che le clausole e l’art. 15 c.p. rispondano alla medesima funzione.

Si trattava, però, evidentemente di un equivoco. Non si vede perché, infatti, se il legislatore si è dato pena di prevedere espressamente le clausole, non si debba pensare che queste costituiscano, solo per questo fatto, ipotesi autosufficienti di concorso apparente, che quegli può aver previsto per scopi diversi da quelli cui ha votato l’art. 15 c.p..

L’interprete, quindi, non si deve trovare nell’imbarazzo di privare di effetti qualche disposizione, ma semplicemente pensare al concorso apparente dell’art. 15 c.p. e quello delle clausole come ipotesi su binari paralleli, prive di interazioni.

Del resto è stato già teorizzato che le clausole di riserva descrivano ipotesi autonome di concorso apparente, esulanti dalla giurisdizione dell’art. 15 che disciplina il concorso apparente “salvo che sia altrimenti stabilito”³³. Quindi, alla luce dei risultati emersi, conviene indagare questo punto di vista.

Gli effetti di una simile ricostruzione, inoltre, appaiono per lo più benefici. L’applicazione si ferma alla semplice lettura delle clausole. Certo, a volte, occorre discutere su cosa significhi “fatto più grave” ma, nondimeno, è chiaro che una volta risolto il nodo, la disposizione con clausola soccombe, senza l’ulteriore esame sull’identità del bene giuridico.

to analogo, ma propugnante l’inclusione della consunzione nel concorso apparente PAGLIARO, *Voce Concorso di norme*, cit. 551. Sostengono che *stessa materia* significhi stesso fatto ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 116-7; CONTI, *Voce Concorso*, cit. 1012-3; GALLO, *Diritto penale*, cit. 159.

³³ Soluzione, peraltro, spesso paventata dagli strutturalisti senza mai, però, affrancare del tutto le clausole di riserva dal principio di specialità, ritenendole un’eccezione alla scelta della *disposizione di legge speciale* e, eccezionalmente, anche alla *stessa materia*. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit. 477- 480; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit. 52-53, 140 ss.; ID. *Voce Concorso apparente*, cit. 426; VALLINI, *Concorso di norme*, cit.; 388. Più di recente sulla collocazione delle clausole fuori dal raggio d’azione della specialità è stata incidentalmente sostenuta da Cass., Sez. V, 04 Ottobre 2016, Robusti, in *Mass. Uff.*, n. 47683.

Si evita ogni imbarazzo rispetto alla regola della specialità nei casi in cui il disposto della clausola sovverta il giudizio in termini pluralistici di disposizioni che non regolano la stessa materia, o in quelli in cui i due istituti portino alla prevalenza della stessa disposizione. Risulterà, allora, accettabile sia che l'art. 323 c.p. faccia prevalere un'altra disposizione che descriva il fatto concreto, sia che una clausola come quella dell'art. 378 c.p., faccia prevalere un fatto necessariamente separato nello spazio e nel tempo. Ma risulterà tale anche il fatto che clausole a riserva determinata indichino disposizioni che potrebbero convergere *anche* per la specialità "in astratto": es. la clausola dell'art. 277 c.p. che rimanda al generale art. 276 c.p..

Infine si permette una politica criminale più limpida. Se, infatti, le clausole possono funzionare con la sola lettera, si riabilita e responsabilizza il ruolo del legislatore nella descrizione dell'ipotesi concorsuale³⁴, da un lato, e, dall'altro, si permette all'operatore di giovare della clausola per l'interpretazione del fatto tipico cui accede³⁵. Se, queste, infatti, risultassero asservite a questa o quella regola generale, il significato utile della clausola sarebbe deciso da quelle regole. Che senso avrebbe, allora, utilizzarne la lettera per trarre indizi sul contenuto del fatto tipico?

13. Conclusioni.

Torniamo, al fine, al caso che ci impegna. Se si ritiene auspicabile che il giudice si attenga al dettato della legge senza troppe acrobazie ermeneutiche, il nuovo principio di diritto andrebbe rigettato.

In realtà la sentenza ha solamente palesato la vitalità di un problema di fondo della teoria del concorso apparente, rispetto al quale l'introduzione del divieto di *bis in idem* come criterio ispiratore delle clausole si pone solo come un'occasionale valvola di sfogo.

La necessità, infatti, di introdurre una teoria dell'art. 15 c.p. che non apparisse arbitraria, togliendo efficacia a delle disposizioni espresse, aveva spinto la dottrina ad escogitare un metodo di "espulsione" delle disposizioni più scomode dal raggio di una teoria generale del concorso, per poi giustificarle alla luce dei "correttivi" concorsuali: sussidiarietà, consunzione... e da ultimo l'art.

³⁴ Sull'utilità delle clausole di riserva nella gestione mediante la legge del pantagruelico numero delle ipotesi di sovrapposizione tra fattispecie PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit. 264.

³⁵ Si prenda l'esempio del traffico di influenze illecite, su cui BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, *federalismi.it*, 15-17, dove, all'evidenza la clausola di riserva è esaminata nel primo caso per individuare sia i limiti all'applicabilità dell'art. 346*bis* ma, al tempo stesso per trarre indizi sulla tipicità della fattispecie rispetto ai delitti di corruzione. Oppure sull'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, VALENTINI, *L'effetto boomerang dell'art. 316 ter c.p. fra principi costituzionali ed "obblighi" comunitari*, in *Cass. pen.*, 2005, 66 ss.

649 c.p.p..

Tuttavia la costruzione riposava sull'equivoco che il legislatore avesse previsto la disciplina generale del concorso e quella delle clausole in vista degli stessi scopi. Nondimeno il fatto che queste siano state previste espressamente avrebbe dovuto indiziare la loro diversità funzionale rispetto all'art. 15 c.p., garantendo l'indipendenza reciproca delle due discipline. Del resto come già rilevava la Cassazione il testo della clausola può consentire l'individuazione della disposizione concorrente, determinando in via autonoma il numero delle disposizioni applicabili.

Pertanto nel concorso tra l'art. 323 e 476 c.p., la clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato" potrà ben riferirsi al fatto dell'ufficiale, a patto che qualifichi la stessa realtà concreta dell'abuso d'ufficio³⁶ e non un mero *postfacto*: resterà, infine, da verificare a che condizioni sostenere la maggiore gravità dell'art. 476 c.p..

FOLCO GIANFELICI

³⁶ Costruisce una nozione di *fatto*, valida per le clausole a riserva indeterminata che lo menzionano all'interno della previsione DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit.; 154. Nondimeno se, per le ragioni rilevate, le clausole vanno rese autonome dalla specialità, il riferimento perde ogni condizionamento e torna ad assumere il suo pieno significato, includendo anche il fatto concreto.