

QUESITI

DAVIDE COLOMBO

Apologia del concorso formale di reati. Principio di legalità, istanze di *ne bis in idem* sostanziale e proporzionalità della pena *irroganda*

In anni recenti, la giurisprudenza sovranazionale ha avuto modo di pronunciarsi più volte sul tema della legittimità di sistemi nazionali di doppio binario sanzionatorio, fornendo – in tali occasioni – preziose indicazioni in merito a contenuto e portata del principio di *ne bis in idem*. In particolare, per quel che attiene al versante sostanziale della garanzia, i giudici europei hanno consolidato un indirizzo interpretativo secondo cui il principio del *ne bis in idem* non osta di per sé a duplicazioni punitive per il medesimo fatto storico, purché il trattamento sanzionatorio complessivamente inflitto sia comunque proporzionato al disvalore della vicenda concreta. Muovendo da questa prospettiva, il contributo analizza le varie impostazioni che, nel corso del tempo, hanno ampliato, adottando approcci metodologici e seguendo direttive ermeneutiche affatto differenti, l'ambito di applicazione del concorso apparente di norme in ipotesi di violazioni di legge plurime a fronte di un'unica azione o omissione. Tali indirizzi tendono a ricondurre la necessità del summenzionato ampliamento all'esigenza di scongiurare *bis in idem* sanzionatori, incorrendo tuttavia in frizioni dogmatiche, derivanti da un difficile raccordo delle soluzioni offerte con il principio di legalità. Prendendo le mosse dagli approdi a cui sono pervenuti i giudici europei, il presente lavoro vuole indagare se le criticità riscontrate non possano essere appianate mediante una più corretta collocazione sistematica della questione: se la garanzia del *ne bis in idem* sostanziale è una proiezione del più ampio principio di proporzionalità, allora l'esigenza di scongiurare duplicazioni sanzionatorie non investe l'ambito della teoria della norma, ma trova invece una sede più consona nel giudizio di determinazione della pena operato dal giudice. In quest'ottica, il contributo si sofferma sulla disciplina prevista dall'art. 81 c.p. in tema di concorso formale di reati, proponendo alcuni correttivi alla norma auspicabilmente utili a delineare un meccanismo che consenta di garantire la proporzionalità della pena irrogata al disvalore del fatto concreto commesso.

Apology of the formal concurrence in crimes. Principle of legality, substantial ne bis in idem and proportionality of the irroganda sanction

In recent years, supranational case law has repeatedly addressed the issue of the legitimacy of national dual sanctioning systems, providing valuable insights regarding the content and scope of the principle of ne bis in idem. In particular, with respect to the substantive aspect of the guarantee, European courts have consolidated an interpretative approach indicating that the principle of ne bis in idem does not inherently preclude duplicative penalties for the idem factum, provided that the overall punishment inflicted remains proportionate to the seriousness of the specific case. From this perspective, the contribution analyzes the various approaches that, over time, have broadened the scope of application of the fictitious concurrence of crimes in cases of multiple legal violations arising from a single action or omission, adopting different methodological approaches and hermeneutic directives. These approaches tend to justify the need for the aforementioned expansion by the necessity to avert substantive ne bis in idem; however, they encounter dogmatic frictions due to the difficulty of reconciling the proposed solutions with the principle of legality. Building on the conclusions reached by European courts, this paper seeks to investigate whether

the identified critical issues can be resolved through a more appropriate systematic placement of the question: if the substantive guarantee of ne bis in idem is an extension of the broader principle of proportionality, then the need to avoid duplicative penalties does not pertain to the theory of norms but instead finds a more suitable context in the judge's determination of the sentence. In this light, the contribution focuses on the provisions of Article 81 of the Italian Penal Code regarding formal concurrence in crimes, proposing some amendments to the rule that may help outline a mechanism to ensure that the penalty imposed is proportionate to the seriousness of the actual offense committed.

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'eterna dicotomia tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati. - 2. Profilassi ermeneutica: l'interpretazione come via per prevenire la convergenza. - 3. La specialità e l'impostazione monista. - 3.1. La problematica nozione di "stessa materia". - 3.1.1. L'impostazione valutativo-teleologica. - 3.1.2. L'impostazione naturalistica. - 3.1.3. Il definitivo consolidamento dell'impostazione strutturale. - 3.2. Ponti liminari dell'impostazione strutturale: la specialità reciproca (o bilaterale). - 3.3. (segue) L'inesistibilità della specialità al di là delle ipotesi di specialità unilaterale. - 4. Oltre la specialità: gli indirizzi pluralisti. - 4.1. La sussidiarietà. - 4.2. (segue) L'estraneità delle clausole di riserva al conflitto di norme. - 4.3. La consunzione. - 4.4. (segue) L'ineluttabile inconciliabilità con il principio di legalità. - 5. Il reato complesso nell'ambito del concorso apparente di norme. - 5.1. I connotati essenziali dell'istituto. - 5.2. Dal reato complesso a una nuova accezione della consunzione? - 5.3. (segue) L'irrelevanza del nesso di strumentalità per dirimere la convergenza di norme. - 6. Il *leitmotiv* di specialità reciproca e indirizzi pluralisti: il *ne bis in idem* sostanziale. - 7. Tra principio di legalità e principio di proporzionalità della pena. - 8. Alcune conclusioni e una proposta *de jure condendo*.

1. *Introduzione. L'eterna dicotomia tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati.* La questione giuridica del concorso apparente di norme, di famigerata complessità¹, è uno dei temi più controversi della teoria e della prassi del diritto penale. Un problema su cui gli interpreti si sono interrogati

¹ La difficoltà teorica dell'istituto del concorso apparente di norme è stata icasticamente espressa da alcune metafore: parla di «vero ginepraio» e di «matassa arruffata» CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, 275; di «cervellotico congegno» PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasformazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224. Negli Stati Uniti, con riferimento al fenomeno del *double jeopardy*, utilizza l'espressione «mar dei Sargassi» THOMAS, *Multiple Punishment for the Same Offence: the Analysis After Missouri v. Hunter or Don Quixote, the Sargasso Sea, and the Gordian Knot*, in *Washington Univ. L. Q.*, (62), 1984, 79.

per quasi un secolo² e che tuttora continuano a indagare³, manifestando per il tema un costante interesse, tributario della persistente assenza di opinioni condivise e, dunque, del perdurare di un confronto accademico mai davvero sopito, spesso vivace e, per tale ragione, indubbiamente affascinante e stimolante per lo studioso.

È proprio la pervicacia del dibattito a giustificare l'attenzione qui dedicata al problema giuridico in discussione – vale a dire: l'individuazione di criteri in forza dei quali distinguere tra concorso apparente di norme e concorso effettivo di reati –; un dibattito in cui si fronteggiano orientamenti abbarbicati su posizioni quasi completamente opposte e costantemente alimentato da una produzione legislativa di norme penali casistica e alluvionale⁴.

Oltre a ciò, l'interesse per il tema si giustifica anche in virtù delle nuove indicazioni pervenute in tempi recenti dalla giurisprudenza sovranazionale, la quale, confrontandosi con la garanzia del *ne bis in idem* per valutare la legittimità di sistemi nazionali di doppio binario sanzionatorio, ha fornito inedite coordinate interpretative che incidono significativamente sui termini del problema.

L'obiettivo della presente indagine è dunque quello di comprendere natura e portata delle implicazioni delle pronunce dei giudici europei in ipotesi di qualificazioni giuridiche multiple, tentando di trarne spunti che possano perorare le ragioni di una soluzione della questione che, benché evocata – come si vedrà – da parte della dottrina, si scosta nettamente da quelle tradizionalmente

² Tra i contributi più significativi, si segnalano *ex plurimis* DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104 ss.; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1937; ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 3 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, 2, 1992, 230 ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

³ Tra i contributi più recenti, v. l'approfondito lavoro di SCOLETTA, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023; GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022; BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.

⁴ In questi termini SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 337. Cfr. anche FIANDACAMUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 724, nonché GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 14.

proposte e resta tuttora poco esplorata.

Per perseguire tale scopo, sarà necessario ripercorrere, pur brevemente e sinteticamente, le coordinate del dibattito, soffermandosi sulle varie impostazioni, giurisprudenziali e dottrinali, affastellatesi nel corso del tempo in tema di concorso apparente di norme e concorso di reati. Impostazioni che, come si avrà modo di vedere, propugunate caparbiamente da fazioni avverse, si espongono inesorabilmente a reciproche critiche obiettivamente insuperabili⁵.

Dopo aver ripercorso i principali indirizzi interpretativi che si contendono il campo, l'attenzione sarà rivolta al principio del *ne bis in idem* - a cui tendenzialmente si riconduce l'esigenza di ampliare l'ambito del concorso apparente di norme oltre la mera specialità unilaterale - e ai connotati di questo riconosciuti dalla giurisprudenza sovranazionale (della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea).

Alla luce dell'analisi delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, si tenterà infine di prospettare una soluzione del problema fondata su premesse auspicabilmente condivise, vagliandone in conclusione la compatibilità rispetto alla normativa vigente.

Preliminarmente, è opportuno tuttavia soffermarsi sul ruolo che l'ermeneusi può e deve svolgere per fornire una corretta perimetrazione dei termini del problema del concorso apparente di norme o effettivo di reati.

2. Profilassi ermeneutica: l'interpretazione come via per prevenire la convergenza. In un sistema a legalità formale, la sussistenza di una fattispecie di reato dipende esclusivamente dall'esistenza, nel caso concreto, di tutti quei fattori che la norma incriminatrice qualifica come elementi costitutivi. Pertanto, prima ancora di affermare la ricorrenza di un concorso apparente di norme e di invocarne i criteri risolutivi, compito dell'interprete è quello di verificare l'eventuale difetto di elementi costitutivi di una o più delle fattispecie tipiche⁶: in tal

⁵ Evidenza come nessuno tra gli indirizzi attualmente più seguiti sia immune da rilievi critici insormontabili SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, 2, 466.

⁶ Il discorso è chiaramente impostato nell'ottica di un concorso eterogeneo, ma conserva pienamente la propria valenza anche in ipotesi di concorso omogeneo. In tal caso, infatti, occorre comunque verificare se la singola fattispecie, correttamente interpretata, non sia di per sé idonea a ricomprendere tutti gli atti

caso, infatti, il problema di concorso di norme o di reati non si porrebbe già a monte⁷.

L'interpretazione, detto in altri termini, può consentire di escludere in radice il concorso di norme in ragione dell'atipicità della condotta rispetto a taluna delle fattispecie incriminatrici in un primo momento prospettate.

Qualche esempio può essere chiarificatore.

Si pensi al rapporto tra ricettazione e altri reati concernenti la detenzione o la circolazione di cose illecite. È stato osservato che l'esatta perimetrazione interpretativa dell'ambito di operatività dell'art. 648 c.p. ne esclude l'integrazione quando la *res* non provenga dal reato, come può avvenire in relazione a quegli illeciti che non implicano necessariamente un mutamento di titolarità o di disponibilità materiale della cosa⁸. Con la conseguenza, quindi, che, a bene interpretare le norme, il fatto concreto è sussumibile solo in una fattispecie astratta, e dunque non si pone alcuna questione relativa all'alternativa tra concorso apparente di norme e concorso effettivo di reati.

O ancora: nell'ipotesi in cui l'agente faccia assistere minorenni ad atti sessuali, senza coinvolgerli personalmente, sarà integrata la sola fattispecie di corruzione di minorenne *ex art. 609-quinquies* c.p., con esclusione invece del reato di atti sessuali con minorenne ai sensi dell'art. 609-*quater* c.p., poiché la nozione di atti sessuali implica necessariamente un coinvolgimento di zone erogene della vittima⁹.

e fatti che, in concreto, assumono rilievo tipico, condensandoli in un reato unico. Sul punto v. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, 1162 ss.

⁷ PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2013, 947, secondo il quale «[il] procedimento ermeneutico consente di ricomporre il quadro come nella felice realizzazione di un *puzzle*: i pezzi che sembravano sovrapposti e mal coordinati possono essere giustapposti e incastrati tra loro in modo lineare, ricomponendo un disegno complessivo coerente e congruente. Ciò vale sia nel caso in cui l'interpretazione porti a concludere che, a ben vedere, una delle due fattispecie non ricorre nel caso di specie; sia nel caso in cui, *sempre per via ermeneutica*, si giunga a ritenere che le due norme sono in rapporto di incompatibilità e dunque una delle due non si pone perché c'è l'altra» (enfasi originaria).

⁸ Così Papa, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti: spunti sui rapporti tra ricettazione e norme disciplinanti la circolazione di «cose illecite»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 728. Di parere contrario, tuttavia, la giurisprudenza: v. per tutte Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, n. 12.

⁹ Tale è la condivisibile conclusione a cui è pervenuta Cass., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 4718.

In questa prospettiva pare potersi inquadrare anche il rapporto tra gli artt. 3 e 10 d.lgs. 74/2000, con riferimento a quei casi in cui l'occultamento o la distruzione parziale della documentazione costituisca, in concreto, un mezzo fraudolento idoneo ad ostacolare l'accertamento della falsa rappresentazione contabile degli elementi attivi e passivi indicati nella dichiarazione fiscale. Infatti, superando tanto il consolidato orientamento giurisprudenziale (propenso a configurare un concorso di reati¹⁰) quanto il prevalente indirizzo dottrinale (il quale, valorizzando la clausola di riserva contenuta nell'art. 10 d.lgs. 74/2000, tende a ravvisare una convergenza apparente di norme¹¹), è da condividere l'opinione di chi, nella ipotesi delineata, ritiene che i due reati si pongano in relazione di alternatività: l'art. 3 d.lgs. 74/2000 trova esclusiva applicazione qualora sia comunque possibile, anche ricorrendo a documentazione reperita *aliunde*, procedere alla ricostruzione analitica del reddito, mentre l'art. 10 d.lgs. 74/2000 è la sola disposizione applicabile laddove il reddito e il volume di affari siano ricostruibili dai verificatori solo per via sintetica¹².

In sintesi: in tanto si può parlare di convergenza apparente di norme, in quanto esista una pluralità di disposizioni astrattamente idonee a disciplinare un medesimo fatto. Qualora, infatti, la corretta analisi degli elementi costitutivi delle

¹⁰ V. da ultimo Cass., Sez. III, 6 febbraio 2023, n. 4910, secondo cui il concorso tra i reati di cui agli artt. 3 e 10 d.lgs. 74/2000 troverebbe giustificazione nella considerazione per cui l'occultamento o la distruzione non integrano quelle attività simulate o gli altri mezzi fraudolenti e ingannatori previsti dalla fattispecie di dichiarazione fraudolenta. In particolare - osserva la Corte - nel delitto di cui all'art. 3 il ricorso all'artificio è strumentale alla falsa dichiarazione, in quanto volto all'induzione in errore dell'amministrazione finanziaria in ordine al valore dei redditi prodotti. L'occultamento e la distruzione dei documenti contabili, invece, potendosi realizzare con qualsiasi modalità, non integrano necessariamente un artificio, ben potendo il soggetto agente limitarsi a distruggere o occultare i documenti contabili, senza che detta condotta possa dirsi strumentale alla falsa dichiarazione, che in tal caso potrebbe anche mancare. Nello stesso senso, in precedenza, Cass., Sez. III, 1° dicembre 2011, n. 12455. Condividono l'impostazione giurisprudenziale CORUCCI, *Il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili*, in *La nuova giustizia penale tributaria. Il reato - Il processo*, a cura di Giarda-Perini-Varraso, Assago Milanofiori, 2016, 355; CERQUA, sub. art. 10, in *Diritto e procedura penale tributaria*, a cura di Caraccioli-Giarda-Lanzi, Padova, 2001, 349-350.

¹¹ NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 186; MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016, 284-285. Sul tema cfr. anche SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2018, 201-202; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2010, 543-545.

¹² In questi termini INGRASSIA, *L'occultamento e la distruzione di documenti contabili*, in *I reati tributari*, a cura di Bricchetti-Veneziani, Torino, 2017, 308, a cui si rinvia per l'ulteriore approfondimento sul tema.

fattispecie incriminatrici *prima facie* prospettate riveli che queste hanno ambiti di validità e di efficacia del tutto distinti, dovrà necessariamente concludersi nel senso che l'accadimento concreto risulterà pienamente tipico alla stregua di un'unica ipotesi di reato, la quale troverà conseguentemente esclusiva applicazione¹³.

Solo laddove il normale procedimento ermeneutico non consenta di dirimere, eradicandoli, i problemi di qualificazione giuridica multipla, allora si potrà propriamente parlare di concorso di norme o di reati e si dovrà indagare l'operatività di criteri risolutivi. Meccanismi, questi ultimi, che modificano l'ambito di validità di ciascuna fattispecie concorrente, sicché le valutazioni in merito alla loro natura e alla loro portata implicano l'esigenza – come verrà approfondito nel prosieguo – di soffermarsi a riflettere sulla loro tenuta rispetto al principio di legalità formale.

3. *La specialità e l'impostazione monista.* Per risolvere i problemi di qualificazione giuridica multipla di un unico fatto concreto, il legislatore penale ha enunciato, come noto, il criterio di specialità. Sancito dall'art. 15 c.p., tale criterio statuisce, in accordo al broccardo *lex specialis derogat legi generali*¹⁴, che «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito»¹⁵. Il rapporto di specialità si instaura tra due disposizioni quando una di esse – speciale – contiene tutti gli elementi costitutivi dell'altra – generale – e presenta

¹³ VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, 260 ss.

¹⁴ Come ricordato ampiamente in dottrina, il principio affonda le proprie radici nel pensiero filosofico aristotelico: v. per tutti il richiamo effettuato da MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 807.

¹⁵ Per una trattazione ampia e approfondita sul rapporto di specialità, si rinvia *ex multis* a ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010. La specialità è canone del ragionamento logico-giuridico, valido non solo nel diritto penale ma in qualsiasi ramo dell'ordinamento: sul punto CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 79; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 104; CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 5-6; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 601-602; BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1994, 228; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, 158.

altresì alcuni elementi ulteriori specializzanti¹⁶. Tradizionalmente, il rapporto di specialità tra norme è reso graficamente da due cerchi concentrici, di diametro diverso, laddove quello più ampio contiene in sé quello minore e ha, inoltre, un settore residuo, destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità¹⁷.

Con specifico riferimento al tema del concorso apparente di norme, secondo i fautori della c.d. teoria monista i problemi di qualificazioni giuridica multipla dovrebbero essere risolti facendo ricorso esclusivamente al principio di specialità (ancorché integrato da alcuni correttivi), in quanto unico criterio espressamente sancito dal legislatore per gestire le ipotesi di convergenza di più fattispecie su un unico fatto concreto¹⁸.

L'impostazione monista è saldamente fatta propria dalla giurisprudenza di gran lunga maggioritaria, secondo cui il criterio di specialità è l'unico idoneo a fungere da strumento per identificare il concorso apparente di norme, in quanto l'unico che garantisca il rispetto del principio di legalità¹⁹.

¹⁶ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 3; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 417; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 1951, 48; BASSI, sub art. 15, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 1, 303; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 415; PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1387.

¹⁷ DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 108; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 419; ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 3; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 593. Il corollario di tale rapporto tra fattispecie è che, in assenza della norma speciale, tutti i casi in essa rientranti verrebbero disciplinati dalla norma generale, in quanto quest'ultima già li ricomprende, espressamente o tacitamente.

¹⁸ V. *ex multis* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969, 116; DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 108; BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, 478; DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969, 242. Più di recente, v. SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 191.

¹⁹ V. Cass., Sez. un., 7 giugno 2001, n. 12-23427; Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2012, n. 22225; Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425; Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, secondo cui qualsiasi criterio valutativo diverso dalla specialità è privo di sostegno ermeneutico; Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, secondo cui la specialità assurge a criterio euristico di riferimento;

Con riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale, interessante è l'opinione di PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1396, il quale ritiene che la ragione di tale rigoroso indirizzo sarebbe di ordine storico: «da stragrande maggioranza dei magistrati che oggi siedono in Cassazione si è formata in un'epoca nella quale il testo solitamente prescelto per prepararsi al concorso in magistratura era quello dell'Antolisei. E questo testo, soprattutto nelle prime edizioni (quelle non aggiornate da Luigi Conti), non ammetteva criteri diversi dalla specialità in astratto».

Nel prosieguo verranno prese in considerazione le principali opinioni stratificate nel corso del tempo in tema di specialità, ricostruendo le argomentazioni elaborate per sostenere o confutare le varie tesi proposte e indagando quali ne siano le implicazioni dogmatiche e le conseguenze sistematiche.

3.1. *La problematica nozione di “stessa materia”*. La disposizione dell’art. 15 c.p. è da sempre oggetto di differenti interpretazioni, spesso contrastanti. Nonostante sia trascorso quasi un secolo dall’emanazione del codice Rocco, non è ancora stato raggiunto un consenso diffuso in ordine al significato da attribuire al testo normativo, con quasi ogni termine e sintagma sottoposto a divergenti e inconciliabili esegesi. In particolare, è la locuzione “stessa materia” ad aver dato luogo a svariate e sovente opposte letture.

La catalogazione dei diversi orientamenti che si contendono il campo è tutt’altro che agevole, dacché le varie opinioni appaiono stratificate, ognuna interessata da peculiarità sue proprie che, sebbene radicate nell’ambito di un certo filone interpretativo, talvolta si intersecano con altre correnti di pensiero, generando un ginepraio di prospettive difficilmente sistematizzabili.

Cionondimeno, gli sforzi della dogmatica penalistica hanno condotto alla costruzione di classi omogenee di pensiero, all’interno delle quali – si ripete – si annoverano poi le specificità attinenti a singole opinioni.

Segnatamente, si distinguono tre principali impostazioni: quella valutativo-teleologica, fondata su un giudizio di valore caratterizzato dall’apprezzamento degli interessi tutelati dalle norme concorrenti; quella naturalistica, fondata su un giudizio concreto di convergenza sul fatto delle fattispecie legali; quella strutturale, fondata su un giudizio logico-formale incentrato sul raffronto tra le fattispecie astratte²⁰.

3.1.1. *L’impostazione valutativo-teleologica*. Una parte della dottrina, trovando conforto nelle intenzioni del legislatore storico²¹, ritiene che possa parlarsi di

²⁰ Propongono tale classificazione MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 172; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 1, nonché più di recente SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 105-106.

²¹ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di*

“stessa materia” solo allorché le norme in rapporto di genere a specie siano poste a tutela di un identico bene giuridico o, comunque, di beni giuridici omogenei²².

Viene osservato, a sostegno di tale prospettiva, che, essendo pacifico che le norme in rapporto da genere a specie convergono verso lo stesso fatto, non sarebbe stato necessario enunciare espressamente la regola della specialità, se non per attribuirvi una portata diversa rispetto a un ruolo di mera ricognizione di un principio logico-giuridico²³.

Tale indirizzo ha trovato particolare seguito – soprattutto in passato – nella giurisprudenza di legittimità, la quale in diverse pronunce ha infatti richiesto, ai fini dell’applicazione dell’art. 15 c.p., non solo la sussistenza di un rapporto di *genus* a *species* tra le fattispecie concorrenti, ma anche l’identità del bene giuridico tutelato²⁴ o, comunque, una relazione di omogeneità tra le oggettività giuridiche²⁵.

procedura penale, Roma, 1929, 131.

²² SABATINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Catania, 1935, 101; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, cit., 275; FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1934, 194; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, 652; FERRARI, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 540; SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937, 57; JANNITTI PIROMALLO, *Corso di diritto criminale*, Roma, 1932, 37; PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra nullantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 161.

Pertanto, secondo l’impostazione valutativo-teleologica, il rapporto di specialità potrebbe configurarsi esclusivamente fra fattispecie incentrate su una medesima o omogenea oggettività giuridica (in questi termini BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 652: «perché si abbia specialità occorre che la legge speciale contenga, per necessità logica, tutti gli elementi della legge generale con l’aggiunta di un elemento specializzante che ne giustifichi l’esistenza. [...] Occorre, inoltre, che le leggi in rapporto di genere a specie siano poste a tutela di uno stesso bene giuridico, abbiano la stessa oggettività giuridica»); laddove non vi sia tale identità, si dovranno applicare più norme, esprimendo ciascuna di esse un diverso disvalore (sul punto, cfr. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 1162 ss.). Si tratta, dunque, a ben vedere, di un orientamento volto a restringere l’ambito di operatività della specialità e, quindi, del concorso apparente di norme, a favore invece del concorso di reati.

²³ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova, 2009, 543.

²⁴ Cass., Sez. un., 13 settembre 1995, n. 9568: «perché, quindi, si verifichi il concorso (con la conseguente necessità di individuare la norma speciale che deroga a quella generale), è necessaria, in primo luogo, l’identità della natura delle norme, che devono esser tutte, norme penali; e, successivamente, l’identità dell’oggetto di tali norme, che devono regolare, tutte, “la stessa materia”: devono esser, perciò, caratterizzate dall’identità del bene alla cui tutela sono finalizzate». Nello stesso senso, in precedenza, *ex plurimis* Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 6713, mentre, più di recente, v. Cass., Sez. VI, 25 novembre 2014, n. 4584; Cass., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539.

²⁵ V. ad esempio Cass., Sez. V, 21 ottobre 1981, n. 435, con nota di FERRARO, *Fauna selvatica e furto*, in

Siffatto orientamento è tuttavia ampiamente criticato dalla dottrina maggioritaria e appare tendenzialmente abbandonato, oggi, anche dalla stessa giurisprudenza.

In primo luogo, contro la tesi secondo cui l'espressione "stessa materia" coinciderebbe con "stesso bene giuridico protetto" depongono ragioni testuali. In particolare, un bene giuridico non viene "regolato", ma semmai "tutelato" da una norma di legge²⁶; inoltre, l'art. 15 c.p. si riferisce genericamente ad ogni disposizione penale, comprese dunque, ad esempio, norme circostanzianti o cause di estinzione del reato, rispetto alle quali non viene in considerazione la tutela di un bene giuridico²⁷.

Viene poi debitamente evidenziato che ricondurre la nozione di "stessa materia" a un'asserita necessità di identità tra beni giuridici protetti comporterebbe conseguenze assurde, imponendo infatti l'esclusione di un concorso apparente tra norme in rapporto di specialità unilaterale, solo perché poste a tutela di oggettività giuridiche differenti (si pensi ad esempio ai reati di violenza privata *ex art. 610 c.p.* e di violenza a pubblico ufficiale *ex art. 336 c.p.*)²⁸.

Va poi osservato che il criterio del bene giuridico rimetterebbe *praeter legem* ad apprezzamenti valoriali – finalizzati all'individuazione dell'oggettività giuridica sottostante la norma – la soluzione di questioni di tipicità (quali sono quelle relative alla sussistenza di un concorso apparente di norme), così contrastando

Cass. pen., 1983, 621 ss.

²⁶ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 6; CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 1013.

²⁷ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 122; Nello stesso senso B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 198.

²⁸ FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 257; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 717. Cfr. anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 597, che portano l'esempio del rapporto tra appropriazione indebita (art. 646 c.p.) e peculato (art. 314 c.p.), quest'ultimo posto a tutela non solo di interessi patrimoniali ma anche del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, sottolineando l'assurdità di ritenere intercorrente un concorso formale di reati. Evidenziano come il criterio del bene giuridico mortifichi il principio di specialità, relegandolo a ipotesi estremamente marginali, PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1967, 222; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1013; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 119; AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 446; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 416.

con il principio di stretta legalità e, comunque, contaminando di elementi estranei il principio di specialità, che opera su un piano strettamente logico-formale²⁹. Con l'ulteriore conseguenza, peraltro, di introdurre un perimetro di indagine – quello del bene giuridico – dai contorni indefiniti e imprecisi, tali da consentire una troppo ampia discrezionalità all'interprete³⁰.

Come anticipato, anche la stessa giurisprudenza sembrerebbe aver abbandonato quel risalente orientamento secondo cui il rapporto di specialità sarebbe stato configurabile solo in relazione a reati posti a tutela del medesimo bene giuridico. È stato affermato in più pronunce, infatti, che «per “stessa materia” deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato»; con la precisazione che «il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità»³¹.

3.1.2. *L'impostazione naturalistica.* Un secondo filone interpretativo – definito “naturalistico”³² o, più comunemente, della specialità c.d. in concreto – ritiene che l'espressione “stessa materia” alluderebbe non al fatto così come descritto

²⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 155; BASSI, sub art. 15, cit., 307; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, cit., 199; PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 545. V. anche ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 5, 866, secondo cui «il bene giuridico non può dire nulla sui rapporti tra le fattispecie poiché [...] non interviene in alcun modo sulla trama normativa: sarà semmai l'esame di questa a condurre verso l'individuazione del bene giuridico, trattenendosi dal compiere il percorso inverso, metodologicamente inaccettabile».

³⁰ DALL'ORA, *Falso nummario e truffa in argomento di concorso di norme e di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 358 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 31; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 109 ss.

³¹ Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, v. Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, con nota di SERRA, *Le Sezioni unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 173 ss.; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, con nota di FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 344 ss.; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568, con nota di TROJANO, *Indebito conseguimento di sovvenzioni assistenziali nei rapporti fra gli artt. 316-ter e 640-bis c.p.*, in *Cass. pen.*, 2007, 9, 3213 ss. Nella giurisprudenza delle sezioni semplici, v. *ex multis* Cass., Sez. V, 20 giugno 2017, n. 35591; Cass., Sez. V, 19 maggio 2014, n. 39822.

³² Così DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 7.

dalle fattispecie concorrenti, bensì al concreto accadimento storico. L'inciso "stessa materia" presente nell'art. 15 c.p., dunque, significherebbe "stessa situazione concreta", con la conseguenza che, sebbene tra i modelli legali di reato non intercorra un rapporto strutturale di specialità, sarebbe comunque possibile riscontrare una relazione di specialità (in concreto) laddove il medesimo fatto storico sia riconducibile, in ragione delle particolari modalità con le quali è stato realizzato, a entrambe le fattispecie incriminatrici in gioco³³.

Secondo i sostenitori di tale indirizzo, la norma che più specificamente esprime il contenuto dell'accadimento concreto avrebbe caratteristiche tali da assorbire in sé interamente il disvalore sociale del fatto stesso, sicché, ove si ritenesse il concorso reale tra le fattispecie prospettate, si incorrerebbe in una violazione del divieto di *bis in idem*³⁴.

Riscontrato un rapporto di specialità in concreto, andrebbe pertanto applicata solo la norma che presenti il carattere di maggiore aderenza al caso – appunto

³³ Tra i sostenitori della tesi della specialità in concreto, v. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 108; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 116-117; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1013; MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 262; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 159. Una prospettiva peculiare è offerta da CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, cit., 10 ss., secondo cui il principio di specialità è riferibile al fatto in concreto riconducibile a più norme, aggiungendo altresì il requisito per cui le oggettività giuridiche tutelate dalle norme coinvolte rientrino nella medesima categoria e si trovino tra loro in rapporto di specialità (in senso analogo LOSANA, *Permanenza e concorso di reati a proposito del ratto a fine libidine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 166; per una puntuale critica a tale indirizzo, v. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 143-146, nonché DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 14).

L'impostazione in parola espande il principio di specialità al di fuori dei confini tradizionali, trovando la giustificazione di tale operazione proprio nell'esistenza dell'art. 15 c.p. Viene osservato, infatti, che la specialità costituirebbe un principio logico-giuridico fondamentale dell'ordinamento, che non necessiterebbe, nella sua tradizionale accezione, di alcun riconoscimento normativo espresso, salvo che non si intenda attribuirne una portata applicativa diversa. Segnatamente, il riferimento operato dall'art. 15 c.p. alla "stessa materia" fonderebbe un'interpretazione più estesa del principio di specialità, in assenza della quale la disposizione stessa apparirebbe un mero pleonasma. In questo senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 157; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1013; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 104; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 158 ss.; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 881; PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, cit., 161; DE LEONE, *In tema di concorso apparente di norme e di specialità*, in *Arch. pen.*, 1974, 2, 489.

³⁴ CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1014. In senso analogo PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, cit., 161.

– concreto; solo in via sussidiaria, cioè solo laddove tale criterio non consenta l'individuazione della norma che meglio qualifica l'accadimento storico, dovrebbe guardarsi a quale fattispecie commini la pena più grave³⁵.

La tesi della specialità in concreto, benché sostenuta da autorevole dottrina, è stata, con il tempo, oggetto di molteplici critiche e non è mai stata accolta dalla giurisprudenza³⁶, sicché oggi pare potersi pacificamente affermare che tale impostazione sia ormai definitivamente tramontata.

Tra le plurime obiezioni mosse all'orientamento *de quo*, v'è innanzitutto quella di chi osserva che, nell'ipotesi in cui si affermi l'equazione tra “stessa materia” e “stessa situazione concreta”, ci si porrebbe deliberatamente al di fuori del rapporto di specialità in astratto, al quale tuttavia si riferirebbe inequivocabilmente l'art. 15 c.p.³⁷.

È stato poi rilevato che, aderendo alla tesi della specialità in concreto, ne deriverebbe l'impossibilità di riscontrare casi di concorso formale eterogeneo, così rendendo l'art. 81 c.p. lettera morta³⁸.

La critica più penetrante, tuttavia, attiene al difetto di precisione del criterio *de quo*, privo di una chiara *ratio* in base alla quale poter ravvisare o meno un rapporto di specialità in concreto tra le fattispecie. La valutazione circa la sussistenza di una relazione di specialità tra norme, infatti, viene essenzialmente rimessa alla sensibilità e all'intuito dell'interprete, il che implica,

³⁵ CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1015. Da segnalare come ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 115, pur affermando che la specialità debba essere riscontrata in concreto quando un medesimo fatto è riconducibile ad entrambe le figure che in astratto sono tra loro eterogenee, tuttavia non indichi un criterio di individuazione della norma prevalente.

³⁶ Cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. V, 20 giugno 2017, n. 35591, secondo cui «non ha senso far dipendere da un fatto concreto l'instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra norme».

³⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, Milano, 2004, 177. Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 640 ss., i quali osservano che, sebbene il fatto concreto sia il problema dal quale parte la necessità di individuare l'unica norma applicabile, tuttavia è evidente che non si possa parlare di concorso apparente qualora non sia possibile differenziare l'ambito di validità delle norme già a livello di fattispecie legali astratte. V. anche SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 469, il quale, richiamando la figura logica del sillogismo giudiziale, osserva che le questioni di qualificazione giuridica multipla «sono sempre problemi di premessa maggiore, sono problemi di legalità. Ergo non sono i fatti concreti a dirci come ordinare questi rapporti tra norme».

³⁸ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 188. In senso analogo LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 943 ss.

evidentemente, notevoli margini di ambiguità del criterio medesimo e una conseguente eccessiva dilatazione del perimetro dell'arbitrio giurisdizionale.

Tale ultima considerazione appare particolarmente evidente nel momento in cui si sofferma l'attenzione sulle indicazioni fornite dai sostenitori della tesi in parola in relazione alla determinazione dell'unica norma da applicare. Tendenzialmente, infatti, risultando assolutamente vago il richiamo alla norma che presenti maggiore aderenza al caso concreto, la selezione della norma prevalente si riduce all'applicazione di quella che comporta il trattamento sanzionatorio più severo.

Ma, così operando, di fatto si ammette quella che sarebbe l'essenza del principio di consunzione; si introduce, cioè, un parametro di valore del tutto estraneo al principio di specialità, che si caratterizza invece come rapporto di tipo squisitamente logico-formale tra fattispecie³⁹.

3.1.3. *Il definitivo consolidamento dell'impostazione strutturale.* L'interpretazione infine affermatasi nel nostro ordinamento è quella della specialità c.d. in astratto.

La dottrina nettamente prevalente, infatti, ritiene che il principio di specialità vada inteso in senso logico-formale: la relazione di specialità tra norme va verificata alla luce di un confronto strutturale fra le fattispecie astratte, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse⁴⁰. Pertanto, la nozione di "stessa materia" deve essere riferita agli stessi elementi tipici considerati da una pluralità di norme⁴¹.

³⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 718; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 595; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 121. Sul tema, v. anche CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, cit., 10 ss.; SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 125; AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit., 451; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 152.

⁴⁰ V. *ex plurimis* FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 310; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 80; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 233 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 224; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 175; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 125-126; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 415-416.

⁴¹ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 119 ss.

Tale impostazione è oggi consolidata anche in giurisprudenza. Secondo una massima ricorrente, infatti, «il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell'art. 15 c.p., risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato»¹².

L'approccio metodologico dell'impostazione strutturale consente di individuare il rapporto logico di *genus ad speciem* tra fattispecie incriminatrici in tutte le ipotesi in cui le stesse si pongano in rapporto di specialità unilaterale. Nell'ambito dell'impostazione strutturale, tuttavia, emergono altresì numerose voci, sia dottrinali sia giurisprudenziali, che riconducono nell'alveo dell'art. 15 c.p. anche talune ipotesi di specialità reciproca (o bilaterale); su tali opinioni, che per il diffuso sostegno che incontrano nel dibattito attuale meritano una trattazione autonoma, ci si soffermerà subito (§ 3.2), per poi annotare i principali rilievi critici che emergono in seno al filone interpretativo così tratteggiato (§ 3.3).

3.2. Ponti liminari dell'impostazione strutturale: la specialità reciproca (o bilaterale). Per specialità reciproca (o bilaterale) si intendono, come noto, quelle ipotesi in cui nessuna norma sia esclusivamente speciale o generale rispetto all'altra, ma ciascuna sia allo stesso tempo tale, presentando, accanto ad un

¹² Così Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588. Nello stesso senso, in precedenza, v. Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, con nota di GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2011, 3844; Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568; Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, n. 22902; Cass., Sez. un., 9 gennaio 2001, n. 23427. Successivamente, v. per tutte Cass., Sez. V, 18 aprile 2019, n. 22475. Tale indirizzo ha peraltro, in passato, ricevuto l'avallo anche della Corte costituzionale, secondo cui il principio di specialità postula la «convergenza su di uno stesso fatto di più disposizioni, delle quali una sola è effettivamente applicabile, a causa delle relazioni intercorrenti tra le disposizioni stesse», operando un confronto tra «le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente unico» (Corte cost., sent. n. 97/1987; v. anche Corte cost., ord. n. 174/1994).

nucleo di elementi comuni, elementi specializzanti ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra⁴³.

Laddove la relazione di specialità unilaterale tradizionalmente viene graficamente resa mediante l'immagine di due cerchi concentrici, il rapporto di specialità reciproca viene invece rappresentato da due cerchi intersecantisi⁴⁴.

Secondo alcuni, a rilevare sarebbe la distinzione tra elementi specializzanti "per specificazione" ed elementi specializzanti "per aggiunta", ove i primi specificherebbero – appunto – una particolare sottoclasse di elementi previsti nella fattispecie generale, mentre i secondi costituirebbero un elemento addizionale, non ricompreso nella prescrizione generale. Solo le ipotesi di specialità reciproca per aggiunta bilaterale esulerebbero dall'art. 15 c.p. e dunque sarebbero sottoposte al regime del concorso formale di reati, mentre i casi di specialità reciproca per specificazione bilaterale o di specialità reciproca in parte per specificazione e in parte per aggiunta non altererebbero l'identità di materia richiesta per l'operatività del criterio di specialità, consentendo pertanto di configurare un concorso apparente di norme⁴⁵.

⁴³ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 59, il quale individua nel metodo casistico di previsione delle fattispecie incriminatrici adottato dal legislatore penale la principale causa della frequente ricorrenza di rapporti di specialità reciproca tra norme; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 82; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, 477; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 117; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, cit., 230; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 162; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, 474 ss.

⁴⁴ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 419; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 477; PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 228.

⁴⁵ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., *passim*; NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2008, 107; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 474 ss.; SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 476; MUSCATIELLO, *Concorso di norme. I presupposti e la disciplina della pluralità apparente*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2013, 963; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, cit., 230 ss.; VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 525 ss.; BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, 373; GAMBARDILLA, *Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 178 ss.

Tale impostazione è stata occasionalmente accolta anche in giurisprudenza. In particolare, v. Cass., Sez.

Secondo altri, a prescindere dalla distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione⁴⁶, la materia regolata è la medesima nelle ipotesi in cui,

un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in cui si legge che «è da rilevare che l'identità di materia [...] è compatibile anche [...] con la specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta (art. 641 cod. pen. e 218 legge fall.). L'identità di materia è invece da escludere nella specialità reciproca bilaterale per aggiunta nei casi in cui ciascuna delle fattispecie presenti, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (per es. violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso; rapporto di parentela o affinità nel secondo)». Nello stesso senso Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, la quale ha ritenuto che «l'identità di materia si ha sempre nel caso di specialità unilaterale per specificazione, perché l'ipotesi speciale è ricompresa in quella generale; e, parimenti, nel caso di specialità reciproca per specificazione, come nel rapporto tra gli artt. 581 (percosse) e 572 (maltrattamenti in famiglia) cod. pen., ovvero di specialità unilaterale per aggiunta, per es. tra le fattispecie di cui agli artt. 605 (sequestro di persona) e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) cod. pen. L'identità di materia è, invece, da escludere nella specialità reciproca bilaterale per aggiunta, ove ciascuna delle fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo».

Tuttavia, in altre pronunce la Suprema Corte ha negato la possibile operatività dell'art. 15 c.p. nei casi di specialità reciproca. Cfr. in particolare due analoghe e contemporanee sentenze delle stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425 e Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, con nota di CARACCIOLI, *Riflessioni sui reati di omissione propria e sulle cause di non punibilità suscitate dalle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 208; con nota di CIRAULO, *La punibilità degli omessi versamenti dell'Iva e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2014, 38), le quali entrambe riconoscono la sussistenza di un rapporto di specialità reciproca tra il reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. 74/2000 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 d.lgs. 471/1997 la prima, e tra l'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 e sempre l'art. 13 d.lgs. 471/1997 la seconda, ma escludono il concorso apparente di norme in quanto l'unico criterio utilizzabile sarebbe quello di specialità unilaterale.

⁴⁶ Una ricognizione approfondita delle conclusioni aporetiche a cui perviene la distinzione tra specialità per aggiunta e per specificazione è svolta da SPINA, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 225 ss.

Invero, come è stato limpidamente e condivisibilmente osservato, una simile classificazione non trova una fondata giustificazione sul piano logico: «in un linguaggio formale come quello dell'insiemistica e delle teorie del calcolo delle classi logiche i singoli simboli, in generale, e le proposizioni, in particolare, non sono più o meno specifici/generici ma univocamente pre-determinati da regole di interpretazione [...] La distinzione tra specificazione e aggiunta riguarda il modo di esprimersi cioè di formulare le norme e quindi attiene propriamente alle disposizioni e alle modalità di redazione dei testi giuridici» (ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, cit., 326). In altri termini, i due tipi di specialità sono, invero, logicamente indistinguibili, dacché l'aggiunta è di per sé una specificazione e, viceversa, la specificazione implica l'aggiunta di un requisito (così PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 189. Negli stessi termini B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, cit., 213, GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 22 ss., nonché SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 132, secondo la quale «si deve prendere atto [...] non solo dell'inutilità di simile distinzione, ma anche dell'omogeneità ontologica tra i "tipi" di specialità per aggiunta e per specificazione, del tutto logicamente sovrapponibili. Si intende per queste ragioni, allora, riferirsi alla specialità unilaterale considerata nel suo complesso, senza alcuna ripartizione»). Cfr. anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 593, secondo i quali la denominazione "specialità per aggiunta" «non deve trarre in inganno: anche nel caso della c.d. specialità 'per aggiunta' l'elemento specializzante è tacitamente compreso nella norma

qualora si ritenessero integrate più fattispecie incriminatrici, verrebbero qualificati più volte, alla stregua di diversi tipi criminosi, i medesimi profili fattuali⁴⁷. Quale che sia la via seguita per affermare che norme in rapporto di specialità reciproca regolino comunque la stessa materia, e dunque diano vita a un concorso meramente apparente, si impone la questione di capire quale sia poi, in concreto, l'unica disposizione applicabile⁴⁸.

Benché vi siano molteplici opinioni in merito, si può tuttavia osservare come la maggior parte dei sostenitori della tesi della specialità reciproca suggerisca una gradazione di criteri di specializzazione.

Imanzitutto, il concorso di norme potrebbe essere risolto attraverso le clausole di riserva, alle quali – secondo l'indirizzo in esame – farebbe riferimento la formula di chiusura dell'art. 15 c.p. proprio per dirimere i casi di norme in rapporto di specialità reciproca⁴⁹.

In assenza di espresse previsioni che assegnino priorità a una determinata norma, occorrerebbe confrontare i corpi legislativi in cui sono contenute le fattispecie concorrenti: siccome l'art. 15 c.p. prescrive l'applicazione (non solo della disposizione di legge, ma prima ancora) della legge speciale, dovrebbe

generale». In giurisprudenza, riconosce l'assenza di fondati motivi per distinguere tra specialità per aggiunta e per specificazione, sottolineando peraltro l'opinabilità dei concetti, Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887.

⁴⁷ In questi termini VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle corti*, cit., 530. Lo stesso Autore si era espresso in maniera analoga in VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 287: «anche senza indugiare sulla distinzione tra elementi aggiuntivi e specializzanti, si può più semplicemente sostenere che regolano la stessa materia quelle norme che, in ragione del particolare rapporto strutturale tra loro intercorrente, sono idonee, se applicate congiuntamente, ad attribuire analoga rilevanza giuridica ad un medesimo profilo fattuale di un determinato “quadro storico di vita”». Sostiene tale impostazione SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 473. Cfr. anche MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., *passim*, il quale ricostruisce la specialità reciproca a partire dalla categoria strutturale della sottofattispecie, *i.e.* «lo stesso fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme». In particolare, secondo la ricostruzione dell'Autore, la specialità reciproca si verificherebbe nelle relazioni di coincidenza tra sottofattispecie, tra fattispecie ed elemento particolare e tra sottofattispecie ed elemento particolare.

⁴⁸ Questione di soluzione tutt'altro che agevole, come osserva perspicuamente DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 127: «il rapporto di specialità bilaterale comporta, per sua stessa natura, un'incertezza in merito alla norma cui assegnare la prevalenza. Mentre nel rapporto di specialità unilaterale è pacifica e incontrastata la necessità di applicare la norma speciale, non altrettanto univoca è, evidentemente, la soluzione del conflitto nelle ipotesi di rapporti tra norme entrambe, per qualche verso, special».

⁴⁹ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 480 ss.

prevalere la norma convergente appartenente, appunto, alla legge speciale⁵⁰. Nel caso in cui le fattispecie concorrenti appartengano alla medesima legge, prevarrebbe la norma propria (i.e. con una più specifica sfera di destinatari) rispetto alla norma comune⁵¹. Si sostiene infatti che il legislatore, nel prevedere una norma che si riferisca ad un ambito più circoscritto di soggetti attivi, abbia inteso delineare un particolare ed autonomo statuto penale per una cerchia determinata di soggetti⁵².

Suppletivamente, occorrerebbe assegnare prevalenza alla disposizione contenente il maggior numero di elementi specializzanti⁵³.

Solo qualora non fosse ancora possibile individuare la norma prevalente, ci si dovrebbe limitare ad applicare quella con il trattamento sanzionatorio più severo⁵⁴.

3.3. (segue) *L'inesistibilità della specialità al di là delle ipotesi di specialità unilaterale*. Le critiche più tenaci e incisive all'orientamento interpretativo in esame investono la sua attitudine a espandere a dismisura, e indebitamente, il criterio di specialità. La specialità reciproca, infatti, è incompatibile con ogni

⁵⁰ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 444; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 126-127; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 475; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 645.

⁵¹ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 480; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 476; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 645. Cfr. in particolare DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 133-134, il quale ritiene che la specialità del soggetto attivo costituisca un indice "qualitativamente" più rilevante rispetto ad altri elementi specializzanti. Nello stesso senso SPINA, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, cit., 232 ss., il quale ritiene che il soggetto attivo costituisca un "termine determinante", mutuando tale espressione da ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, cit., 238 ss.

⁵² In questi termini VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7, 848.

⁵³ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 480; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 138-139; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 476.

⁵⁴ DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 119; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 122. Così anche MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 666, il quale tuttavia specifica che il criterio della maggiore gravità della sanzione deve avere valore indicativo e non assoluto.

relazione di specialità in senso logico-astratto (non trattandosi affatto di specialità, bensì di mera interferenza)⁵⁵, come d'altra parte è evidente nel momento in cui si è chiamati ad individuare la norma prevalente (asseritamente) speciale. Difatti, se davvero le ipotesi di specialità reciproca potessero essere risolte alla luce del principio di specialità, dovrebbe potersi individuare una fattispecie strutturalmente generale rispetto all'altra speciale, e conseguentemente applicare solo quest'ultima.

Invece, siccome le fattispecie convergenti contengono elementi reciprocamente speciali, l'individuazione della norma prevalente appare tutt'altro che agevole rispetto a quanto pianamente previsto dall'art. 15 c.p. Con la conseguenza che i sostenitori della tesi della specialità reciproca sono stati costretti a ricorrere a criteri «apodittici e/o impraticabili»⁵⁶, ovvero a introdurre valutazioni

⁵⁵ PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1389: «i diagrammi di Venn mostrano che queste forme di asserita specialità sono di “insiemi intersecantisi” e che quindi non v'è alcuna differenza logica con quei rapporti tra norme che danno luogo a un concorso effettivo di reati». Lo stesso autore si era espresso in termini analoghi in PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., 220. V. anche PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, cit., 534 ss.; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 135; PUNZO, *Il principio di specialità nella teoria e nelle sue pratiche applicazioni*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965, 151 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 176. Riconosce la validità di tale affermazione anche SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 473, il quale tuttavia accede alla teoria della specialità reciproca perché «è meno peggiore dei supposti “criteri” della sussidiarietà tacita e dell'assorbimento»; in senso analogo SPINA, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, cit., 237-238, per il quale, benché sia impossibile, adottando una prospettiva strettamente logico-formale, separare concorso reale e concorso apparente nell'ambito di comuni rapporti di interferenza, tuttavia la via della specialità reciproca si imporrebbe per «impedire che le lacune aperte dalle ristrettezze della specialità unilaterale vengano colmate da criteri sostanziali», che non sarebbero in grado «di consegnare all'interprete parametri chiari e vincolanti di risoluzione dei casi».

⁵⁶ Così MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 596. Parla di «suggerimenti macchinosi e impraticabili» anche PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1390.

Non percorribile, in primo luogo, pare la valutazione circa la sussistenza di un rapporto di specialità tra leggi. Tale soluzione, infatti, potrebbe condurre, se seguita rigorosamente, a conseguenze paradossali, quali l'applicazione della fattispecie generale contenuta in una legge speciale rispetto alla fattispecie unilateralmente speciale contenuta nella legge generale. Né tali contraddizioni possono essere superate riferendo il criterio della specialità tra leggi alle sole ipotesi di specialità reciproca e non anche a quelle di specialità unilaterale (tale soluzione è suggerita da DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 126-127): in questo modo, infatti, verrebbe riconosciuta una duplice valenza al criterio di specialità a seconda dei rapporti strutturali tra le fattispecie convergenti, in contrasto con il dettato dell'art. 15 c.p., da cui non si evince una simile «duplice anima» (così SILVA,

assiologiche che tuttavia nulla hanno a che spartire con il principio di specialità. Tali rilievi non sono ignorati dai fautori della teoria della specialità reciproca, i quali allora propongono correttivi ai criteri offerti, postulando una deroga agli stessi nelle ipotesi in cui il disvalore manifestato dal fatto appaia tutto compendiato nella fattispecie comune (ovvero, parrebbe lecito ritenere) con meno elementi specializzanti⁵⁷.

Si viene così alla principale critica tradizionalmente mossa nei confronti della tesi della specialità reciproca. Laddove i criteri individuati per stabilire quale sia la norma speciale applicabile non consentano di riconoscere la prevalenza di una determinata fattispecie sull'altra, si finisce per risolvere l'asserito concorso apparente in favore della norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo; ma, così operando, si tradiscono le premesse della teoria per cui i casi di specialità reciproca possano essere risolti alla luce del solo art. 15 c.p. Come è stato perspicuamente osservato, si propone un criterio strutturale per definire il rapporto tra le norme, ma poi si utilizza un criterio valoriale per individuare la norma prevalente; criterio del tutto estraneo al principio di specialità, che invero si caratterizza – secondo gli stessi sostenitori della teoria della specialità reciproca – come un rapporto di tipo logico-formale tra fattispecie⁵⁸.

Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti, cit., 143, la quale richiama le considerazioni critiche di CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, cit., 238).

Altrettanto fallace è ritenere speciale la fattispecie propria rispetto a quella comune: una simile impostazione, infatti, comporta un'aprioristica valorizzazione dell'elemento specializzante riferito al soggetto attivo, la quale non solo è priva di qualsivoglia fondamento normativo, ma peraltro è suscettibile di condurre a conseguenze aberranti. Si pensi, a titolo di esempio, al rapporto tra i reati di rivelazione di segreti di Stato (art. 261 c.p.) e rivelazione di segreti di ufficio (art. 326 c.p.): ritenere applicabile solo la seconda fattispecie, in virtù della qualità di pubblico ufficiale del soggetto attivo, eclisserebbe intollerabilmente la ben più rilevante pregnanza offensiva sottesa al primo reato.

Un problema analogo a quello da ultimo annotato si ripropone valorizzando il dato quantitativo del numero di elementi specializzanti, atteso infatti che una pluralità di elementi specializzanti potrebbe individuare un disvalore – comunque – complessivamente inferiore a quello connotato a un (pur) unico elemento specializzante contenuto nella fattispecie convergente.

⁵⁷ Così SPINA, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, cit., 235, il quale richiama sul punto le riflessioni svolte a suo tempo da MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 464.

⁵⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 718; PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1390; PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, in *Manuale di diritto penale*, a cura

Deve dunque affermarsi che il principio di specialità sancito dall'art. 15 c.p. si riferisce esclusivamente alla relazione di specialità unilaterale, intesa in senso logico-formale quale rapporto di integrale continenza degli elementi di una fattispecie in un'altra. L'estensione della specialità al di là di questi casi, oltre ad essere normativamente priva di basi, introduce elementi di imprecisione e indeterminazione e contamina di note valoriali un principio che, in quanto di natura prettamente logica, dovrebbe esserne scevro.

4. *Oltre la specialità: gli indirizzi pluralisti.* L'opinione secondo cui l'ambito di applicazione dell'art. 15 c.p. debba essere limitato alle sole ipotesi di specialità unilaterale, combinata a un'avvertita esigenza di restringere le ipotesi di qualificazione giuridica multipla di una medesima vicenda concreta, ha indotto parte della dottrina a ritenere necessario, per fornire una soluzione adeguata al problema della convergenza di norme, integrare il principio di specialità con altri criteri, fondati su valutazioni e apprezzamenti assiologici (e pertanto talvolta definiti "criteri valoriali"): è la c.d. impostazione pluralista⁵⁹.

A dire il vero, tra i vari autori che pur sostengono concordemente tale impostazione, si ravvisa poi una molteplicità di vedute in relazione alla configurazione degli evocati "ulteriori criteri". Prospettive differenti che tuttavia sovente, piuttosto che radicarsi in cruciali divergenze dogmatiche, si involgono in mere disquisizioni tassonomiche. Così, v'è chi fa riferimento al solo criterio di consunzione⁶⁰, chi a quello di sussidiarietà⁶¹, chi sia a sussidiarietà sia a

di Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, Milano, 2023, 608; GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 17; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 169.

⁵⁹ B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 417; PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, cit., 608; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 717; MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 1162 ss.

⁶⁰ PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1391; GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., *passim*; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 162.

⁶¹ FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 729; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 36 ss.; SABATINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, cit., 106.

consunzione⁶²; v'è chi parla di alternatività⁶³, chi di accessorietà e progressione⁶⁴, chi di prevalenza⁶⁵ e chi di altro ancora⁶⁶.

Negli ultimi anni, la dottrina pare essere riuscita a fare ordine in questo marasma concettuale, riconducendo le varie opinioni espresse nel corso del tempo dagli studiosi a due soli criteri, tendenzialmente ritenuti entrambi validi: quello di sussidiarietà e quello di consunzione⁶⁷.

Benché i tratti distintivi tra i due criteri non siano sempre evidenti⁶⁸, il filone interpretativo attualmente più diffuso tende a riconoscerli entrambi, ancorando la sussidiarietà alla medesimezza dell'oggettività giuridica tutelata dalle norme concorrenti e invocando invece la consunzione allorché, pur nella diversità di beni giuridici protetti, l'applicazione di una sola disposizione appaia idonea a coprire l'intero disvalore del fatto concreto, benché quest'ultimo sia astrattamente sussumibile anche in altre fattispecie.

Il favore dottrinale che le tesi pluraliste hanno conosciuto in tempi recenti impone di soffermarsi sulle caratteristiche fondamentali che i fautori di tale approccio ermeneutico hanno riconosciuto ai criteri di sussidiarietà e di

⁶² GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932, 505 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 186 ss.; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 651 ss.; SPIEZIA, *Il reato progressivo*, cit., 50 ss.; MUSOTTO, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1981, 75.

⁶³ DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 110.

⁶⁴ PIACENZA, *Rilievi e proposte sui rapporti fra concorso di reati e concorso di norme*, in *Giust. pen.*, 1947, 2, 129 ss.

⁶⁵ CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1962, 499 ss.

⁶⁶ Invero, i criteri elaborati dai sostenitori dell'impostazione pluralista sono assai numerosi, dacché spesso ci si riferisce a criteri denominati diversamente ma riferentisi al medesimo contenuto, ovvero si propongono criteri che ne ricomprendono in sé altri. Una elencazione accurata dei vari criteri proposti dalla dottrina è fornita da FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 729-748, il quale individua: sussidiarietà, consunzione, alternatività, esclusività, assorbimento, mezzo a fine, necessità, inseparabilità giuridica, *ne bis in idem*, neutralità. A tale novero, più recentemente, PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1391, aggiunge preminenza, continenza di valore, subordinazione o inclusione e interferenza.

⁶⁷ Nella dottrina recente, così *ex multis* MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 596 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 722; MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 398 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 179; AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit., 460 ss.

⁶⁸ V. l'ampia analisi condotta da SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 200 ss., a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici.

consunzione, rilevando le esigenze sottese alla loro elaborazione ed evidenziando le criticità che un loro eventuale accoglimento (“eventuale” perché finora privi di espresso riconoscimento normativo, nonché perché, come anticipato e come si avrà ancora modo di sottolineare, il consolidato orientamento giurisprudenziale è saldamente arroccato sull’impostazione monista) potrebbe sollevare in termini di tenuta sistematica e di rispetto dei principi che sorreggono l’attuale architettura penale.

4.1. *La sussidiarietà.* Secondo il principio di sussidiarietà, laddove più norme incriminatrici risultino astrattamente applicabili al caso di specie, non vi sarebbe concorso di reati, ma conflitto apparente, qualora una fattispecie (primaria) reprima rispetto all’altra (sussidiaria) uno stadio o grado di offesa più grave del medesimo bene giuridico, ovvero tuteli, accanto al bene giuridico protetto dalla norma sussidiaria, uno o più beni ulteriori⁶⁹. In tal caso, infatti, la norma che tutela l’identico oggetto giuridico a un livello superiore esaurirebbe l’intero disvalore del fatto e sarebbe destinata a prevalere sull’altra, secondo il brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*⁷⁰.

Nel solco di tale indirizzo, viene sostenuto che il principio di sussidiarietà troverebbe primariamente espressione nelle clausole di riserva⁷¹, disseminate dal

⁶⁹ FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 467 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 416; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 76; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 386; AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit., 439; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 640 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 598, i quali parlano di “rapporto di rango” tra norme, reso visibile dalla sanzione più grave comminata nella norma principale.

⁷⁰ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 419; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 85; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 484; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 721; BASSI, sub art. 15, cit., 309. Autorevole dottrina ha affermato che, mentre la specialità presupporrebbe un rapporto di diversità, la sussidiarietà si rivelerebbe «un ritmo qualitativo-quantitativo, che si esprime in una superiorità, in una continenza di valore e conseguentemente in un primato di funzione»: così MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 78. In termini analoghi FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 400 ss.

⁷¹ Le clausole di riserva sono peculiari formule contenute in una norma incriminatrice che rinviano ad altre disposizioni, al fine di escludere l’applicabilità al caso concreto di una determinata fattispecie. Possono essere classificate in clausole di riserva determinate, qualora il rinvio sia specifico (es. “fuori dai casi preveduti dall’articolo X”); clausole di riserva relativamente indeterminate, laddove il rinvio sia parzialmente generico (es. “se il fatto non costituisce più grave reato”); clausole di riserva assolutamente indeterminate, nel caso in cui il rinvio sia assolutamente generico (es. “se il fatto non è previsto come reato da

legislatore in svariate fattispecie incriminatrici al fine di inibire per matrice normativa la possibilità di configurare un concorso di reati⁷². A tali clausole farebbe riferimento l'art. 15 c.p. con la formula di chiusura “salvo che sia altrimenti stabilito”⁷³.

A proposito della funzione rivestita dalle clausole di riserva, è già stato anticipato come, fra gli autori che accolgono l'esistenza di un principio di

altra disposizione di legge”). Sul punto v. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 639 ss.; BASSI, sub *art. 15*, cit., 313. Cfr. anche DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 140-141, secondo cui la clausola di riserva assolve alla funzione di disciplina del concorso tra la disposizione di rinvio e la disposizione di riferimento: in tanto può operare in quanto si siano realizzati gli estremi di entrambe le fattispecie. Cfr. altresì PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 264, il quale sottolinea l'utilità delle clausole di riserva nella gestione mediante la legge del badiale novero di ipotesi di sovrapposizione tra fattispecie.

⁷² BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 484; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 419; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 84; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 598-599; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 471; DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 364; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 464. *Contra* PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, 548, secondo cui la formula di chiusura “se il fatto non costituisce più grave reato” sarebbe il fondamento espresso del principio di consunzione, la cui valenza verrebbe riconosciuta dal legislatore attraverso la dichiarazione di applicabilità esclusiva della disposizione che prevede il trattamento penale più severo; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 510 ss., secondo cui le clausole di riserva, lungi dall'essere espressione di un principio a sé stante, avrebbero la funzione di affermare l'assorbimento di fattispecie in rapporto di specialità reciproca, fatta eccezione per alcune clausole che si limiterebbero a ribadire il criterio di specialità.

⁷³ V. per tutti BASSI, sub *art. 15*, cit., 313. In giurisprudenza, *ex multis* Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164. Di diversa opinione MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 597-598, secondo i quali la formula di chiusura “salvo che sia altrimenti stabilito” presente nell'art. 15 c.p. alluderebbe a quelle ipotesi in cui, in deroga alla regola della prevalenza della norma speciale, il legislatore prescrive l'applicazione congiunta di entrambe le norme concorrenti; segnatamente, «con la clausola di riserva apposta all'art. 15 c.p. [...] il legislatore anticipa la possibilità che singole norme incriminatrici contemplino, a loro volta, clausole del tipo “ferme restando le sanzioni previste”, “senza pregiudizio per le sanzioni previste” da questo o quel testo normativo, etc.: da intendersi nel senso che tali sanzioni si cumuleranno con quelle comminate dalla disposizione contenente la clausola di riserva, secondo la disciplina del concorso formale di reati». Nello stesso senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 180-181; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 126. Per altri ancora, la formula di chiusura dell'art. 15 c.p. opererebbe quale deroga all'applicazione della norma speciale, a favore invece di quella generale: v. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, cit., 105.

A prescindere dall'impostazione che si voglia accogliere, pare potersi osservare come la formula “salvo che sia altrimenti stabilito” contenuta nell'art. 15 c.p. sia in ogni caso essenzialmente pleonastica, atteso infatti che le clausole richiamate (qualunque esse siano) ben potrebbero comunque operare, al pari di qualsiasi altra norma di legge, anche in difetto di una specifica autorizzazione proveniente da una disposizione di pari fonte. Sul punto, cfr. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, cit., 229.

sussidiarietà, sia ricorrente l'idea che detto principio esprima una relazione fra norme che tutelino, in stadi diversi, un bene giuridico omogeneo; conseguentemente, l'esigenza della sussistenza di una medesima oggettività giuridica varrebbe anche in relazione alle clausole di riserva, nel senso che queste ultime potranno trovare applicazione solo con riguardo a reati concorrenti che siano posti a tutela dello stesso bene giuridico⁷⁴. Tale conclusione – nonostante alcune sparute, benché autorevoli, opinioni dottrinali di segno contrario⁷⁵ – è tendenzialmente sostenuta anche da quella parte della giurisprudenza che riconosce la valenza del principio di sussidiarietà⁷⁶.

Secondo parte della scienza penalistica, poi, il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di riserva sarebbe talmente elevato da permettere di rinvenire un principio di portata generale, in grado di operare non solo in

⁷⁴ GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., 506-507; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 513 ss.; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 528; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 598-599. Così anche SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 167, secondo la quale «per quanto certamente il bene giuridico certamente sconti il peso dell'incertezza della sua individuazione, non è possibile indebolire un concetto così fondamentale, cardine del nostro sistema penale. Nonostante la crisi innegabile che esso attraversa e ha attraversato nel diritto positivo e delle prospettive di politica criminale [...] esso resta e deve restare il fondamentale strumento che solo fonda la legittimazione della norma penale e che ne definisce i limiti di applicazione». Sul punto, cfr. anche PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, cit., 549, il quale si sofferma sull'importanza del bene giuridico anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che attribuisce rilevanza al principio di offensività nella sua duplice dimensione astratta e concreta.

⁷⁵ V. per tutti MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., *passim*, secondo cui nella sussidiarietà è sufficiente che il valore criminoso di una norma sia assorbito da un'altra, che prevede una sanzione più grave, senza che gli interessi tutelati debbano né coincidere né essere omogenei o differenziarsi per grado.

⁷⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 2 maggio 2019, n. 30455; Cass., Sez. V, 13 novembre 2017, n. 11049; Cass., Sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539; Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, n. 25362; Cass., Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, con nota di LAGIOIA, *Il concorso tra i reati di tratta di persone, riduzione in schiavitù e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, 2594-2611. *Contra* Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 13849, con nota di BERNARDI, *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 274-280, nonché con nota di GIANFELICI, *Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme*, in *Arch. pen.*, 2018, 2; in tale pronuncia, la Corte osserva che 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 (in termini analoghi Cass., Sez. III, 7 luglio 2011, n. 41404; Cass., Sez. III, 2 ottobre 2013, n. 46223; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2009, n. 42577; in epoca più risalente, v. Cass., Sez. V, 16 gennaio 1986, n. 2817).

casi di sussidiarietà espressa, ma anche in casi di sussidiarietà tacita⁷⁷.

La sussidiarietà tacita, in particolare, ricorrerebbe laddove «due norme incriminatrici, alle quali sia contemporaneamente riconducibile il fatto concreto, si pongano tra loro in un rapporto di rango, individuando due figure di reato di diversa gravità, delle quali l'una offenda, oltre al bene offeso dall'altra, anche un bene ulteriore ovvero rappresenti uno stadio di offesa più intensa allo stesso bene giuridico»⁷⁸.

4.2. (segue) *L'estraneità delle clausole di riserva al conflitto di norme*. La possibilità di desumere dalle clausole di riserva, previste dal legislatore in determinate disposizioni di parte speciale, un principio (generale) di sussidiarietà si scontra, invero, con numerose obiezioni.

In primo luogo, va rilevato che, in assenza di un riferimento normativo speculare all'art. 15 c.p. in relazione alla specialità, il criterio di sussidiarietà si presenta ineluttabilmente di incerta individuazione, a detrimento del principio di determinatezza/tassatività. In altri termini, la sussidiarietà paleserebbe una natura prettamente equitativa, la quale, in difetto di una base positiva, non sarebbe in grado di fornire al giudice direttive chiare e univoche⁷⁹.

⁷⁷ *Ex multis* CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 527; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 600; FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, cit., 347. Cfr. anche GAMBARDELLA, *Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata*, cit., 178 ss., secondo cui il fenomeno della sussidiarietà tacita (dall'Autore definita sussidiarietà "diretta") opererebbe in relazione a fattispecie in rapporto di specialità reciproca. Da segnalare che anche nella dottrina tedesca - dove, in assenza di una norma di portata generale quale l'art. 15 c.p., si fa ricorso a criteri di valore - si distingue tra sussidiarietà espressa (*formelle/ausdrueckliche Subsidiarität*) e tacita (*materielle/sachgegebene Subsidiarität*): v. per tutti ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2013, 852.

⁷⁸ In questi termini MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 600, i quali individuano, ad esempio, un rapporto di sussidiarietà tacita tra il delitto di strage (art. 422 c.p.) e altri delitti contro l'incolumità pubblica (si osservi che, in relazione a tali reati, il concorso di reati è escluso anche già da ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 218). Sul punto cfr. anche MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., 401.

⁷⁹ In questo senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 112-113, il quale osserva come il criterio di sussidiarietà si risolva in una teoria applicativa costruita sopra l'effetto desiderato (l'assorbimento), che tuttavia solo la specialità è deputata a produrre. Cfr. anche PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, cit., 624, secondo cui la sussidiarietà, necessitando sempre dell'integrazione dell'interprete, non avrebbe una portata applicativa circoscritta, neanche in relazione alle clausole di riserva.

In stretta correlazione con tale considerazione si pone altresì l'osservazione secondo cui il nutrito numero di clausole di riserva previste dal legislatore, lungi dall'indiziare la sussidiarietà come principio generale dell'ordinamento, parrebbe piuttosto una manifestazione di scelte politico-criminali del legislatore, la cui portata andrebbe pertanto limitata a quelle disposizioni, deliberatamente selezionate, in cui sono state inserite clausole di riserva espresse, in ossequio al brocardo - a sua volta deferente verso il principio di legalità - *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. In questo senso, autorevole dottrina ha infatti osservato come la sussidiarietà tacita si fonderebbe, in buona sostanza, su una estensione analogica delle clausole di riserva a disposizioni che non le prevedono, in violazione dell'art. 14 disp. prel.⁸⁰.

D'altra parte, non può tacersi che le esigenze equitative avvertite dai sostenitori della validità del principio di sussidiarietà possono comunque essere in larga parte soddisfatte ricorrendo a una corretta applicazione del principio di specialità⁸¹, ovvero assegnando maggior rilievo, nell'ambito delle clausole di riserva,

⁸⁰ Così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 510 ss. Infatti, le clausole di riserva, regolando l'applicabilità o meno di certune disposizioni incriminatrici, determinano altresì l'applicazione di una pena rispetto a un'altra, sicché devono essere ritenute norme penali, in quanto tali soggette al divieto di analogia previsto dall'art. 14 disp. prel.

⁸¹ Sul tema, cfr. in particolare M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 183, il quale ritiene che, siccome il principio di specialità - a differenza di quello di sussidiarietà - trova esplicito riconoscimento, sarebbe preferibile ricondurre al medesimo molti casi che sembrerebbero apparentemente da riportare alla sussidiarietà. Così, ad esempio, nonostante la presenza di una clausola di riserva determinata, il rapporto tra artt. 277 e 276 c.p. andrebbe ricondotto nell'ambito del principio di specialità, essendo l'art. 277 c.p. norma generale rispetto all'art. 276 c.p., poiché tutti i casi di attentato alla vita, incolumità o libertà personale del Presidente della Repubblica sono anche offesa alla sua libertà, mentre non vale l'inverso. Allo stesso modo pare potersi risolvere la questione dei rapporti tra il delitto di strage (art. 422 c.p.) e altri delitti contro la pubblica incolumità, iterato esempio di sussidiarietà tacita formulato dai fautori di tale tesi (*ex multis* MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 600) con l'apparente avallo, come già visto, del legislatore storico (ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 218): la condotta tipica dell'art. 422 c.p., infatti, consiste nel "compiere atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità", ossia - deve intendersi, anche per ragioni di collocazione sistematica della norma - taluno degli altri reati di cui al Titolo VI del codice penale (rubricato appunto "dei delitti contro l'incolumità pubblica"), di talché la commissione alternativa di uno di tali delitti si pone quale elemento costitutivo del delitto di strage, senza che residuino componenti di atipicità rispetto a tale fattispecie. La possibilità di ricondurre alcuni casi di sussidiarietà nell'ambito operativo dell'art. 15 c.p. ha indotto parte della dottrina a sostenere che la sussidiarietà non sarebbe altro che la manifestazione di un rapporto di specialità (così non solo già ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 218, ma anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 141); tale obiezione, tuttavia, non pare essere quella in grado di cogliere maggiormente nel segno, atteso infatti che la nozione di sussidiarietà non impedisce di

all'indagine relativa alla perimetrazione e valutazione del fatto concretamente realizzato⁸².

A proposito delle clausole di riserva, peraltro, va osservato come la tesi attualmente prevalente, che ne riconosce l'applicabilità solo nelle ipotesi in cui i reati concorrenti tutelino il medesimo bene giuridico, sia invero criticabile, per una pluralità di ragioni⁸³.

In primo luogo, va ricordato che, nelle intenzioni del legislatore del 1930, le clausole di riserva erano intese quali strumenti per ricondurre a una valutazione unitaria talune violazioni di legge eterogenee, anche poste a tutela di beni giuridici diversi (e dunque, secondo le intenzioni del legislatore storico, esulanti dall'ambito di applicabilità del criterio di specialità), in quanto comunque espressione di un disvalore unitario⁸⁴.

Conferma e corollario di tale impostazione è, evidentemente, l'esistenza di clausole di riserva determinate che regolano i rapporti tra fattispecie poste a presidio di oggettività giuridiche differenti⁸⁵.

riconoscerne la sussistenza anche tra norme che hanno strutturalmente elementi diversi (in questi termini FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686).

⁸² Va osservato infatti che, mentre l'art. 15 c.p., in tema di specialità, si esprime in termini di "stessa materia", locuzione interpretata come richiamo al rapporto strutturale tra le fattispecie astratte, le clausole di riserva solitamente si riferiscono al "fatto" realizzato, di talché parrebbe doversi avere riguardo all'avvenimento concretamente verificatosi. In tal senso si è pronunciata la già citata Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 13849, secondo cui il margine di operatività delle clausole di riserva deve essere definito facendo ricorso al criterio dell'*idem factum* previsto dall'art. 649 c.p.p.; in particolare, la Corte osserva che «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 penalistico, tanto da porsi oltre i limiti connotati al principio di specialità».

⁸³ Sul punto, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1985, 697.

⁸⁴ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 218.

⁸⁵ Si pensi, a titolo di esempio, alla clausola di riserva contenuta nell'art. 379 c.p. (favoreggiamento reale), fattispecie posta a tutela della corretta amministrazione della giustizia, in base alla quale è punibile chiunque aiuti taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato "fuori dei casi previsti dagli articoli 648 [ricettazione], 648 *bis* [riciclaggio] e 648 *ter* [impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita]", questi ultimi reati collocati tra i delitti posti a tutela del patrimonio. L'esistenza di clausole che rinviano a fattispecie poste a presidio di beni giuridici distinti non è circostanza rimasta ignorata dagli stessi sostenitori della tesi nella necessaria medesimezza di oggettività giuridica, i quali allora, per non rinnegare la propria impostazione, hanno dovuto ammettere che, almeno laddove espressamente previsto dal legislatore, anche gli interessi eterogenei possono trovarsi in rapporto di sussidiarietà: cfr. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 513 ss.

Inoltre, non pare fuori luogo evidenziare come condizionare l'operatività delle clausole di riserva alla medesimezza dei beni giuridici protetti dalle fattispecie concorrenti sia operazione invero foriera di incertezze, atteso infatti che la tassonomia delle oggettività giuridiche (nonché l'esatta individuazione di quale di esse sia tutelata da uno specifico reato) presenta ineludibili connotati di evanescenza⁸⁶.

Nel momento in cui dunque si rigetta l'idea che le clausole di riserva possano operare con esclusivo riferimento a reati concorrenti posti entrambi a presidio del medesimo bene giuridico, potendo invece trovare applicazione anche allorquando vengano in rilievo oggettività giuridiche differenti, allora la sussidiarietà – quantomeno nell'accezione conferitale dalla recente dottrina prevalente – pare smarrire il proprio tratto identitario. Una volta accolta tale impostazione, infatti, le clausole di riserva non statuiscono più la sussistenza di un rapporto di rango tra fattispecie, risolvendosi invece per esprimere una precisa scelta legislativa di mitigazione punitiva, attuata mediante la configurazione di una eccezione alla (*rectius* rimuovendo i presupposti per l'applicabilità della)⁸⁷ regola del concorso di reati.

Rebus sic stantibus, si potrebbe affermare – come d'altronde è già stato autorevolmente affermato – che le clausole di riserva, determinando l'assorbimento di una fattispecie in un'altra in grado di esaurire l'intero disvalore complessivo del fatto illecito concreto, sarebbero espressione del diverso principio di consunzione⁸⁸ (per cui si rinvia *infra* § 4.3).

Tuttavia, la soluzione preferibile sembrerebbe un'altra. Condivisibile, infatti, è l'opinione di chi ha sostenuto che, in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore esclude *in nuce* qualsivoglia incertezza sulla norma applicabile mediante la

⁸⁶ Sul tema, cfr. *ex multis* GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 193; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 78-82.

⁸⁷ Come noto, infatti, in tanto si può parlare di pluralità di reati e quindi di concorso effettivo, in quanto non si possa preliminarmente ridurre per via ermeneutica il numero di fattispecie configurabili. Sul punto MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 30; VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 514; PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, 514.

⁸⁸ Il riferimento è a PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 548. Cfr. anche SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 201, la quale ritiene che la sussidiarietà tacita possa essere assimilata al criterio di consunzione della norma che esaurisce l'intero disvalore del fatto.

previsione di una clausola di riserva, a ben vedere non ricorre alcun concorso apparente di norme, sicché non v'è alcuna ragione per la quale l'interprete debba invocare il principio di sussidiarietà (o altri criteri di sorta)⁸⁹.

In altri termini, le clausole di riserva devono essere collocate al di fuori del controverso argomento del concorso di norme, poiché la loro funzione non è quella di fornirne una soluzione, bensì quella di prevenirne l'insorgenza, giacché consentono di rimuovere per via ermeneutica fattispecie solo *prima facie* prospettate, ma la cui effettiva configurabilità viene in radice esclusa proprio in virtù delle clausole medesime.

4.3. *La consunzione.* Il più discusso tra i criteri proposti dalle teorie pluraliste per risolvere il concorso di norme è indubbiamente quello della consunzione (o dell'assorbimento).

In base a tale criterio, alla stregua del quale *lex consumens derogat legi consumptae*, si sarebbe in presenza di un concorso solo apparente di norme allorché il fatto previsto da una fattispecie sia *lato sensu* "compreso" nel fatto previsto da un'altra, di talché l'esclusione di un concorso di reati si imporrebbe per scongiurare che l'agente sia punito più volte per lo stesso contenuto sostanziale di illecito (c.d. *ne bis in idem* sostanziale)⁹⁰.

Mentre il principio di specialità si basa su un rapporto logico-formale tra le fattispecie astratte e presuppone l'unità naturale (ossia la convergenza sulla medesima situazione fattuale), la consunzione si fonderebbe invece su valutazioni assiologiche e presupporrebbe l'unità normativa (ossia la capacità di una delle norme concorrenti di esaurire l'intero significato delittuoso dell'accadimento concreto)⁹¹. In virtù di tale unità normativo-sociale, condotte naturalisticamente

⁸⁹ ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 254; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1016; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 158; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 135-137.

⁹⁰ *Ex multis* GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 416 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 186; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 184; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 653.

⁹¹ In questi termini BASSI, sub *art. 15*, cit., 310. Nello stesso senso MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 61; MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, cit., 811; PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, cit., 544; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 722;

distinte potrebbero essere considerate unitariamente, purché espressive di un significato omogeneo, avvertito come tale in base a valutazioni da operare alla luce dei parametri – appunto – normativi ed etico-sociali di riferimento⁹².

Poste queste indicazioni generali, in realtà tra gli stessi sostenitori della consunzione non si registra un'unità di opinioni circa le caratteristiche proprie di tale criterio⁹³.

Secondo alcuni, la consunzione consentirebbe, in base ad una considerazione (non formale del rapporto tra le fattispecie astratte, bensì) sostanziale del disvalore implicato nelle violazioni in confronto, di ritenere un reato assorbito in altro e più grave reato, la cui cornice edittale appare proporzionata al disvalore complessivo dell'episodio criminoso, benché l'accadimento concreto sia sussumibile anche in fattispecie minori⁹⁴.

SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 478. Cfr. anche PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1392-1393, il quale elenca i seguenti elementi differenziali della consunzione rispetto alla specialità: *a)* non è un rapporto logico, ma un rapporto di valore, in base al quale l'apprezzamento negativo dell'accadere concreto è già compreso tutto, senza residui, nella norma che prevede il reato più grave; *b)* opera solo tra più fattispecie incriminatrici; *c)* comporta sempre la prevalenza della norma che prevede il reato più grave; *d)* non richiede la stretta identità naturale del fatto, ma si accontenta di una identità normativa del fatto; *e)* non può operare quando la norma che prevede il reato più grave non si pone concretamente (per es., per difetto di querela); *f)* i danneggiati dai reati assorbiti per consunzione conservano sempre il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale prodotto dai reati stessi; *g)* nella convergenza dei rapporti di specialità e consunzione sulle medesime norme, prevale, quanto a effetti giuridici, il rapporto di specialità.

⁹² CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 526; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 720 ss. Accogliendo tale impostazione, viene sostenuto, il criterio della consunzione consentirebbe di limitare gli effetti pregiudizievoli dell'ipertrofia legislativa, la quale comporta l'introduzione di norme di parte speciali superflue e la potenziale violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale.

⁹³ Evidenziano la diversità di vedute dottrinali MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 601. Per una ricostruzione delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali in ordine al criterio di consunzione, v. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit., 464 ss.

⁹⁴ In questi termini CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 526. Nello stesso senso PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 190; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 227. Apprezza l'apertura del criterio di consunzione a valutazioni inerenti al fatto concreto 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, 76, che parla di fatto inteso come unità di contesto e di valore. Evidenzia la circostanza che la consunzione si riferisca ai casi concreti e non alle fattispecie astratte GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 128 ss., il quale osserva che «il giudizio riguarda sempre il fatto concreto, anche se con una componente di astrattezza; potremmo dire che sussistono elementi di una somiglianza – sia pure in modo alquanto approssimativo e con tutte le dovute differenze – con l'accertamento dell'idoneità nel delitto

Alcuni autori circoscrivono maggiormente l'ambito operativo della consunzione, ritenendo che detto criterio escluderebbe il concorso di reati ogniqualvolta la commissione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione anche di un altro reato⁹⁵. In altri termini, ciò che connoterebbe il criterio di consunzione e giustificerebbe il suo ruolo nella teoria del concorso di reati sarebbe costituito dal c.d. "quadro normale di vita", che sussisterebbe quando «l'esperienza della vita afferma che il quadro normale di un certo tipo di reato comporta anche la realizzazione di un'altra fattispecie»⁹⁶.

Altri ancora ritengono che il criterio della consunzione individuerrebbe quelle ipotesi in cui la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione "consuma" e assorbe in sé l'intero disvalore

tentato che, come si sa, secondo l'impostazione prevalente va effettuato in concreto su una base parziale di circostanze, e cioè dal punto di vista di un osservatore fornito di normali conoscenze».

⁹⁵ A favore di tale accezione del criterio di consunzione v. PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1393, secondo cui «il rapporto di consunzione si configura in tutti i casi, nei quali l'esperienza afferma che il quadro normale di un certo tipo di reato comporta pure la realizzazione di un'altra fattispecie che prevede il reato meno grave. Dietro il tipo formale del reato, come emerge dall'astratta descrizione di legge, sta un "tipo sostanziale", cioè quella immagine del modo normale di verificarsi del reato, che ha guidato il legislatore nello stabilirne il regime penale»; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 720 ss., per i quali la consunzione si fonderebbe su un rapporto di «implicazione o compresenza tra più reati suffragato dall'esperienza»; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 526, per i quali ricorre un rapporto di consunzione «quando la realizzazione di un reato implica normalmente l'integrazione di un altro reato, che finisce per essere assorbito dal primo, tanto più facilmente quanto più è indefettibile il rapporto di dipendenza dell'uno rispetto all'altro»; FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, cit., 347, il quale si esprime in termini di "ordinari sviluppi" della condotta incriminata dal reato più grave, sottolineando come ciò non significhi che il secondo reato debba porsi quale unico possibile sviluppo del primo, quanto come risolto più frequente; PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, cit., 624; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 718 ss. V. anche GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 127, il quale, prendendo in considerazione l'orientamento secondo cui il criterio di consunzione si incentrerebbe soltanto sul disvalore complessivo del fatto, a prescindere dalla presenza di un "quadro normale di vita", osserva che «questa impostazione non sembra molto convincente, in quanto verrebbe demandato al giudice il potere, difficilmente controllabile, di decidere la sussistenza di una o più fattispecie sulla base di una generica valutazione sulla capacità del reato più grave di esaurire o meno l'intero disvalore del fatto».

⁹⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 186 ss. Utilizza l'espressione "quadro normale di vita" GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 134, secondo il quale per affermarne la sussistenza occorre un grado d'inferenza statistica assai elevato, «in quanto il legislatore nella sua opera di tipizzazione delle fattispecie ricomprende il disvalore soltanto di quelle violazioni che molto spesso si accompagnano a quel reato».

del fatto concreto⁹⁷ (su tale impostazione, che si fonda essenzialmente su una lettura estensiva della disciplina prevista in tema di reato complesso, v. *infra* § 5.3).

Di recente, poi, è stata suggerita una prospettiva che, valorizzando la dimensione “tipologica” del fatto ed estendendo conseguentemente la tipicità penale oltre i confini formalmente imposti dalla fattispecie legale astratta, nonché concependo l’avvenimento concreto in termini non meramente naturalistici bensì nell’ottica di una “unità normativa del fatto”, impone l’assorbimento per scongiurare violazioni del *ne bis in idem* sostanziale⁹⁸.

Ad ogni modo, a prescindere dall’opinione accolta, gli studiosi sono tendenzialmente concordi nel ritenere che, una volta ravvisato un rapporto di consunzione tra reati, la norma prevalente debba essere individuata in quella che prevede il trattamento sanzionatorio più severo, in quanto idonea a esaurire l’intero disvalore del fatto⁹⁹. Viene osservato, infatti, che nel comminare la pena per il reato più grave, il legislatore avrebbe già tenuto in considerazione anche gli eventuali illeciti che normalmente vi si accompagnano¹⁰⁰.

Qualora le cornici edittali previste dal legislatore non consentano di individuare agevolmente il reato più grave (per esempio nelle ipotesi in cui due fattispecie presentino minimi e massimi diversi per gravità), parte della dottrina suggerisce

⁹⁷ Così MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 601.

⁹⁸ Su tale impostazione, v. l’approfondito studio di SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, cit., 478 ss.

Merita menzione anche la recente impostazione suggerita da GAMBARDELLA, *L’unità nel molteplice. La relazione tra fattispecie nel concorso di reati*, Roma, 2024, 148 ss., secondo cui «nella relazione tra figure criminose s’iscrive una *idea comune* partecipata dalle stesse. Il concorso ideale o formale si configura alla presenza di fattispecie incriminatrici che hanno al centro della loro descrizione legale una medesima idea, una unità visibile nella molteplicità» (enfasi originaria), e dunque «occorre valorizzare il dato che la “medesima idea” su cui s’incentra la relazione normativa tra incriminazioni – insieme alla necessità che vi sia un’unica condotta concreta – rende ragionevole ed equo un esito di apparente concorso di illeciti penali; e l’applicazione soltanto dell’ipotesi criminosa più grave o principale, evitando così il cumulo delle pene».

⁹⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 718 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 186 ss.; BASSI, sub *art. 15*, cit., 313.

¹⁰⁰ PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1392-1393, secondo il quale «poiché si deve pensare che la sanzione penale per il reato più grave sia stata proporzionata dal legislatore al modo normale di realizzazione di quel reato, risulta che l’aggiungere la punizione per l’altro reato sarebbe una parziale duplicazione della pena inflitta per il primo». Nello stesso senso FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, cit., 347.

di riferirsi alla pena che in concreto dovrebbe essere irrogata per ciascun reato¹⁰¹, mentre altri ritengono che debba darsi rilevanza al massimo edittale e, laddove questo fosse identico per entrambe le fattispecie, considerare qualità e rango dei beni giuridici protetti dalle norme concorrenti¹⁰².

4.4. (segue) *L'ineluttabile inconciliabilità con il principio di legalità*. I principali rilievi critici mossi al criterio della consunzione si incentrano sull'assenza di un espresso fondamento normativo che ne giustifichi l'esistenza e ne affermi la validità, al contrario di quanto avviene in riferimento al principio di specialità¹⁰³. In verità, i sostenitori della consunzione hanno tentato di ribattere alle obiezioni attinenti alla mancanza di un ancoraggio normativo del criterio, offrendo opinioni e soluzioni diversificate.

Secondo alcuni, il criterio di consunzione troverebbe riconoscimento normativo nello stesso art. 15 c.p., il quale, se da un lato sancisce il principio di specialità, dall'altro lato ne ammette espressamente una deroga nei casi in cui "sia altrimenti stabilito", formula interpretata - nell'alveo dell'indirizzo in esame - quale apertura di matrice legislativa ai criteri di valore e, tra essi, all'assorbimento del reato meno grave nel reato più grave, in grado di esaurire l'intero disvalore dell'accadimento concreto¹⁰⁴.

Altri autori ravvisano ulteriori norme che consentirebbero di desumere un criterio generale di consunzione, quali l'art. 84 c.p., recante la disciplina del reato

¹⁰¹ B. ROMANO, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Padova, 2009, 410.

¹⁰² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723.

¹⁰³ In tal senso, sia sufficiente il rinvio alle numerose pronunce a Sezioni Unite in cui la Corte di cassazione ha rimarcato come il criterio di consunzione sia privo di fondamento normativo: Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664; Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588.

¹⁰⁴ PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 548, il quale ribadisce la propria tesi in PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., 224. Tra la dottrina che condivide tale impostazione, v. MORSELLI, *Reato continuato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1986, 363; PICA, *I rapporti tra illecito penale e amministrativo alla luce dell'art. 91. 24 novembre 1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, 2, 214.

complesso¹⁰⁵, e l'art. 68 c.p., in materia di limiti al concorso di circostanze¹⁰⁶.

Altri ancora assumono una posizione decisamente più netta, ritenendo che non sia in alcun modo indispensabile l'esistenza di un richiamo legislativo per affermare l'esistenza e la validità del criterio di consunzione, sicché non occorre cimentarsi nella ricerca di fondamenti positivi del medesimo¹⁰⁷.

Gli sforzi ermeneutici profusi dai vari autori testé richiamati, benché apprezzabili, tuttavia non paiono pienamente convincenti.

Da un lato, il sostegno normativo al criterio di consunzione non può essere individuato nella formula di chiusura dell'art. 15 c.p., la quale, come visto *supra*, allude alle clausole di riserva previste espressamente dalle singole fattispecie incriminatrici, non certo a parametri che tutto sono tranne che "stabiliti". Clausole che, peraltro e come già visto, esulerebbero dall'ambito del concorso apparente di norme, ponendosi invece quali canoni interpretativi espressi volti a inibire per matrice normativa la qualificazione giuridica multipla.

Per altro verso, ricavare per diversa via un criterio di consunzione (tacita) generale si rivela un'applicazione analogica ingiustificata degli artt. 84 e 68 c.p., in quanto, a tacer d'altro, in presenza di norme appositamente deputate a disciplinare il concorso apparente di norme, difetta il presupposto di una effettiva lacuna normativa che giustifichi il ricorso all'analogia, peraltro attuata con riferimento a disposizioni la cui natura penale ed eccezionale non pare inverosimile¹⁰⁸.

¹⁰⁵ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 417, nonché, in epoca più recente, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 602.

¹⁰⁶ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 417; VASSALLI, *Reato complesso*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, par. 8; PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, cit., 624; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 163; PROSDOCIMI, *Reato complesso*, in *Dig. disc. pen.*, 1996, 217. Cfr. anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 179, secondo cui l'esistenza di un criterio generale ulteriore alla specialità, pur in assenza di un fondamento normativo espresso, «come d'altra parte avviene in ordinamenti positivi nei quali per il concorso apparente di norme non si è ritenuto opportuno introdurre alcuna norma apposita, neppure sul principio di specialità», «può essere ugualmente ricavato dal sistema».

¹⁰⁷ Così MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 81, il quale osserva che «non sembra che un richiamo nella legge sia indispensabile. Il principio di assorbimento per continenza di valore (sussidiarietà) corrisponde infatti ad un canone logico che non può non guidare nella interpretazione delle leggi». In termini analoghi VANNINI, *Assorbimento e progressione criminosa nel nuovo codice penale (art. 15, 81 c.p.)*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, Bologna, 1932, 39.

¹⁰⁸ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 118, il quale osserva che la teoria

Ma il problema derivante dall'assenza di un espresso cardine normativo su cui imperniare il criterio di consunzione non si involge in anchilosate asserzioni di cieca devozione al principio di legalità formale. Esso invece si dispiega in tutta evidenza nel momento in cui si tenta di tratteggiare con la necessaria precisione i connotati e i limiti del criterio medesimo, i quali infatti, in assenza di indicazioni espresse, finiscono per essere fumosi, evanescenti, essenzialmente rimessi alla valutazione e alla sensibilità del singolo interprete.

Invero, la comune – e pienamente condivisibile – critica alla consunzione si fonda sulla considerazione che detto criterio è eccessivamente elastico, in balia di imprevedibili giudizi sostanziali del singolo interprete, perciò in contrasto con i principi di determinatezza e tassatività¹⁰⁹. Non vi sono, infatti, parametri obiettivi univocamente prefissati che consentano di affermare quando effettivamente il disvalore dell'accadimento concreto sia unitario, sicché l'interprete è costretto a ricorrere a valutazioni che dovrebbero più propriamente competere al legislatore.

In altri termini, il criterio di consunzione, reggendosi su valutazioni valoriali, sconfinava ineluttabilmente nel campo dell'arbitrarietà e, dunque, dell'ignoto, a

pluralista si confronta con un insuperabile dilemma: «quando vuole ancorare il concorso apparente al diritto positivo, non riesce a dare una giustificazione giuridicamente valida della configurabilità del medesimo oltre i casi espressamente previsti dalla legge; quando tale configurabilità deduce da un postulato principio generale, non riesce a dare a questo un solido aggancio di diritto positivo». Cfr. anche C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 646 ss., per cui l'assorbimento è ammissibile nei limiti del reato complesso. Con riferimento all'art. 84 c.p., peraltro, pare potersi sostenere – ma sul punto si tornerà più diffusamente *infra* § 5.4. – che tale disposizione non è suscettibile di fondare un criterio valoriale di portata generale, costituendo semplicemente una particolare applicazione del principio di specialità.

¹⁰⁹ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 10, che accusa il criterio di consunzione di essere “ultra-elastico”, nel quale «si può far rientrare tutto ciò che si vuole»; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 101; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 417-418; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1015 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., 189; SOTIS, *Il “concorso materiale apparente”: confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 191; PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, 473. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164: «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale. Come è stato ben chiarito, in realtà, un'esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento ‘all'ordinamento penale complessivamente considerato’, perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili». Più di recente, v. Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664.

detrimento di imprescindibili istanze di certezza giuridica¹¹⁰.

Né tale osservazione pare perdere di consistenza qualora si intenda il quadro normale di vita come «requisito necessario del principio di consunzione, costituendone sia il fondamento, sia il criterio applicativo e delimitativo»¹¹¹. Infatti, il parametro del quadro normale di vita sconta i medesimi vizi di vaghezza e indeterminatezza imputati all'assorbimento per disvalore, in quanto ancorato a imprevedibili valutazioni del caso concreto basate su imprecise (e sempre mutevoli) frequenze statistiche¹¹². E lo stesso discorso, pare, vale anche laddove si faccia riferimento al “fatto tipologicamente rilevante”, la cui estensione normativa non è infatti definita da parametri univoci e predeterminati¹¹³.

¹¹⁰ Invero, il problema dell'eccessiva vaghezza della consunzione è riconosciuto dagli stessi propugnatori del criterio: v. *ex multis* PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., 225, il quale ammette che «la più grave difficoltà inerente alla dottrina del rapporto di consunzione sorge dalla natura stessa di questo rapporto, cioè dalla circostanza che esso non si fonda su una relazione logica, bensì su un apprezzamento di valore». Cfr. anche SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 168-169, la quale tenta di superare l'obiezione dell'indeterminatezza dei confini applicativi della consunzione osservando che «non pare che le posizioni “moniste” vadano esenti dalle medesime critiche. Le ricostruzioni della specialità formulate [...] sono tutte accomunate – nella loro diversità – da una estensione della specialità verso confini indeterminati e imprecisi; esse introducono, inoltre, note valoriali, finendo così per contaminare persino l'unico principio ove sarebbe possibile mantenere estraneo tale aspetto. Seguendo l'impostazione pluralista si ottiene, quanto meno, il risultato di mantenere distinti i criteri e di attribuire alla specialità il confine più rigoroso possibile». V. anche, a loro tempo, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 729 ss. e MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 89 ss., i quali ritengono che solo la sussidiarietà possa aggiungersi alla specialità quale criterio di soluzione del concorso apparente di norme, rinnegando la consunzione.

¹¹¹ Così GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 127, il quale ritiene che la necessità che sussista un “quadro normale di vita” per riscontrare un assorbimento tra reati concorrenti permetterebbe di scongiurare l'indeterminatezza insita al criterio di consunzione genericamente inteso.

¹¹² Sul punto, v. SOTIS, *Il “concorso materiale apparente”: confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 191-192, il quale osserva che «evocare il c.d. criterio dell'assorbimento affermando che un reato è assorbito da un altro poiché questo ne esprime tutto il disvalore è affermazione [...] che poggia su argomentazioni malleabili come l'argilla: per stabilire quale sia il disvalore del reato occorre, a sua volta, decidere quali ne siano gli indici (bene giuridico, note modali, schemi ricorrenti nella realtà) a loro volta malleabili».

¹¹³ Lo riconosce SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, cit., 532 ss., il quale tuttavia ritiene che tali rilievi andrebbero «ridimensionati e reindirizzati verso la fisiologica incertezza di ogni interpretazione normativa». Confrontandosi con la critica fondata sul rispetto del principio di legalità, l'autore osserva poi che «l'utilizzo della dimensione tipologica del reato nella prospettiva del concorso apparente non comporta una estensione della funzione incriminatrice della norma penale», in quanto «il riferimento relazionale al tipo penale giunge quando è stata già accertata la conformità alla fattispecie legale astratta» e «la logica tipologica [...] contribuisce decisamente a distinguere e a separare 'all'interno' di ciò che è già formalmente tipico».

5. *Il reato complesso nell'ambito del concorso apparente di norme.* La discussione in tema di concorso apparente di norme non può prescindere dal soffermarsi sulla figura del reato complesso (o reato composto)¹¹⁴, previsto dall'art. 84 c.p. Tale norma, infatti, nello statuire che le disposizioni in materia di concorso di reati non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, ovvero come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato, a ben vedere configura una ipotesi espressa di concorso apparente di norme. Invero, più norme parrebbero a prima vista adattarsi al caso concreto, ma una soltanto è, in realtà, destinata a trovare applicazione, vale a dire soltanto quella che prevede il reato complesso.

Nonostante, di primo acchito, la disciplina or ora sinteticamente descritta appaia di semplice comprensione, tuttavia gli interpreti si arroccano su posizioni contrastanti nel momento in cui occorre individuare il ruolo e la portata dell'art. 84 c.p. nell'ambito delle discussioni sui criteri regolatori del concorso apparente di norme. Come si vedrà meglio nel prosieguo, infatti, gli studiosi sono essenzialmente divisi tra chi ritiene che il reato complesso costituisca un mero pleonasma del principio di specialità e chi, invece, è dell'opinione che l'art. 84 c.p. sia espressione e fondamento del principio di consunzione, inteso nell'accezione dell'assorbimento in un reato di un altro reato meno grave, strettamente strumentale alla commissione del primo.

5.1. *I connotati essenziali dell'istituto.* Come noto e come già anticipato, per reato complesso si intendono quelle ipotesi in cui fatti che costituirebbero di per sé reato assurgono a elementi costitutivi (c.d. reato complesso del primo tipo) o a circostanze aggravanti (c.d. reato complesso del secondo tipo) di un altro reato, che troverà - per espressa previsione dell'art. 84 c.p. - esclusiva

¹¹⁴ L'espressione "reato composto" costituisce la traduzione della locuzione tedesca *Zusammengesetzte Deliktstatbestände*, i quali, secondo l'orientamento prevalente della dottrina teutonica, rientrano nell'ambito del §52 StGB relativo alle ipotesi di *Tateinheit*, ossia di concorso ideale di reati, a cui segue l'applicazione della sola norma più grave, in cui vengono assorbiti gli altri vari illeciti. Sul tema, si rinvia per tutti a WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2013, 320.

applicazione¹¹⁵.

Affinché possa effettivamente configurarsi il reato complesso, in giurisprudenza è stata affermata la necessità che «una norma di legge operi la fusione in una unica figura criminosa dei fatti costituenti reati autonomi. Non basta quindi che i più fatti, i quali, isolatamente considerati, costituirebbero altrettanti reati, abbiano qualche elemento comune perché sia ravvisabile il reato complesso, essendo questo costituito dalla unificazione a livello normativo di tutti gli elementi che integrano ipotesi tipiche di reati tra loro differenti»¹¹⁶.

In questa prospettiva, dirimente diviene l'espressa volontà normativa – «quando la legge» – di considerare un reato elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, di talché il primo perda la propria genetica autonomia per convergere nella struttura della fattispecie complessa. Una volta avvenuta l'unificazione legislativa, il reato complesso si pone come una autonoma e distinta fattispecie incriminatrice, esprime un disvalore d'azione unitario, determinato dal legislatore valorizzando il collegamento esistente tra i fatti posti in essere dall'agente¹¹⁷.

L'istituto, pertanto, si colloca pacificamente nell'ambito del concorso apparente di norme, dacché esclude espressamente l'operatività del concorso di reati¹¹⁸. Ciò posto, non è però pacifico quale sia l'effettiva portata applicativa dell'art. 84 c.p. in tale materia. Segnatamente, particolarmente problematiche sono le ipotesi in cui la realizzazione di un reato si manifesta attraverso un reato diverso, il quale, dunque, viene a costituire una modalità di attuazione del

¹¹⁵ BERNARDI, sub *art. 84*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 1598-1599; GIZZI, sub *art. 84*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzi-Lupo, Milano, 2021, 945. V. anche, tra la prima dottrina occupatasi del tema, RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, 103; PIACENZA, *Reato complesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 965; LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 366, secondo cui il reato complesso è qualcosa di unitario «solidamente fuso e tale da distruggere in pieno tutte le caratteristiche delle singole entità componenti».

¹¹⁶ *Ex plurimis* si veda Cass., Sez. II, 18 maggio 2018, n. 41005, nonché Cass., Sez. II, 12 dicembre 2003, n. 47684. In dottrina, in tal senso v. GIZZI, sub *art. 84*, cit., 964; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 794; BERNARDI, sub *art. 84*, cit., 1600; SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, cit., 3.

¹¹⁷ PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965. Sull'assorbimento in un disvalore unitario quale *ratio* fondante delle ipotesi di reato complesso, v. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 646.

¹¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 733; BERNARDI, sub *art. 84*, cit., 1605.

primo (il quale tuttavia non preveda espressamente il secondo quale proprio elemento costitutivo): situazioni a cui ci si suole riferire con l'espressione di "reato eventualmente complesso".

5.2. Dal reato complesso a una nuova accezione della consumazione? Secondo parte della dottrina, il reato complesso rappresenterebbe una mera applicazione legale del principio di specialità sancito dall'art. 15 c.p., sicché lo stesso art. 84 c.p. apparirebbe invero pleonastico nell'economia del codice penale¹¹⁹, se non per l'assolvimento di una funzione prettamente sistematica, in quanto norma deputata a chiarire la portata dello stesso art. 15 c.p.¹²⁰.

Altri autori, tuttavia, hanno evidenziato come la complessità sembri munita di un *quid pluris* rispetto alla mera specialità¹²¹: la scelta legislativa di unificare in una sola fattispecie incriminatrice più figure a loro volta costituenti reati a sé stanti sembrerebbe fondarsi sulla constatazione dell'esistenza di una peculiare connessione sostanziale tra questi ultimi¹²², di un vincolo ontologico declinato in senso teleologico, strumentale o anche solo modale¹²³.

¹¹⁹ NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, cit., 207; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 409; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 260; ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, cit., 68.

¹²⁰ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 797; SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, cit., 126.

¹²¹ BERNARDI, sub art. 84, cit., 1606.

¹²² MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 602. La necessità che, per la configurazione del reato complesso, i reati-componenti siano avvinti tra loro da una connessione sostanziale è riconosciuta anche dalla giurisprudenza (v. *ex multis* Cass., Sez. II, 12 giugno 2019, n. 28847; Cass., Sez. V, 1° aprile 2019, n. 19982; Cass., Sez. II, 19 maggio 2015, n. 22096), la quale pertanto esclude la configurabilità del reato complesso laddove non ravvisi la sussistenza di siffatto vincolo funzionale. Cfr. ad esempio Cass., Sez. II, 17 marzo 1969, n. 653, che ha escluso l'assorbimento del reato di violazione di domicilio in quello di furto in abitazione, e ha quindi ravvisato un concorso di reati, quando vi sia stata l'introduzione abusiva nell'abitazione altrui per commettere fatti penalmente irrilevanti o, se penalmente rilevanti, comunque diversi dal furto, ai quali sia poi seguita, come frutto di un'idea sopravvenuta, la commissione del furto di una cosa trovata nell'abitazione. Più di recente, cfr. Cass., Sez. III, 22 settembre 2016, n. 55302, secondo cui il delitto di sequestro di persona concorre con quelli di violenza sessuale o di rapina, nel caso in cui la privazione della libertà personale si protrae, quanto al delitto di cui all'art. 609-bis c.p., nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali e, quanto al delitto di cui all'art. 628 c.p., anche dopo l'avvenuto impossessamento della *res*, ma per un tempo apprezzabile e senza necessità ai fini della consumazione della rapina.

¹²³ LOSANA, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, cit., 1192; PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 218; RANIERI, *Il reato complesso*, cit., 96; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 628;

In ragione di tale connessione sostanziale, che deve necessariamente avvincere i reati-componenti del reato complesso, parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 84 c.p., lungi dal ridursi a superflua applicazione del principio di specialità, in realtà costituirebbe enunciazione espressa del principio di consunzione¹²⁴, ossia - in questa specifica accezione - dell'idea che «la commissione di un reato che sia strettamente funzionale ad altro più grave reato comporta l'assorbimento del primo reato nel reato più grave»¹²⁵.

Sarebbe proprio il principio di consunzione così inteso a escludere, per esempio, il concorso di reati nel caso di omicidio mediante accoltellamento con danneggiamento dei vestiti della vittima, o nel caso del detenuto che evada indossando - e quindi rubando - gli abiti dell'amministrazione penitenziaria¹²⁶.

In questa prospettiva, il principio di consunzione, estendendo il campo di operatività dell'art. 84 c.p., sarebbe idoneo a fornire una soluzione anche alle ipotesi di reato eventualmente complesso, ossia quei casi in cui, pur in assenza di una figura astratta di reato complesso, la commissione di un reato sia in concreto strettamente funzionale alla commissione di un altro e più grave reato¹²⁷.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 479. V. in particolare VASSALLI, *Reato complesso*, cit., par. 8, secondo cui «quel nesso di mezzo a fine, che assurge a circostanza aggravante comune di tutti i reati, è nei reati complessi particolarmente intenso e costante. [...] Ciò su cui l'attenzione di chi cerca di ricondurre ad una certa unità di fondamento o di profili le figure di reato complesso conosciute (ovviamente ci riferiamo al reato complesso in senso stretto) è indotta a soffermarsi è la facilitazione che la consumazione dell'uno dei reati componenti rappresenta per la realizzazione dell'altro». Cfr. anche VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova, 2009, 537, secondo cui il reato complesso costituisce un'associazione di condotte e/o di eventi riconducibili alla previsione di norme incriminatrici diverse fra loro ma caratterizzate da un'omogeneità di tutela e collegati nel concreto del loro accadimento da un vincolo di funzione o di derivazione e di unicità, desunta dal tempo della loro realizzazione (contestualità) e dall'identità della persona offesa.

¹²⁴ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 417; PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 217; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 602; RANIERI, *Il reato complesso*, cit., 155; VASSALLI, *Reato complesso*, cit., par. 8.

¹²⁵ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 602.

¹²⁶ Nel senso del concorso di reati v. invece Cass., Sez. II, 10 luglio 1986, n. 657, secondo cui «nell'ipotesi del detenuto che evada indossando indumenti dell'amministrazione penitenziaria non può ravvisarsi, tra le disposizioni di cui agli artt. 385 e 624 c.p., un concorso apparente di norme, con conseguente assorbimento del furto nel reato di evasione, ostandovi sia la differente materialità dei diversi episodi delittuosi, sia la diversa obiettività giuridica dei due reati, consistenti per il furto nell'inviolabilità del patrimonio e per l'evasione nell'autorità delle decisioni giudiziarie».

¹²⁷ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 603. Aderendo a questa prospettiva, verrebbe conseguentemente superata l'opinione secondo cui «in tanto è possibile parlare di

Con la differenza, rispetto alla tradizionale definizione del principio di consunzione, che in questo caso l'esistenza di un concorso apparente di norme verrebbe giustificata in virtù di un criterio strutturale e non di valore.

5.3. (segue) L'irrilevanza del nesso di strumentalità per dirimere la convergenza di norme. L'indirizzo dottrinale secondo cui dall'art. 84 c.p. si desumerebbe il principio di consunzione (inteso in termini di assorbimento per strumentalità), sebbene ispirato dall'irrinunciabile esigenza di rifuggire sproporzioni sanzionatorie e fondato su argomentazioni intrinsecamente lineari, si espone nondimeno ad alcuni rilievi critici.

Segnatamente, va osservato che, benché sia vero che ogni reato complesso, in quanto fattispecie espressiva di un disvalore unitario, esige la sussistenza di una connessione sostanziale (nelle forme di un vincolo teleologico, strumentale o finanche solo modale) tra componenti illecite, non per ciò solo, tuttavia, è vera anche l'affermazione contraria. Non è consequenziale, cioè, che, qualora un reato sia strettamente funzionale alla commissione di un altro e più grave reato, allora il primo debba essere assorbito nel secondo.

A tal proposito, è opportuno preliminarmente evidenziare che la ricorrenza di un collegamento strumentale o modale tra due illeciti penali non è, per sé sola, obiettivamente indicativa di un maggiore o minore disvalore. Ciò è dimostrato dall'esistenza, nel codice, di norme che, a fronte di una connessione sostanziale tra la commissione di diversi reati, talora aggravano (art. 61 n. 2 c.p.) e talaltra mitigano (art. 81 c. 2 c.p.) il trattamento sanzionatorio¹²⁸.

una complessità eventuale, in quanto sia la stessa legge a prevedere un reato come modalità eventuale di consumazione dell'altro» (così Cass., Sez. II, 29 marzo 2019, n. 19840. Cfr. anche Cass., Sez. V, 7 aprile 2004, n. 16267. In dottrina, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 795, secondo cui i reati eventualmente complessi sarebbero riconducibili alla disciplina codicistica solo nei limiti della fattispecie astratta, ossia solo in quelle ipotesi in cui «un reato compare nella proposizione normativa della fattispecie complessa come eventuale elemento costitutivo o eventuale circostanza aggravante di un altro reato». Nello stesso senso GIZZI, sub *art. 84*, cit., 963): desumendo dall'art. 84 c.p. il principio di consunzione, inteso in termini di "assorbimento per strumentalità", il concorso apparente di norme sancito dalla norma citata si estenderebbe infatti anche alle figure di reato in concreto eventualmente complesso.

¹²⁸ Sul tema, cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 262 ss., secondo cui il legislatore può scegliere discrezionalmente lo strumento che ritiene più opportuno per valorizzare, in termini di aggravamento o di mitigazione del trattamento sanzionatorio, il collegamento esistente tra vari

Deve essere poi rilevato che la mera sussistenza di un nesso di strumentalità tra reati non pare, per sé sola, suscettibile di giustificare la configurazione di un concorso apparente di norme.

Si pensi, ad esempio, a un caso di evasione del detenuto che, per fuggire, uccida un agente penitenziario. Anche in questa ipotesi si presenta un nesso di strumentalità tra i reati, atteso infatti che l'omicidio è stato commesso per eliminare un ostacolo all'evasione e che senza l'uccisione dell'agente penitenziario l'evasione molto probabilmente non si sarebbe potuta realizzare¹²⁹.

O ancora, formulando un esempio in cui il reato-scopo rimane più grave del reato-mezzo: si pensi al caso in cui vengano piazzate delle cariche esplosive su un lussuoso yacht privato ancorato al porto, facendole scoppiare di notte e così cagionando la morte del proprietario che si trovava – come l'agente ben sapeva – sull'imbarcazione a dormire¹³⁰.

In queste ipotesi, parrebbe doversi dire che la presenza di un nesso di strumentalità tra reati non sia in realtà idonea a escludere il concorso formale tra gli stessi, alla luce della rilevante offesa che il reato-mezzo realizza, che non può ritenersi assorbita nel disvalore già punito dal reato-scopo (né viceversa).

Per far fronte a questo genere di casi pratici problematici, in dottrina si è allora suggerito che l'esistenza di un rapporto di strumentalità possa assumere rilevanza, per restringere l'ambito del concorso di reati, solo allorché si inserisca in una più ampia valutazione circa la ricorrenza o meno di un "quadro normale di vita", elevato a «requisito necessario del principio di consunzione,

illeciti: il reato complesso, il reato abituale, il reato continuato. Cfr. anche VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 561, secondo cui l'art. 61 n. 2 c.p. rappresenterebbe un dato normativo inequivocabile nell'impedire l'assorbimento nelle ipotesi di reato eventualmente complesso. Ammettono che la presenza nell'ordinamento della circostanza aggravante comune del nesso teleologico acuisce le incertezze applicative scaturite dall'assenza di una espressa previsione normativa della figura del reato eventualmente complesso MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 604.

¹²⁹ L'esempio è tratto da GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 138, secondo cui il carattere di strumentalità di un reato rispetto a un altro ha una rilevanza limitata nell'ambito del concorso apparente di norme.

¹³⁰ Questo secondo esempio è formulato da SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 472. Un esempio simile è proposto da PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1386, il quale immagina l'ipotesi di un omicidio realizzato mediante danneggiamento degli abiti della vittima, la quale indossasse «un vestito di grande valore economico o storico (per es., un prezioso vestito che fu di Elisabetta I di Inghilterra)».

costituendone sia il fondamento, sia il criterio applicativo e delimitativo»¹³¹.

Inteso in questa nuova accezione, tuttavia, il principio di consunzione si espone alle medesime critiche già appuntate *supra*: assumendo quale imprescindibile punto di riferimento il fatto concreto, la consunzione, anche qualora intesa in termini di assorbimento per strumentalità, non può svolgere alcuna funzione nell'ambito del concorso apparente di norme, poiché quest'ultimo si instaura tra norme (astratte), non tra fatti (concreti)¹³².

Ad ogni modo, sembra comunque che una corretta interpretazione letterale dell'art. 84 c.p. impedisca di ricavare dalla disciplina del reato complesso il fondamento di un principio di consunzione valido in via generale.

Infatti, la definizione codicistica di reato complesso *ex art. 84 c.p.* costituisce un insormontabile ostacolo normativo all'interpretazione per cui detta disposizione consentirebbe di estendere la configurabilità del concorso apparente di norme anche ai casi in cui un reato, pur non previsto quale elemento costitutivo di un altro, si ponga tuttavia con quest'ultimo in rapporto di stretta strumentalità. Nell'alveo dell'art. 84 c.p., infatti, il rapporto di continenza tra fatti di reato si configura, per espressa enunciazione normativa, solo laddove sia «la legge» a prevederlo; circostanza che, per definizione, non si verifica riguardo al reato eventualmente complesso¹³³. Pare opportuno inoltre rilevare che l'emersione del criterio dell'assorbimento nella specifica disciplina del reato complesso, poiché di natura eccezionale e derogatoria, impedisce di farlo assurgere ad autonomo criterio generale di risoluzione del concorso apparente di norme, in quanto l'art. 84 c.p. è insuscettibile di applicazione analogica¹³⁴.

¹³¹ GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 127. Nello stesso senso PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1393.

¹³² SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 472, il quale correttamente osserva che «altrimenti, cioè se il concorso di norme dipendesse dai fatti, dovremmo accettare l'assurdo corollario che le stesse norme saranno o non saranno tra loro in concorso apparente a seconda dei fatti considerati». L'Autore ribadisce la propria opinione in SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 191.

¹³³ Osserva DE FRANCESCO, *Diritto penale. Volume 2: forme del reato*, cit., 76-77 che «l'esito di un indiscriminato assorbimento delle pene [...] mostra, in realtà, che l'applicazione in questi casi dell'art. 84 finirebbe con lo stravolgere l'intero sistema del concorso di norme e di reati, rendendo del tutto irrilevante la circostanza che le modalità esecutive di un certo reato implicino o meno la presenza di altri fatti anch'essi di contenuto criminoso».

¹³⁴ Sul punto, per tutti C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 646, secondo cui il fenomeno

L'art. 84 c.p., dunque, induce a limitare la nozione di reato complesso alle sole ipotesi di reato necessariamente complesso ovvero di reato eventualmente complesso già in astratto, ossia quei casi in cui un reato è espressamente previsto dalla norma come eventuale elemento costitutivo o eventuale circostanza aggravante della fattispecie complessa¹³⁵.

In questa prospettiva, i reati-componenti si pongono rispetto alla fattispecie complessa in un rapporto strutturale di specialità unilaterale per aggiunta, daché il reato complesso comprende tutti gli elementi strutturali della fattispecie base, oltre alcuni elementi – penalmente rilevanti (reato complesso in senso stretto) o irrilevanti (reato complesso in senso lato) – che quest'ultima non prevede. L'art. 84 c.p., pertanto, svolge una mera funzione ricognitiva della disciplina dettata dall'art. 15 c.p.¹³⁶, atteso peraltro che le norme che regolano esplicitamente il regime del reato complesso (si pensi, in particolare, agli artt. 131 e

dell'assorbimento trova esplicito riconoscimento nell'art. 84 c.p., ma, al di fuori di questa ipotesi, non sembra sussistere un fondamento sufficiente per l'estensione analogica del principio, tenuto conto in particolare del carattere di eccezionalità che esso riveste, in quanto deroga alla disciplina ordinaria del concorso di reati. In giurisprudenza, *ex plurimis* v. Cass., Sez. II, 15 maggio 2008, n. 23666; Cass., Sez. V, 5 febbraio 2008, n. 21409.

Una soluzione differente sarebbe percorribile solo se l'art. 84 c.p. non richiamasse espressamente la necessità di una qualificazione normativa del fatto, nell'ambito del reato complesso, come elemento costitutivo o circostanza aggravante, ma si limitasse a un generico riferimento alla rilevanza penale del fatto medesimo (come avviene, per esempio, per le clausole di riserva del tipo "salvo che il fatto costituisca altro reato").

¹³⁵ Interessante la prospettiva di BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., 463-464, il quale, prendendo le mosse dalla necessità di selezionare il fatto storico rilevante, giunge a riconoscere un ruolo al reato eventualmente complesso laddove sussista un rapporto di continenza tra i fatti concreti oggetto delle norme concorrenti. Secondo l'Autore, «la figura del reato eventualmente complesso può essere tradotta in un vero e proprio test: se, provando in concreto il fatto che costituisce un reato, risulta automaticamente e completamente provato in tutti i suoi estremi anche il fatto che integra altro reato, ma non viceversa, si ha un rapporto di continenza che, ai sensi dell'art. 84 c.p., impone di applicare soltanto la fattispecie continente». Si tratta di un'opinione assolutamente condivisibile, ma che pare, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autore, non muoversi al di là della mera specialità, costituendone invece un precipitato intrinseco. Se, infatti, la prova del fatto che costituisce un reato comporta automaticamente e completamente la prova del fatto di un altro reato, se ne deve necessariamente inferire che, già a livello strutturale delle fattispecie incriminatrici, gli elementi costitutivi del secondo reato fossero contenuti nella norma relativa al primo reato.

¹³⁶ ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, cit., 68; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 260; NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, cit., 207; PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 409; DE FRANCESCO, *Diritto penale. Volume 2: forme del reato*, cit., 74; PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 212.

170 c.p.) sono naturali conseguenze della natura unitaria della fattispecie complessa¹³⁷.

Vero è che, così, l'art. 84 c.p. diviene pleonastico nell'ambito del concorso apparente di norme. Tuttavia, è importante notare come così non fosse nella volontà del legislatore storico, nelle cui intenzioni, infatti, la portata dell'art. 15 c.p. sarebbe ristretta alle ipotesi in cui vengano in rilievo norme poste a tutela dello stesso bene giuridico. Nella prospettiva degli estensori del codice Rocco, dunque, l'art. 84 c.p. rivestirebbe un autonomo ruolo nel consentire l'assorbimento sanzionatorio anche tra norme poste a tutela di beni giuridici diversi¹³⁸. L'asserita superfluità dell'art. 84 c.p., una volta che si accede a una interpretazione restrittiva dello stesso, è pertanto il naturale esito di una esegesi dell'art. 15 c.p. che, contrariamente a quanto inteso dal legislatore del 1930, esclude che la locuzione "stessa materia" si traduca nell'esigenza di identità del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici rilevanti, riferendosi invece alla necessità di operare un raffronto strutturale tra le fattispecie astratte.

¹³⁷ A tal proposito, cfr. ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 139, in cui si legge che gli attuali artt. 131 e 170 c.p. «non sono che logiche conseguenze del principio della unicità giuridica nel quale i diversi reati che lo compongono assumono qualità di elemento costitutivo o di circostanza aggravante. Se, infatti, essi perdono ogni loro autonomia e convergono verso un'unica figura criminosa, incorporandovisi, è ovvio che, lungi dal trasferire a questa la propria disciplina, essi debbano subire il regime e l'ordinamento del reato nuovo e diverso, sorto sulla loro base». Con particolare riferimento al regime di procedibilità, v. PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965.

È appena il caso di evidenziare che, aderendo alla prospettiva qui delineata, è evidente come, entro tal ordine di idee, non possa trovare collocamento alcuno la figura - elaborata dalla dottrina - del reato progressivo, né tantomeno quelle della progressione criminosa e dell'antefatto/postfatto non punibili. Per un approfondimento in relazione a tali istituti di elaborazione dottrinale, v. VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, par. 8; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942, 13 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 262 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 417; DEL ROSSO, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 623 ss.; ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, cit., 71; DE FRANCESCO, *Diritto penale. Volume 2: forme del reato*, cit., 70 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 649; PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 966; GIZZI, sub art. 84, cit., 966; BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1635 ss.

¹³⁸ ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 138. Sul punto, cfr. PIOLETTI, *Profili del reato complesso*, in *Riv. pen.*, 1937, 1195, il quale nega la riconducibilità dell'art. 84 c.p. al principio di specialità, proprio perché ritiene che quest'ultimo possa operare solo con riferimento a fattispecie preposte alla tutela del medesimo bene giuridico.

6. *Il leitmotiv di specialità reciproca e indirizzi pluralisti: il ne bis in idem sostanziale.* Le varie opinioni che si esprimono nel senso di delineare, in tema di convergenza apparente di norme, criteri risolutivi ulteriori rispetto alla mera specialità unilaterale, benché siano talvolta marcatamente differenti in approccio metodologico ed esiti, sono tuttavia tendenzialmente concordi nell'individuare il fondamento dell'ampliamento dell'ambito del concorso apparente nell'esigenza di non sottoporre lo stesso soggetto, per un medesimo fatto, a duplicazioni della responsabilità penale¹³⁹. In altri termini, l'insufficienza della sola specialità unilaterale per gestire le situazioni di qualificazione giuridica multipla deriverebbe dalla necessità di rispettare il principio del *ne bis in idem* sostanziale – da alcuni fatto assurgere ad autonomo criterio dirimente del concorso apparente di norme¹⁴⁰-. Si tratterebbe, cioè, di una fondamentale istanza equitativa¹⁴¹, funzionale nella prospettiva della prevenzione positiva¹⁴², che impedirebbe di addossare più volte all'autore un fatto capace per gli stessi elementi di effetti giuridici ad opera di più norme penali¹⁴³.

¹³⁹ La connessione tra il tema del concorso apparente di norme e il principio del *ne bis in idem* sostanziale è da tempo rilevata dalla dottrina: v. *ex multis* DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 108; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 238; ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, 2, 609; PIACENZA, *Rilievi e proposte sui rapporti fra concorso di reati e concorso di norme*, cit., 130; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 81; GIULIANI, *Ne bis in idem e concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 318 ss.; LOSANA, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, cit., 1189 ss.; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, cit., 67 ss.; PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., 226.

¹⁴⁰ V. in particolare l'ampia e approfondita analisi del principio condotta da MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., *passim*.

¹⁴¹ AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit., 440; PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1392-1393; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 179; CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, cit., 73.

¹⁴² Per quanto concerne la funzione general-preventiva positiva, l'applicazione della disciplina del concorso di reati in relazione a un unico fatto caratterizzato da un disvalore unitario ammorberebbe la lettura sociale di legittimità di quel settore ordinamentale, inficiando la funzione di "orientamento culturale" e di promozione della fiducia nelle istituzioni. Per quanto attiene, poi, la funzione special-preventiva, l'individuo condannato per una pluralità di reati in relazione a un unico fatto dal disvalore unitario percepirebbe come ingiusta la propria condanna e sarebbe conseguentemente indotto ad assumere un atteggiamento di ostilità nei confronti dell'ordinamento, a detrimento di un proficuo avvio di un percorso risocializzante e rieducativo.

¹⁴³ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 577.

Sennonché, il *ne bis in idem* sostanziale, al contrario del versante processuale della garanzia – consacrato dall’art. 649 c.p.p. –, non trova espresso riconoscimento normativo da parte del legislatore nazionale, con la conseguenza che non solo v’è disparità di vedute circa definizione e portata del principio¹⁴⁴, ma v’è altresì chi dubita dell’effettiva esistenza dello stesso¹⁴⁵. L’unico punto su cui sembra esservi accordo – tra coloro che ritengono che un *ne bis in idem* sostanziale quantomeno esista – è che, mentre l’*idem factum* rilevante per il *ne bis in idem* processuale è da identificare nella medesimezza del fatto storico¹⁴⁶, diversamente per il *ne bis in idem* sostanziale il problema di individuazione dell’*idem* è un problema di qualificazione normativa, dunque inerente alla dimensione delle fattispecie astratte, non dei fatti concreti¹⁴⁷. Va peraltro segnalato

¹⁴⁴ Sottolinea il carattere di vaghezza del *ne bis in idem* sostanziale PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 42 ss., il quale rileva – tra l’altro – come il *ne bis in idem* sostanziale possa essere inteso in accezioni in realtà molto diverse tra loro, in particolare quale *ne bis in idem factum* ovvero *ne bis in idem crimen*, e come dunque non sia chiaro se il principio del *ne bis in idem* sostanziale ponga un divieto di doppia punizione, ovvero di doppia qualificazione, ovvero di doppia valutazione. I problemi di indeterminatezza del principio, scaturenti dall’assenza di una sua enunciazione normativa, sono bene evidenziati anche da SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 175.

¹⁴⁵ V. *ex multis* SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 467, il quale icasticamente afferma che «non esiste un principio generale di *ne bis in idem* sostanziale da cui dedurre sia la soluzione dei problemi di concorso di norme, sia quella dei problemi di concorso di reati»; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, cit., 62, il quale, criticando le tesi pluraliste e aderendo invece all’impostazione monista, osserva che «anche muovendo al di fuori dell’art. 15 c.p., ossia volgendo lo sguardo agli altri criteri elaborati in dottrina, può notarsi come, sebbene essi vengano generalmente ricondotti ad esigenze equitative nascenti dalla trasposizione sostanziale del principio processuale del *ne bis in idem*, purtuttavia quest’ultimo risulta sfornito di una vera e propria base concettuale. I riferimenti alla versione sostanziale della preclusione *de quo* sono infatti per lo più generici ed apodittici, col risultato che il principio stesso viene spesso proposto come autodimostrante ed autodimostrato»; TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1052, il quale rileva come nel nostro ordinamento non esista alcun divieto di doppia sanzione per il medesimo fatto, e come al contrario sia espressamente prevista una disposizione (l’art. 81, co. 1 c.p. in tema di concorso formale di reati) che configura un *bis in idem* sanzionatorio nei confronti del medesimo fatto storico-naturalistico.

¹⁴⁶ Come a suo tempo affermato da Corte EDU, Gr. camera, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03.

¹⁴⁷ V. *ex plurimis* PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 38; SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 466; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 224. Cfr. anche BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 111 ss., il quale, pur condividendo tale impostazione con riferimento a casi in cui vengano in rilievo reati eterogeni, fornisce una lettura del *ne bis in idem* sostanziale proiettata in senso naturalistico laddove si versi in ipotesi di moltiplicata applicazione della medesima norma.

che, anche su tal punto, in realtà di recente si è registrata una diversità di opinioni dottrinali¹⁴⁸.

Per ovviare all'assenza di un fondamento normativo espresso, parte della dottrina ha individuato varie disposizioni di diritto positivo da cui sarebbe comunque possibile ricavare il principio del *ne bis in idem* sostanziale: si tratterebbe, in particolare, degli artt. 15, 84, 61 e 62 prima parte, 68 c.p.¹⁴⁹.

A dire il vero, l'assenza di una disposizione all'interno dell'ordinamento nazionale che sancisca espressamente il principio del *ne bis in idem* sostanziale non sembrerebbe implicare l'inesistenza dello stesso, né la necessità di ricavarlo mediante sofisticate esegesi di varie norme asseritamente latrici del principio medesimo, laddove invece esistano norme sovranazionali – costituzionalmente interposte ex art. 117 Cost. alla luce delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 – che diano esplicito rilievo al principio in questione.

E invero, non può non osservarsi che, come noto, a livello sovranazionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede una disposizione dedicata al *ne bis in idem*: l'art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. («Diritto di non essere giudicato o punito due volte»). Va poi rilevato come il contenuto di tale norma sia pressoché replicato, in ambito eurounitario, dall'art. 50 CDFUE («Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato»)¹⁵⁰, benché quest'ultimo –

¹⁴⁸ V. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 420-421, secondo cui, benché non possa farsi riferimento al fatto naturalistico – decisivo solo nell'ottica della garanzia processuale –, tuttavia l'oggetto del divieto di doppia sanzione andrebbe individuato nel "fatto in senso normativo", di talché l'*idem factum* andrebbe identificato con l'*idem crimen*; in altri termini, il divieto imposto dalla garanzia, nella sua dimensione sostanziale, «è quello di non fondare la pena su profili di disvalore oggettivo e soggettivo che sono già contenuti (ed assorbiti) in una diversa e concorrente fattispecie incriminatrice». Attribuiscono rilevanza al fatto concreto anche GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., e BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., *passim*.

¹⁴⁹ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 569 ss.; MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., 440 ss. V. anche SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 194, secondo la quale vi sarebbero altresì molteplici «riferimenti costituzionali, tradizionalmente fondanti per il diritto penale, a cui ancorare il canone di divieto di doppia valutazione, tra cui lo stesso principio di offensività», individuandoli inoltre nei principi di legalità (art. 25, co. 2 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.); in termini essenzialmente analoghi SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 449; per una critica a quest'ultima impostazione, cfr. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 159-160.

¹⁵⁰ Il principio del *ne bis in idem* è riconosciuto quale principio fondamentale dell'Unione europea e ha

ai sensi del successivo art. 51 CDFUE – trovi applicazione esclusivamente in attuazione del diritto dell’Unione¹⁵¹. Sebbene tanto l’art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. quanto l’art. 50 CDFUE, sul piano contenutistico, sembrerebbero riferiti esclusivamente al piano processualistico, la rubrica delle due disposizioni ha indotto parte della dottrina a ritenere che si sia voluto distinguere tra diritto a non essere “giudicato” e diritto a non essere “punito” più volte, così affermando la portata non solo processuale ma anche sostanziale del divieto¹⁵².

Per comprendere se le disposizioni sovranazionali richiamate possano essere considerate espressive (anche) del *ne bis in idem* sostanziale e come, in caso di risposta affermativa, tale principio potrebbe influire sulla questione del concorso apparente di norme, è opportuno soffermarsi sulle importanti pronunce (della Corte europea dei diritti dell’uomo, della Corte di giustizia dell’Unione europea, della Corte costituzionale) che sono state chiamate a interpretare le suddette norme. Infatti, se – come visto *supra* – si vogliono giustificare criteri risolutivi del concorso apparente di norme, ulteriori e diversi dalla mera

ricoperto un ruolo centrale nel processo di integrazione e cooperazione giuridica. Sul punto, cfr. VAN BOCKEL, *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 103; SARMIENTO, *El Principio Ne Bis In Idem En La Jurisprudencia Del Tribunal de Justicia de La Comunidad Europea*, in *El Principio de Ne Bis in Idem En El Derecho Penal Europeo e Internacional*, a cura di Arroyo Zapatero e Nieto Martín, Ciudad Real, 2007, 37–38; MESSINA, *The Operation of Ne Bis in Idem in the Application of European Union Competition Law Rules across the European Union: Recent Developments in the Light of the Toshiba Case*, in *ERA Forum* 13, 2012, 2, 164; LOCK, *Articles 48-50*, in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di Kellerbauer, Klamert e Tomkin, Oxford, 2019, 2236.

¹⁵¹ WHELAN, *The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford, 2014, 161; FLOINN, *The Concept of Idem in the European Courts: Extricating the Inextricable Link in European Double Jeopardy Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, 24, 81.

¹⁵² BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 218; MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d’insieme*, Milano, 2020, 137 ss.; MAZZA, *L’insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, 1035. In senso contrario MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 327, secondo cui «la duplicità che rileva al cospetto dell’art. 4 Prot. n. 7 Cedu e dell’art. 50 Cdfue è soltanto quella dei procedimenti, tanto che nessuna violazione di tali disposizioni potrebbe essere riscontrata dalle Corti europee qualora le diverse fattispecie fossero contestate (e le relative sanzioni irrogate) in un unico giudizio»; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 272, secondo la quale «benché venga spesso evidenziato tale importante aspetto relativo all’intitolazione della norma, la stessa innegabilmente si concentra in via esclusiva sul divieto di secondo giudizio nei confronti di soggetto già giudicato per lo stesso fatto».

specialità unilaterale, in nome del principio del *ne bis in idem* sostanziale, è imprescindibile delineare con precisione portata e contenuto di quest'ultimo; e siccome il *ne bis in idem* (*lato sensu* inteso) trova espresso riconoscimento nei richiamati artt. 4 Prot. 7 C.E.D.U. e 50 CDFUE, il percorso da prediligere parrebbe quello di prendere le mosse dall'interpretazione fornita a dette norme dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale – pronunciata sul tema soprattutto in relazione a ipotesi di c.d. doppio binario sanzionatorio –, indagando così quali siano i riflessi sostanziali di una garanzia di matrice principalmente processualistica¹⁵³.

Iniziando dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si può osservare come i giudici alsaziani, dopo la notissima sentenza *Grande Stevens c. Italia*¹⁵⁴, con cui al principio del *ne bis in idem* era stata impressa una connotazione eminentemente processuale¹⁵⁵, abbiano progressivamente introdotto, a partire dall'altrettanto celebre sentenza *A. e B. c. Norvegia*¹⁵⁶, profili sostanziali nell'alveo di significati della garanzia. Segnatamente, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la duplicazione di procedimenti in relazione a un unico illecito non configuri una violazione dell'art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. qualora vi sia

¹⁵³ Per un approfondimento sui rapporti tra dimensione sostanziale e processuale del principio, si rinvia a RANALDI-GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 103-127.

¹⁵⁴ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 186698/10. Tra i vari commenti alla pronuncia, v. *ex multis* VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 219-238; VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. delle società*, 2014, 693 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 201-218.

¹⁵⁵ La natura tradizionalmente processuale della garanzia del *ne bis in idem* prevista dalla C.E.D.U. è ben evidenziata da NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 211 ss.; TURMO, *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, in *European Papers*, 5/2020, 1341 ss.; MOCK, *Ne bis in idem: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits: Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009*, in *Rev. trim. dr. Homme*, 2009, 867 ss.

¹⁵⁶ Corte EDU, Gr. camera, 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11. Tra i vari commenti alla pronuncia, v. *ex multis* VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 270 ss.

una *sufficiently close connection in substance and time* tra i procedimenti, da verificare alla luce dei seguenti criteri (c.d. *material factors*): *i*) la diversa finalità perseguita dalla sanzione amministrativa rispetto a quella penale; *ii*) la prevedibilità di un procedimento cumulativo a fronte della medesima condotta; *iii*) lo svolgimento coordinato dei procedimenti, tale da evitare il più possibile duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove; *iv*) l'applicazione delle sanzioni in modo che, nella determinazione di quella successiva, si tenga conto dell'entità di quella irrogata per prima, sì da garantire una proporzionalità complessiva della pena¹⁵⁷.

Il canone della proporzionalità ha assunto peculiare dominanza, poi, nella coeva giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione europea¹⁵⁸. In particolare, in un trittico di pronunce del 2018, la Corte lussemburghese, pur non menzionando il test varato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *A. e B. c. Norvegia* ma valorizzando invece l'art. 52 CDFUE¹⁵⁹, ha elevato il principio di proporzionalità a criterio dirimente la questione delle duplicazioni di giudizio e di pena¹⁶⁰. Secondo la Corte di giustizia, infatti, la garanzia

¹⁵⁷ Il test inaugurato dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia* è stato accolto - pur con alcune più o meno marginali differenze o specificazioni - dalle pronunce successive della Corte di Strasburgo: tra le più recenti, v. ad esempio Corte EDU, sez. III, 31 agosto 2021, ric. n. 12951/18. Pone l'accento sull'indice - individuato dalla Corte EDU - della proporzionalità sanzionatoria complessiva MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 4578 ss. Per un approfondimento, cfr. anche VAN BOCKEL, *Ne bis in idem in EU Law*, cit.

Ritengono che la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, mediante l'introduzione di parametri di matrice sostanziale, abbia indebolito la portata garantista del *ne bis in idem* processuale, MIRANDOLA-LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Euocrim*, 2019, 2, 126 ss.

¹⁵⁸ Sul tema, v. in particolare il lavoro di VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., 192; ID., *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU*, in *European Criminal Justice*, 2014, 213 ss.

¹⁵⁹ Secondo BURIC, *Ne Bis in Idem in European Criminal Law - Moving in Circles?*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2018, 3, 517-518, nonostante il diverso percorso giuridico-argomentativo adottato, la soluzione proposta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea non rappresenta altro che una versione modificata dei principi espressi nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*.

¹⁶⁰ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson e al. c. Consob*; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob*. Tra i vari commenti, si segnalano *ex multis* VETZO, *The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem. Dialogue between the*

del *ne bis in idem* sarebbe limitabile in presenza di cumuli punitivi che rispondano a finalità di interesse generale, siano necessari e – soprattutto – proporzionati al disvalore del fatto concretamente realizzato¹⁶¹. Va osservato peraltro che, di recente, la Corte di giustizia ha ulteriormente valorizzato il principio di proporzionalità, riconoscendone la natura chiara e incondizionata e, dunque, sancendo l'efficacia diretta delle norme che lo prevedono (*in primis* l'art. 49 § 3 CDFUE)¹⁶².

Gli approdi ermeneutici a cui sono pervenuti i giudici europei (di Strasburgo e di Lussemburgo)¹⁶³ sono stati essenzialmente condivisi dalla Corte

Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma, in *Review of European Administrative Law*, 2018, 11, 55 ss.; BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2020, 1, 129 ss.; NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 95-108; FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 119-147; GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 286-294.

Invero, dopo la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, gli studiosi avevano guardato con particolare curiosità alla posizione che avrebbe preso sulla questione la Corte di giustizia dell'Unione europea; a tal proposito, cfr. BARON-POELMANN, *The Principle of Ne Bis in Idem: On the Ropes, but Definitely Not Defeated*, in *Intertax*, 2018, 46, 805.

¹⁶¹ La Corte ha recentemente ribadito tale impostazione in Corte giust. UE, 5 maggio 2022, C-570/20, *BV*. Particolarmente critica nei confronti dell'orientamento della Corte di giustizia SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1-38, così come DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 3, 220 ss., che parla di "surrettizia erosione" della garanzia. Ritiene che l'impostazione della Corte di giustizia dell'unione europea comporti una riduzione del livello di protezione della garanzia del *ne bis in idem* anche BEACHNIO-PARZYCH, *Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C-524/15, Criminal Proceedings against Luca Menci*, in *Review of European and Comparative Law*, 2021, 207 ss. In termini analoghi anche ŚLIWIŃSKI, *Principle of proportionality as a threat to criminal-law-related fundamental rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, 327 ss., nonché MIRANDOLA-LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eucrim*, cit., 126 ss.

¹⁶² Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, con nota di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2022.

¹⁶³ Per un confronto critico delle posizioni assunte dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia dell'unione europea, v. l'approfondita analisi di COFFEY, *An interpretative analysis of the European ne bis in idem principle through the lens of ECHR, CFR and CISA provisions: Are three streams flowing in the same channel?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, 345 ss. Cfr. anche TURMO, *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, cit., 1341 ss.

costituzionale¹⁶⁴, benché quest'ultima parrebbe manifestare una certa tendenza a valorizzare maggiormente la portata processuale della garanzia del *ne bis in idem*¹⁶⁵. Anche la Consulta, dunque, ammette l'eventualità della duplicazione delle sanzioni in relazione a un medesimo illecito, purché siano soddisfatti i requisiti affermati dalle Corti europee, tra i quali quello di natura prettamente sostanziale dell'esigenza che il trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato sia proporzionato al disvalore del fatto concreto commesso.

La Corte costituzionale, peraltro, sempre valorizzando la primaria portata processuale della garanzia, ha precisato che il divieto di *bis in idem* non si oppone alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, all'esito del medesimo procedimento, a due o più sanzioni per il medesimo fatto materiale, ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena e fondata su basi giuridiche distinte rispetto a quelle su cui si basa il diritto al *ne bis in idem* (segnatamente, gli artt. 3 e 27 Cost. e l'art. 49 § 3 CDFUE)¹⁶⁶.

La centralità assunta, specialmente nell'ambito della giurisprudenza europea,

¹⁶⁴ V. in particolare Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, nonché Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43.

¹⁶⁵ Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149, con nota di SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sist. pen.*, 2022. Si legge nella sentenza: «il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU mira [...] in primo luogo, a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un nuovo procedimento per i medesimi fatti già oggetto di altro procedimento definitivamente concluso. Pertanto, nella prospettiva del rimettente, la mera circostanza della pendenza di un secondo procedimento per i medesimi fatti una volta divenuta definitiva la sanzione irrogata in esito al primo procedimento è sufficiente a rendere operante la garanzia, in assenza di una stretta commessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti. A prescindere - dunque - dall'esito del secondo»; poco oltre viene ribadito che «la garanzia convenzionale in parola mira - lo si è già poc'anzi osservato - a tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'inflizione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto: e ciò a prescindere dall'esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un'assoluzione. La *ratio* primaria della garanzia - declinata qui non quale principio ordinamentale con valenza oggettiva, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici, ma quale diritto fondamentale della persona - è dunque quella di evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata». A ben vedere, i giudici della Consulta non negano la rilevanza degli indici sostanziali - e in particolare del requisito della proporzionalità - per valutare la legittimità di duplicazioni sanzionatorie, statuendo invece come simili questioni rilevino solo in un momento successivo, ovvero solo quando sia già stato accertato che l'instaurazione di due distinti procedimenti sia avvenuta con modalità tali da rispettare i requisiti di matrice processualistica: in caso contrario, infatti, la garanzia del *ne bis in idem* nella sua dimensione processuale prescinde da considerazioni di sorta relative alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio inflitto.

¹⁶⁶ Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149. Per un approfondimento sul punto, v. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2022, 1381 ss.

dalla proporzionalità quale parametro di giudizio del *bis in idem* ha indotto a parlare di una metamorfosi funzionale del principio fondamentale¹⁶⁷. In realtà, all'esito della ricognizione – per necessità, estremamente sintetica e limitata alle sole pronunce più significative – della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale, parrebbe potersi concludere che i giudici europei riconoscono come la garanzia del *ne bis in idem* abbia una doppia anima, processuale e sostanziale¹⁶⁸. Mentre il *ne bis in idem* processuale risponde essenzialmente a esigenze di certezza, sia in capo al singolo (tese cioè a scongiurare la soggezione dell'individuo alla spada di Damocle di un eventuale ulteriore procedimento e alle relative conseguenze negative sul piano personale-esistenziale) sia sul piano pubblicistico (per ragioni di economia processuale), invece il *ne bis in idem* sostanziale si fonda su istanze equitative della pena, ovverosia sulla necessità che venga applicato un trattamento sanzionatorio proporzionato al disvalore del fatto commesso¹⁶⁹.

¹⁶⁷ TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2023, 177 ss.; ID., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1076; SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 315; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e sostanziale)*, cit., 218; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, cit., *passim*; MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, cit., 137 ss.; MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., 1035; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, cit., 214; LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2016, 16.

¹⁶⁸ Sul diverso fondamento delle due concezioni – processuale e sostanziale – del *ne bis in idem*, cfr. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *disCrimen*, 2020, 4 ss.

¹⁶⁹ Sul punto, v. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, Leida, 2009, 250, il quale attribuisce alla garanzia del *ne bis in idem* una valenza eminentemente processuale, mentre il *ne bis in idem* sostanziale (o divieto di *double punishment*) coinciderebbe con la nozione di proporzionalità della sanzione. Secondo l'Autore, «the *ne bis in idem* principle necessarily takes precedence over the prohibition of double punishment; the latter only comes into play if the conditions for the application of the former are for whatever the reason not met, and there is therefore no breach of the *ne bis in idem* principle» (enfasi originaria). Cfr. anche ARDIZZONE, *The Ne Bis in Idem Principle in the Age of Balancing*, in *European Papers*, 2023, 8, 873, secondo il quale «the Court should accept the existence of combination but check whether, nevertheless, this was essential for the safe-guarding of an interest particularly deserving of protection and providing, where appropriate, for adequate corrective measures such as the overall proportionality of the penalty».

Dunque, sussiste un profondo legame tra *ne bis in idem* sostanziale e principio di proporzionalità tra fatto e sanzione, che induce a rinvenire nel secondo il fondamento del primo¹⁷⁰, dimodoché, peraltro, si può agevolmente individuare un ancoraggio costituzionale del divieto di *bis in idem* sostanziale nel combinato disposto degli artt. 27, co. 1 e 3, e 3 Cost.

Occorre segnalare come, in dottrina, questa soluzione sia in realtà particolarmente invisita. Viene osservato, in particolare, che l'ancoraggio del *ne bis in idem* sostanziale alla sola proporzionalità comporterebbe, da un lato, una sterilizzazione della garanzia¹⁷¹ e consisterebbe, dall'altro lato, in un errore logico, poiché «il giudizio sostanziale sull'apparenza del concorso “precede” quello sulla proporzionalità della pena, e non viceversa»¹⁷².

Tali obiezioni, tuttavia, per quanto persuasive, potrebbero essere superate nel momento in cui, provando ad accoglierle, si voglia ricercare una funzione ulteriore alla garanzia sostanziale del *ne bis in idem*. Ricerca che, invero, non conduce ad esiti pienamente convincenti.

Infatti, approfondendo il contenuto del principio – da indagare oltre il mero significato, talvolta apoditticamente affermato, di divieto di punire due volte per lo stesso fatto –, in dottrina si giunge a ritenere che il *ne bis in idem* sostanziale sia teso a inibire duplicazioni del medesimo giudizio di disvalore, di contenuto

¹⁷⁰ Rileva l'esistenza di uno stretto rapporto tra divieto di doppia punizione e principio di proporzionalità della sanzione PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 75, il quale tuttavia dubita della validità di una impostazione che intenda risolvere i problemi di conflitto apparente ricorrendo al principio del *ne bis in idem* sostanziale, connotandolo in termini di proporzionalità. Sul tema, cfr. anche GAMBARDELLA, *L'unità nel molteplice. La relazione tra fattispecie nel concorso di reati*, cit., 134-135.

Osserva come la giurisprudenza europea ancora, in ultima istanza, la garanzia del *ne bis in idem* (sostanziale) al principio di proporzionalità VAN CLEYNENBREUGEL, BPost and Nordzucker: *Searching for the Essence of Ne Bis in Idem in European Union Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, 18, 374: «the judgments' constitutional importance lies above all in allowing the identification of what constitutes the 'essence' of the ne bis in idem right in the EU legal order. It follows from the judgments that ne bis in idem is above all meant to avoid over-punishment».

¹⁷¹ Così ŚLIWIŃSKI, *Principle of proportionality as a threat to criminal-law-related fundamental rights*, cit., 327 ss.

¹⁷² SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 292 ss. L'Autore osserva che «la sproporzione costituisce quindi l'effetto, il risultato della violazione del *ne bis in idem* sostanziale; in questa prospettiva, il *quantum* di pena conseguente al cumulo punitivo non è eccessivo 'in sé' – cioè in senso assoluto –, ma in quanto risultante da una duplice ma inammissibile ascrizione di responsabilità, quindi perché privo di adeguato fondamento giuridico».

di illecito¹⁷³. In questa prospettiva, parrebbe darsi rilievo, in ultima istanza, al principio di offensività, nel senso che il divieto di doppia punizione dovrebbe intendersi come divieto di punire più dell'offesa effettivamente recata.

Senonché, fuori dei casi di specialità unilaterale, il fatto concreto che integri una pluralità di fattispecie astratte comporta necessariamente una pluralità di offese: il reato da assorbire costituisce una mera possibilità, non indispensabile per l'integrazione della prima figura criminosa, di illecito ultroneo, sicché la sua eventuale assenza comporterebbe evidentemente una minore offesa, mentre la sua presenza implica un'offesa diversa e ulteriore rispetto a quella recata dalla fattispecie singola. Ciò in quanto è solo in ipotesi di specialità unilaterale, intesa in senso strutturale, che la commissione di un reato è necessaria perché possa essere commesso anche l'altro, sicché la configurazione di un concorso effettivo di reati comporterebbe inevitabilmente una duplicazione di giudizio e di punizione a fronte di un fatto illecito unico; viceversa, fuori dai casi di specialità strutturale unilaterale, il reato collaterale è solo un'evenienza non necessaria per la commissione del reato principale, di talché la sua presenza o assenza comporta evidentemente un *quid* di offensività non solo maggiore o minore, ma anche ontologicamente distinto rispetto a quello sotteso alla prima fattispecie incriminatrice.

La risposta della dottrina a tale osservazione è quella secondo cui il *surplus* di disvalore non imporrebbe il concorso di reati, potendo comunque essere adeguatamente intercettato in sede di commisurazione della pena¹⁷⁴. In questa prospettiva, tuttavia, parrebbe smarrirsi il tentativo di individuare il significato del *ne bis in idem* sostanziale oltre la sola proporzionalità, la quale infatti sembra assurgere, pur per via diversa, a cuore pulsante della garanzia. Se, infatti, si riconosce che la violazione satellite comporta un *surplus* - per quanto esiguo - di disvalore, allora l'applicazione della relativa fattispecie incriminatrice non

¹⁷³ SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 434 ss.

¹⁷⁴ SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 497. L'Autore osserva peraltro che (312 ss.) «l'apprezzamento in termini "sostanziali" del principio convenzionale di *ne bis in idem* [...] è infatti frutto di una iper-valorizzazione del requisito della "complessiva proporzionalità", derivante dall'inferenza secondo cui il suo valore significativamente indiziario della violazione della garanzia convenzionale ne dimostrerebbe appunto l'intima essenza sostanzialistica».

comporta una duplicazione del medesimo giudizio di disvalore (le offese sono diverse e non coincidenti), ma semmai solo l'esigenza di limitare il *quantum* di pena, in modo da non sanzionare due volte *quella parte* di offesa intercettata da entrambe le figure di reato.

Ma se l'esigenza di rispettare il *ne bis in idem* sostanziale si traduce nella necessità di garantire l'applicazione di sanzioni proporzionate al disvalore complessivo del fatto storico, occorre capire in che modo queste istanze possano essere concretamente soddisfatte. Va compreso, cioè, se si debba davvero intervenire – come ritengono i pluralisti e, in certa misura, i sostenitori della teoria della specialità reciproca – sul piano dei criteri risolutivi del concorso di norme, ovvero se sia un'altra la sede in cui il problema del rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, e quindi del principio di proporzionalità della pena, possa trovare la propria naturale collocazione e, dunque, una corretta soluzione.

7. *Tra principio di legalità e principio di proporzionalità della pena.* Il fondamento dei principali criteri elaborati dalla dottrina per ampliare l'ambito del concorso apparente di norme è essenzialmente riconducibile, come più volte ripetuto, a un'unica esigenza cardinale, vale a dire quella di rispettare il principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Occorre a proposito precisare, tuttavia, che, come è stato rilevato nel paragrafo che precede, secondo la giurisprudenza europea il principio del *ne bis in idem*, nella sua doppia anima processuale e sostanziale, di per sé non si oppone alla convergenza di più procedimenti e più sanzioni su un *idem factum*, purché, sul versante processuale, i procedimenti siano coordinati tra loro e, sul versante sostanziale, gli illeciti perseguano scopi diversi e le sanzioni inflitte siano complessivamente proporzionate rispetto all'unico fatto.

Se, dunque, il *bis in idem* è ammesso allorché tra diversi procedimenti vi sia una *sufficiently close connection*, si può inferire che, *a fortiori*, ciò sarà possibile anche allorché lo stesso fatto venga qualificato alla stregua di illeciti diversi nell'ambito dello stesso processo penale¹⁷⁵. A condizione – giova ripetere – che il trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato sia proporzionato al

¹⁷⁵ GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 166.

disvalore della vicenda concreta. Tale conclusione, d'altronde, come già rilevato, è quella rassegnata di recente dalla stessa Corte costituzionale¹⁷⁶.

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale, dunque, è strettamente collegato al principio di proporzionalità, il quale, nella prospettiva qui proposta, ne costituisce il fondamento. Occorre dunque comprendere se il principio di proporzionalità, veicolato da quello di *ne bis in idem* sostanziale, autorizzi l'elaborazione di criteri *praeter legem* tesi a restringere l'applicazione del concorso di reati. La questione che si pone, cioè, è se l'esigenza di evitare duplicazioni nel giudizio di disvalore in relazione a singoli elementi che partecipano a una pluralità di figure criminose implichi la necessità, in tali casi, di affermare l'apparenza del concorso al fine di assicurare un trattamento sanzionatorio proporzionato alla gravità della vicenda concreta, ovvero se la soluzione al problema possa trovare collocazione altrove.

Per rispondere a tale quesito, è opportuno soffermarsi brevemente proprio sul concetto di proporzionalità della pena, benché in modo estremamente ma necessariamente sintetico¹⁷⁷.

A tal proposito, pare potersi pacificamente affermare che il principio di proporzionalità della pena è chiamato, in ultima istanza, ad assolvere una funzione equilibratrice tra disvalore del fatto, scopi della pena e trattamento sanzionatorio.

Tale funzione impone di rifuggire reazioni punitive eccessive, per così dire "allergiche", rispetto all'effettiva perniciosità del fatto concreto. Una pena eccessiva, infatti, verrebbe inesorabilmente percepita come iniqua, contraria al

¹⁷⁶ Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149: «il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest'ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem* (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost. a livello interno, e sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)».

¹⁷⁷ Sulla vastissima bibliografia in tema di proporzionalità della pena, si rinvia *ex multis* a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2021; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020; BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinsic" sul "quantum" di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967-983; MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427-1462.

comune senso di giustizia, e dunque smarrirebbe l'irrinunciabile tensione rieducativa che invece dovrebbe esserle propria. In altri termini, qualora la sanzione penale sia abnorme rispetto al fatto di reato posto in essere, il condannato si renderà indisponibile ai propositi recuperativi offerti dall'ordinamento mediante l'apposito apparato penitenziario, in quanto profondamente consapevole dell'ingiustizia arrecatagli da una risposta sanzionatoria eccessiva¹⁷⁸.

In questa prospettiva, la funzione connaturata al principio di proporzionalità chiama in causa tanto il legislatore, quanto il singolo giudice: il legislatore, allorché stabilisce le cornici edittali per ciascuna figura di reato; il giudice, allorché determina, entro i limiti indicatigli dal legislatore, la pena da applicare nei

¹⁷⁸ Come noto, il principio di proporzionalità in ambito penale viene ancorato costituzionalmente al principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost. e alla funzione rieducativa della pena ex art. 27 co. 3 Cost.: v. sul punto DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 131 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1995, 395 ss.; FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Cartabia-Vettor, Milano, 2009, 144-145. Tale conclusione è avallata dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 236 del 2016, ha chiarito che «*Iladdove la proporzione tra sanzione ed offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso*» (§ 4.2 del *Considerato in diritto*). Per un'analisi approfondita sul tema dei rapporti tra principio di proporzionalità e teorie della pena, v. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 126 ss.

Curiosamente, ci si potrebbe domandare se la funzione di rieducazione della pena, inficiata da parossismi sanzionatori, non verrebbe ugualmente svilita a fronte di un atteggiamento che, mosso dal lodevole intento di scongiurare trattamenti punitivi smodati, precipiti in una sorta di "lassismo penale". Ci si può interrogare, cioè, se la proporzionalità del trattamento sanzionatorio, intesa come corresponsione idealmente perfetta tra disvalore del fatto e conseguenze castiganti, richieda di ripudiare non solo gli eccessi, ma anche i difetti punitivi ingiustificati. La giusta cautela da prestare in sede di modulazione della pena, volta a scongiurare dismisure di rigore sanzionatorio contrarie a naturali impetrazioni di equità, non potrebbe tuttavia spingersi - in questa prospettiva - fino al punto di inibire le istanze punitive che affiorano in seno a quel medesimo sentimento di giustizia. La rinuncia a opporre conseguenze sanzionatorie, per quanto miti, a comportamenti che sfociano nell'illecito penale, oltre ad assumere connotati pilateschi, tradirebbe le esigenze di rieducazione del reo sottese all'infissione della pena. D'altra parte, non v'è chi non veda come sia solo la punizione - per quanto contenuta e provvista di ampie possibilità di tradursi in misure alternative alla detenzione carceraria - a consentire che il condannato possa percepire l'effettivo disvalore della propria condotta, nonché a indurlo, auspicabilmente, a valutare il significato delle proprie azioni e a indirizzare il proprio modo di relazionarsi in senso conforme al patto sociale su cui si fonda la vita comunitaria.

confronti del singolo condannato¹⁷⁹.

Ma è proprio qui che si annida il nodo gordiano¹⁸⁰ di tutta la questione. Ampliare i casi di concorso apparente di norme oltre le ipotesi di mera specialità unilaterale è operazione che riposa sull'esigenza di scongiurare il *ne bis in idem* sostanziale, e dunque, essenzialmente, di garantire la proporzionalità della sanzione inflitta in relazione a un fatto storico unitario; ma la proporzionalità si pone quale limite alle scelte di politica-criminale del legislatore e all'irrogazione della pena da parte del giudice, risultando invece assolutamente estranea all'ambito della teoria della norma¹⁸¹. Ed è proprio tale fallace dislocamento ad ammorbare la validità dei proposti criteri risolutivi dell'(asserito) concorso apparente di norme, i quali infatti – come si è visto – si espongono tutti, nessuno escluso, a insormontabili rilievi critici, che assumono i tratti di funeste crisi di

¹⁷⁹ Si suole distinguere, allora, tra una proporzionalità “a livello astratto”, con riferimento alle cornici editali, e una proporzionalità “a livello concreto”, con riferimento alla concreta irrogazione della pena da parte del giudice. Sul punto, v. VIGANO, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 114; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, 31.

¹⁸⁰ L'espressione, riferita alla più generale problematica del *double jeopardy*, è del giudice della Corte Suprema statunitense J. Rehnquist in *Whalen v. United States*, 445 U.S. 684, 702 (1980).

¹⁸¹ Nello stesso senso PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, cit., 963. Di opinione contraria SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 335, secondo la quale il *ne bis in idem* sostanziale costituirebbe un principio dotato di autonoma portata precettiva, corollario del principio di offensività; pertanto, «prima di ancorarsi alla proporzione [...] il *ne bis in idem* deve assumere un significato antecedente a quello della risposta sanzionatoria. In questo senso, si ricorda nuovamente che il tema trova tradizionale collocazione nella teoria della norma e afferisce già a una fase precedente rispetto a quella che riguarda il rapporto di proporzione tra le conseguenze sanzionatorie che ne derivano». Tale impostazione non pare persuasiva. Segnatamente, non risulta pienamente convincente il collegamento tra la questione della convergenza di fattispecie incriminatrici e il principio di offensività. Il *ne bis in idem* sostanziale, invero, non concerne l'esigenza che il fatto incriminato arrechi pregiudizio a una oggettività giuridica meritevole di protezione, bensì al *quantum* di pena adeguato al disvalore della condotta dell'agente, la quale, naturalmente, si presuppone offensiva. Sul punto, v. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 158-159. Si osservi peraltro che, fuori dei casi di specialità unilaterale, l'integrazione di una pluralità di reati si pone sempre in alternativa all'eventualità che il fatto storico, per il suo concreto dispiegarsi, sia sussumibile in un'unica fattispecie incriminatrice; ed è evidente che, nella prima ipotesi, la condotta dell'agente reca un'offesa ultronea, diversa e aggiuntiva, rispetto a quella cagionata nel caso in cui fosse stato consumato un solo reato. È una verità, questa, che viene implicitamente riconosciuta anche da coloro che vogliono ancorare il *ne bis in idem* sostanziale all'offensività e, in tale luce, giustificare il criterio dell'assorbimento: autori che, infatti, si trovano costretti a riconoscere l'esistenza di un «surplus marginale di disvalore del “fatto assorbito”», ritenendo però poi che tale offesa aggiuntiva debba essere considerata solamente in sede di commisurazione della pena: così SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, cit., 532; nello stesso senso FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, cit., 348.

rigetto.

Tali crisi sembrano scaturire dalla circostanza che l'adozione dei criteri valoriali implica una palese violazione del principio di stretta legalità¹⁸². Il ricorso a parametri assiologici nell'ambito della dicotomia tra concorso apparente ed effettivo di reati comporta l'indebita attribuzione all'interprete del compito di tradurre il disvalore del fatto concreto in termini di fatti tipici realizzati, a evidente scapito dei più volte evocati principi di determinatezza e tassatività. Le questioni inerenti al concorso apparente di norme sono questioni di legalità, che attengono alla struttura tipica delle fattispecie astratte e alle regole legali in materia di concorso di norme e di reati; avulse, invece, da valutazioni inerenti all'offensività e al disvalore del fatto concreto¹⁸³.

Non si nega che le esigenze equitative percepite dai sostenitori dei criteri valoriali, che rifuggono sproporzioni punitive confliggenti con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, non solo sono condivisibili, ma il loro soddisfacimento è,

¹⁸² Da segnalare sul tema le considerazioni in prospettiva *de jure condendo* di PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, cit., 955: «seguendo un'opzione legalistica costituente uno sviluppo dell'attuale tecnica delle "clausole di riserva", si può auspicare che il legislatore possa individuare *a priori*, in relazione ad alcuni 'quadri di vita' ricorrenti, le norme non applicabili cumulativamente, esprimendo tale giudizio di "non applicabilità congiunta" attraverso esplicite indicazioni testuali. L'analisi dei menzionati quadri di vita dovrebbe condurre, in altre parole, alla individuazione di alcuni macro-tipi penali, per i quali il giudizio di rilevanza dovrebbe essere effettuato con un "numero chiuso" di norme incriminatrici, indicate dallo stesso legislatore».

¹⁸³ Osserva SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 191-192: «guardare i rapporti tra norme e non il concreto atteggiarsi dei fatti evita di fare dipendere il concorso apparente di norme dalle peculiarità e differenze tra i fatti, e quindi di incorrere nell'assurdo corollario di affermare o negare il concorso apparente tra due stesse norme a seconda dei fatti concretamente commessi»; «in-somma, l'assorbimento 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». L'Autore si era già espresso in termini analoghi in SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 469: «valutare se un fatto debba essere punito con una determinata norma incriminatrice vuol dire valutare cosa il legislatore ha stabilito [...] Le cose non cambiano affatto se le fattispecie sono due o più. Anche qui la riserva di legge e la necessità di pena ci impone sempre di capire cosa ci sta in premessa maggiore. E questa analisi dovrà avvenire effettuando un raffronto logico formale tra fattispecie [...] L'oggetto della valutazione sono quindi le fattispecie incriminatrici e il metodo per effettuarla è quello strutturale. Metodo ed oggetto sono imposti perché [...] ciò che occorre indagare è un problema di legalità, segnatamente di riserva di legge/necessità di pena. Non si può quindi pretendere di risolvere questo problema effettuando valutazioni sul fatto concreto, sul senso del divieto, sul disvalore del reato e su informazioni che ci dicono se "nella realtà dei fatti" alla commissione di un reato di solito ne segue un altro. Insomma non si può - metodologicamente - pensare di risolvere un problema di rapporto tra fattispecie se non guardando ai rapporti tra queste».

per evidenti ragioni di civiltà giuridica, imprescindibile. Nondimeno, quello che si sostiene – e che qui si è cercato di argomentare – è che la sede in cui soddisfare tali esigenze non può essere e non è quella del concorso apparente di norme, il quale attiene propriamente ai limiti di applicazione della legge penale. Negare la sussistenza nel caso concreto di una determinata fattispecie di reato in virtù di valutazioni di tipo equitativo è un'operazione che stride violentemente con il principio di legalità, di determinatezza, di tassatività, pilastri del sistema penale che non dovrebbero essere scalfiti¹⁸⁴.

Ciò pare evidente focalizzando lo sguardo sulle elaborazioni dottrinali in materia di reato eventualmente complesso. L'orientamento ermeneutico qui criticato, sebbene consenta di procedere a qualificazioni giuridiche proporzionate e rispondenti a un comune senso di giustizia sostanziale, tuttavia conferisce indebitamente al giudice il potere di sostituirsi al legislatore nella valutazione dell'unitarietà del disvalore del fatto¹⁸⁵. Una attribuzione *ictu oculi* ingiustificata, dacché l'art. 84 c.p., nell'affermare che è la legge a prevedere che un determinato reato sia elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro, chiarisce inequivocabilmente, in ossequio a una pur rigorosa applicazione dei principi di legalità e di certezza del diritto, che è compito (solo) del legislatore quello di valutare i fatti realizzati come espressivi di un disvalore unitario, sì da incorrere in un'autonoma e unica reazione sanzionatoria¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Osserva che «the threat of excessive punishments from multiple penalties is more appropriately controlled by the prohibition of disproportionate sanctions, not by the double jeopardy clause» KING, *Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, 144, 193. Nello stesso senso, sempre nell'ambito della dottrina anglosassone, CLAPP, *Eighth Amendment Proportionality*, in *American Journal of Criminal Law*, 1979, 7, 260; STINNEFORD, *Dividing Crime, Multiplying Punishments*, in *U.C. Davis Law Review*, 2015, 48, 1986.

¹⁸⁵ Il che, a tacer d'altro, introduce elementi di forte incertezza nel sistema. Sul punto, v. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 75, il quale sottolinea come le concrete modalità di realizzazione di taluni elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice siano innumerevoli – si pensi ad esempio all'art. 575 c.p. sull'omicidio (reato a forma libera) e a tutte le distinte modalità illecite attraverso cui l'agente può cagionare la morte di un altro uomo – sicché la categoria del reato eventualmente complesso sarebbe idonea a determinare un novero infinito e imprecisabile a priori di assorbimenti tra fattispecie, con evidente nocumento per la coerenza globale del sistema e la prevedibilità dei suoi effetti ultimi. Sul tema, v. anche PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 474 ss.

¹⁸⁶ Tale conclusione trova conforto alla luce del raffronto tra la precisione della definizione di reato complesso contenuta nell'art. 84 c.p. e l'elasticità, invece, della nozione di circostanze complesse ex art. 68 c.p., dalla quale sembrano effettivamente emergere criteri di valore. L'esistenza di tale ultima norma, che

Alla luce di quanto detto fin qui, è evidente allora che il rilevato nodo gordiano si presta a essere sciolto ricorrendo a una soluzione alessandrina: ricondurre le esigenze di proporzionalità del trattamento sanzionatorio alla loro sede naturale, vale a dire il giudizio di congruità tra fatto e pena operato dal giudice al momento della determinazione della sanzione¹⁸⁷. Le istanze di proporzionalità della pena rispetto al disvalore dell'accadimento concreto ineriscono, cioè, a questioni di modulazione del trattamento sanzionatorio, e dunque a tale ambito dovrebbero essere ascritte.

Soluzione, questa, rispettosa del principio di legalità, che non può essere divelto in ragione di istanze che attengono più propriamente all'equità della pena irrogata. Infatti, un giudizio equitativo in tema di concorso apparente contrasterebbe vistosamente con l'art. 25, co. 2 Cost., che subordina la pena alla riserva di legge, ovvero alla precostituzione di regole in base alle quali indirizzare il giudizio¹⁸⁸.

In altri termini: prima affiorano esigenze di legalità, la cui soddisfazione impone un'analisi strutturale degli elementi costitutivi delle fattispecie astratte; solo poi, su un piano necessariamente differente, si innestano esigenze di proporzione, tese a garantire, alla luce di criteri valutativi, che la pena inflitta esprima un

pare effettivamente espressiva di un *ne bis in idem* sostanziale, non pare suscettibile di fondare la desunzione di un principio di consunzione valido in via generale, quanto, al contrario, di escluderne l'applicabilità laddove non espressamente previsto dal legislatore, sulla base del broccardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. In tema di art. 68 c.p., cfr. VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, 68; CONTI, *Concorso apparente di norme*, cit., 1017; PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965.

¹⁸⁷ Sul punto, cfr. le perspicue considerazioni svolte da SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 193: «il principio in gioco non è più la legalità, ma la proporzionalità tra gravità del fatto e pena (il parametro del giudizio), e alla luce di questo ben possono intervenire valutazioni di tipo non strutturale (il metodo del giudizio), come l'offesa anzitutto, poi il rapporto tra mezzi e scopo, l'*id quod plerumque accidit*, l'immediatezza e lo scopo unitario che anima la volontà dell'agente. E queste valutazioni debbono necessariamente osservare il mondo dei fatti (l'oggetto del giudizio) in raffronto con le fattispecie incriminatrici, perché è da questo raffronto che emerge l'eventuale sproporzione tra la pena comminata per ogni singolo reato, in caso di realizzazione solo di quel reato, e quella emergente a seguito della commissione di un fatto in cui si registrino sovrapposizioni, e doppie (o triple) valutazioni di elementi e di offese commessi nella realtà una sola volta». Lo stesso autore si esprime in termini analoghi in SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, cit., 472.

¹⁸⁸ In questi termini GIANFELICI, *Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme*, cit., 14. Cfr. anche GAMBARDILLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

giudizio di disvalore corrispondente a quello del fatto concretamente commesso.

Al giudice, dunque, è demandato il compito (non di ravvisare un concorso apparente di norme per evitare duplicazioni sanzionatorie, bensì) di individuare una “quota punitiva addizionale”¹⁸⁹, conseguente all’accertamento del *surplus* di disvalore recato dall’illecito satellite.

In questo senso – è utile rilevare – si orienta peraltro larga parte della dottrina tedesca. Nell’esperienza giuridica teutonica, infatti, secondo l’orientamento interpretativo prevalente, il *bis in idem* sostanziale consiste in una violazione del *Doppelverwertungsverbot*, che inibisce di considerare due volte lo stesso elemento di fatto come fondamento di pena o di maggior pena¹⁹⁰; principio, quest’ultimo, che trova un addentellato normativo nel § 46, co. 3 StGB, norma riferita alla fase di commisurazione della pena e che vieta di prendere a tal fine in considerazione le circostanze che sono già elementi della fattispecie incriminatrice¹⁹¹. Orbene, secondo un nutrito filone interpretativo, la *Gesetzeskonkurrenz* (i.e. l’assorbimento di una fattispecie nell’altra) opera solo nei casi di specialità unilaterale strutturale: solo in queste ipotesi, difatti, si verificherebbe la duplicazione nella valutazione dei medesimi elementi di fatto. Invece, nelle ipotesi di interferenza strutturale (cioè laddove le diverse fattispecie condividano solo alcuni elementi), la soluzione dogmatica più coerente conduce al

¹⁸⁹ In questi termini TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello*, cit., 292, benché con riferimento a ipotesi di doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo.

¹⁹⁰ In dottrina, v. ABELS, *Die “Klarstellungsfunktion” der Idealkonkurrenz*, Marburgo, 1991, 32 ss.; HERZBERG, *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in *JuS*, 1972, 113 ss.; WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des “Zusammentreffens strafbarer Handlungen (§ 28 StG)*, Berlino, 1980, 211 ss.; ROXIN-GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Berlino, 2020, 114 ss.

¹⁹¹ KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW*, 1956, 404; SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, in *ZStW*, 1963, 43 ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Berlino, 1979; ABELS, *Die “Klarstellungsfunktion” der Idealkonkurrenz*, cit., 32 ss.; nonché, più di recente, FANDRICH, *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*, Driesen, 2010; EL-GHAZI, *Revision der konkurrenzlehre, Unrechts - und Schulddivergenzen zwischen Ideal - und Realkonkurrenz*, Tübingen, 2020, 142 ss.

riconoscimento di un concorso formale di reati¹⁹².

Non dissimile sembra, poi, l'interpretazione della garanzia del *ne bis in idem* fornita dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, che, ricollegando il fondamento del divieto di doppia punizione a esigenze di legalità, ne evidenzia la connessione rispetto al principio di proporzionalità: in breve, la violazione del *ne bis in idem* (sostanziale) ricorrerebbe laddove la pluralità di sanzioni generi una risposta punitiva estranea al giudizio di proporzionalità effettuato dal legislatore e così determini l'imposizione di una sanzione non prevista dalla legge¹⁹³. Sicché non è sufficiente l'applicazione in astratto di due pene distinte per ritenere violato il *ne bis in idem*, poiché la garanzia è rispettata laddove la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio sia assicurata, anche procedendo a meccanismi di compensazione sanzionatoria¹⁹⁴.

La discussione, dunque, nella prospettiva fin qui tratteggiata, sfugge alle maglie avvelenate del concorso apparente di norme e si risolve in valutazioni relative alla validità degli strumenti apprestati dal legislatore per garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio da infliggere in ipotesi di concorso di reati, in particolare allorché si tratti di un concorso formale: vale a dire, la disciplina prevista dall'art. 81 c.p.

8. *Alcune conclusioni e una proposta de jure condendo*. È giunto il momento di fissare alcune conclusioni e di tratteggiare qualche considerazione finale.

¹⁹² GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Amburgo, 1961; KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, cit., 404; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, cit.; ABELS, *Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz*, cit., 32 ss.; SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, cit., 43 ss.; FANDRICH, *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*, cit.

¹⁹³ In questi termini Trib. Const., 19 ottobre 2010, n. 77, sul solco della storica sentenza Trib. Const., 11 ottobre 1999, n. 177 (su cui v. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem)*, in *Actualidad Penal*, 2000, 473 ss.). Affronta il tema della stretta correlazione tra divieto di *bis in idem* e principio di proporzionalità della pena PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, 56 ss.

¹⁹⁴ In tal senso Trib. Const., 16 gennaio 2003, n. 2. Sul tema, cfr. PÉREZ MANZANO, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero*, in *La Ley*, 2003, 1652 ss.; CANO CAMPOS, *Los claroscuros del non bis in idem en el espacio jurídico europeo*, in *Rev. esp. der. eur.*, 2021, 9 ss.; GARCÍA RIVAS, *Alcance y perspectivas del ne bis in idem en el espacio jurídico europeo*, in *Rev. gen. der. pen.*, 2017, 1 ss.

In primo luogo, occorre ribadire che in tanto si può parlare di concorso di norme in quanto una pluralità di disposizioni incriminatrici disciplinino un medesimo fatto storico. Ne consegue che, laddove una corretta interpretazione delle norme escluda l'applicabilità di taluna di esse nel caso concreto, non si verifica alcuna ipotesi di convergenza.

In questa prospettiva si collocano anche le clausole di riserva, da considerare alla stregua di strumenti per mezzo dei quali il legislatore ha inteso delimitare l'ambito di applicazione di determinate fattispecie incriminatrici, così prevenendo l'insorgenza di un concorso di norme.

Solo qualora l'attività ermeneutica porti comunque a concludere per l'integrazione congiunta di una pluralità di reati, si potrà allora propriamente parlare di concorso di norme. Ricorrendo tale evenienza, si deve prendere atto che l'unico criterio risolutivo predisposto dal legislatore è quello di specialità *ex art. 15 c.p.*, da intendere in termini logico-formali quale rapporto di piena continenza strutturale di una fattispecie astratta in un'altra. In altre parole, il criterio di specialità si riferisce esclusivamente a ipotesi di specialità unilaterale. Tale conclusione si impone alla luce dei principi di legalità, tipicità, determinatezza e prevedibilità che illuminano il sistema penale.

L'esigenza di scongiurare duplicazioni nell'addebito di responsabilità penale all'agente in relazione a un medesimo fatto storico (*ne bis in idem* sostanziale) è questione che attiene alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente inflitto, da valutarsi (anche) alla luce della concreta offensività del fatto realizzato, e dunque deve trovare collocazione e soddisfazione non nell'ambito della teoria della norma, bensì in sede di commisurazione della pena.

Rebus sic stantibus, occorre pertanto soffermare l'attenzione sulla disciplina all'uopo prevista dall'art. 81 c.p. Tale disposizione, come noto, allo stato attuale prevede che, qualora il soggetto agente, con una sola azione o omissione, violi diverse disposizioni di legge o commetta più violazioni della medesima disposizione di legge, sia punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo.

Nell'ottica di una valutazione sulla capacità della disciplina prevista dall'art. 81

c.p. di garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio da irrogare in ipotesi di concorso formale di reati, due sono le questioni su cui occorre interrogarsi: da un lato, la ragionevolezza dell'obbligatorietà dell'aumento per la violazione satellite; dall'altro lato, la congruità del limite massimo previsto per l'aumento.

Per quanto concerne la prima questione, in dottrina è stato suggerito che, in realtà, per l'art. 81 c.p., l'aumento di pena per ognuno dei reati in concorso non dovrebbe essere considerato obbligatorio¹⁹⁵. Tuttavia, tale linea di pensiero sembra scontrarsi, e ineluttabilmente soccombere, con la lapidarietà del dato normativo: «È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo», disposizione che lascia trasparire inequivocabilmente la perentorietà dell'aumento che il giudice è chiamato a determinare. Cionondimeno, la facoltatività dell'aumento parrebbe maggiormente rispondente a canoni di ragionevolezza, illuminati dal principio di proporzionalità e, quale precipitato di questo, del *ne bis in idem* sostanziale. È infatti connotato alla valutazione discrezionale del giudice in relazione alla commisurazione della pena un giudizio valoriale che possa spingersi fino ad escludere un aumento di pena per un reato il cui carico offensivo sia già adeguatamente coperto dalla pena prevista per l'illecito più grave.

E invero, non sembra illativo ritenere che la facoltatività dell'aumento in tema di concorso formale di reati possa imporsi per ragioni di legittimità costituzionale. Infatti, per garantire il rispetto dei principi di proporzionalità della pena e del corollario *ne bis in idem* sostanziale, dovrebbe essere concesso al giudice di valutare quando la pena prevista per il reato più grave non sia idonea a coprire l'intero disvalore del fatto concreto, e dunque occorra stabilirne un aumento in relazione alle violazioni concorrenti, e quando invece l'inasprimento del trattamento sanzionatorio in virtù dell'aumento per la violazione satellite

¹⁹⁵ Così SOTIS, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, cit., 193, il quale osserva che la non obbligatorietà dell'aumento previsto dall'art. 81 c.p. sarebbe desumibile guardando «anzitutto il dato letterale. La formula "è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo" fissa un massimo, ma non un minimo, ed è semanticamente compatibile con una decisione di nessun aumento di pena». Di opinione contraria M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (artt. 1-84)*, cit., 714.

costituirebbe una duplicazione nell'infissione della pena. Siccome l'attuale dettato normativo non riconosce al giudice questo potere, l'art. 81 c.p. potrebbe allora essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede come obbligatorio l'aumento di pena disposto in relazione alla violazione meno grave, per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., nonché con gli artt. 4 Prot. 7 C.E.D.U. e 50 CDFUE per il tramite dell'art. 117 Cost. Esito a cui si potrebbe pervenire valorizzando la proporzionalità a prescindere dal tradizionale giudizio relazionale con un *tertium comparationis*, possibilità che la recente giurisprudenza costituzionale parrebbe non escludere¹⁹⁶.

Nell'ambito di un ipotetico giudizio di costituzionalità della norma, la facoltatività dell'aumento per l'art. 81 c.p. potrebbe comunque essere "importata" dalla disciplina prevista dall'art. 63, co. 4 c.p. in tema di concorso di circostanze a efficacia speciale. Invero, se la facoltatività dell'aumento previsto dall'art. 63, co. 4 c.p. trova un proprio *rationale* nell'esigenza di garantire la proporzionalità dell'aumento di pena disposto in forza di circostanze che già inaspriscono la sanzione in misura superiore al *quantum* comune, ciò dovrebbe valere *a fortiori* quando a concorrere siano non già circostanze, ma reati forniti di autonome cornici edittali.

È appena il caso di evidenziare come la soluzione proposta non tradisca le premesse del ragionamento fin qui condotto: una offesa per la violazione satellite è pur sempre sussistente, ma il disvalore aggiuntivo può, nel caso concreto, essere talmente contenuto da non meritare un aggravio di pena (possibilità, quest'ultima, espressamente prevista dal legislatore e cristallizzata nell'art. 131 *bis* c.p.)

La seconda questione su cui ci si può interrogare è se sia ragionevole prevedere un aumento per la violazione meno grave che abbia quale limite massimo il triplo della pena inflitta per la violazione più grave (nonché, naturalmente, il massimo edittale previsto per il reato in relazione al quale viene disposto l'aumento: art. 81, co. 3 c.p.).

¹⁹⁶ Il riferimento è a Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, nonché a Corte cost., sent. 8 marzo 2019, n. 40. Sul tema, v. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit.

Con riferimento a tale problematica, sarebbe auspicabile ridurre la forbice edit-tale consegnata nelle mani del giudice, prevedendo un limite più stringente alla pena che può essere inflitta in conseguenza dell'aumento per la violazione satellite, sulla scorta di quanto tendenzialmente previsto in altri ordinamenti europei¹⁹⁷. In particolare, si potrebbe prevedere che la sanzione complessivamente inflitta non possa in ogni caso eccedere il massimo edit-tale comminato per la violazione più grave, di talché l'aumento per la violazione satellite sarebbe comunque intraedit-tale e, dunque, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale, la pena sarebbe essenzialmente unica e qualificabile come “sanzione integrata”¹⁹⁸.

Conseguentemente, unendo le due considerazioni appuntate dianzi, la formulazione dell'art. 81, co. 1 c.p. potrebbe divenire la seguente:

«Chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, ma il giudice può aumentarla. In nessun caso la pena complessivamente inflitta ai sensi del periodo precedente può essere superiore al massimo edit-tale previsto per la violazione più grave»

A tale regola potrebbero poi essere affiancate specifiche deroghe, rimesse a scelte di politica criminale del legislatore, per esempio con riferimento alla disciplina del concorso omogeneo oppure qualora a concorrere siano reati ritenuti particolarmente gravi; deroghe che, inasprendo la disciplina del cumulo giuridico, dovrebbero essere rimesse alla valutazione legislativa, in modo analogo a quanto prevede attualmente l'art. 81 c.p. in relazione a reati commessi da soggetti a cui sia stata applicata la recidiva reiterata.

Da ultimo, deve darsi conto della probabile obiezione che l'interpretazione propugnata e la prospettiva di riforma suggerita potrebbero sollevare. In

¹⁹⁷ Sul punto, cfr. l'ampia ricostruzione di GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 26 ss., il quale richiama altresì la disciplina prevista dall'art. 78 del Codice Zanardelli («Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave») e le proposte dei recenti progetti di riforma del codice penale sul tema.

¹⁹⁸ L'espressione è mutuata da TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, cit., 294.

particolare, non sfuggirà che tale soluzione, sostanziandosi nell'applicazione della pena prevista per il reato più grave, con un aumento solo facoltativo per le violazioni satellite, riecheggia, nella sostanza, le conclusioni a cui pervengono i sostenitori della specialità reciproca e delle tesi valoriali per la risoluzione della convergenza di norme. In questa prospettiva, peraltro, la soluzione qui caldeggiata, rimettendo l'intera questione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio alla decisione del singolo giudice in sede di commisurazione della pena, si esporrebbe alle medesime critiche mosse all'impostazione pluralista, ossia di costituire un espediente vago e indeterminato, suscettibile di un utilizzo arbitrario e foriero di applicazioni diseguali della legge.

L'esito a cui si è approdati, in effetti, è *quasi* il medesimo di quello a cui pervengono i sostenitori della specialità reciproca e delle tesi pluraliste: si irroga la pena prevista per il reato più grave, e l'aumento facoltativo per la violazione satellite viene a costituire un indice rimesso alla discrezionalità giudiziaria per commisurare il trattamento sanzionatorio in relazione al disvalore effettivo della vicenda concretamente realizzata.

Ma occorre registrare due importanti punti a favore della soluzione proposta rispetto agli indirizzi che estendono l'ambito di applicazione del concorso apparente di norme. Innanzitutto, essa non confonde la dimensione strutturale con quella valoriale e garantisce il pieno rispetto del principio di legalità, sancito dall'art. 25, co. 2 Cost. Inoltre, consente di ricondurre le ipotesi di convergenza nell'alveo della disciplina del concorso formale di reati, il quale, benché latore di potenziali distorsioni prasseologiche, è tuttavia un istituto meno vago rispetto ai criteri risolutivi suggeriti dagli indirizzi pluralisti, nonché maggiormente rispondente, proprio perché sancito espressamente a livello normativo, alle esigenze di rispetto del principio di prevedibilità.

È vero che, comunque, residuerebbero margini di incertezza legati all'esercizio da parte del giudice del proprio potere discrezionale¹⁹⁹; cionondimeno, non potendosi elidere completamente una componente di discrezionalità, pare più opportuno confinarla in sede di commisurazione della pena, in cui è fisiologico

¹⁹⁹ Lo rileva puntualmente SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 453.

che vengano in rilievo giudizi di valore nonché ragionamenti che prendano in considerazione il fatto concretamente commesso e non, invece, le norme che quel fatto sono chiamate a qualificare.

Spetta al legislatore, d'altro canto, il compito di delineare meccanismi normativi che assicurino il rispetto del principio di proporzionalità delle sanzioni²⁰⁰; in mancanza dell'intervento del legislatore, sarà la giurisprudenza a elaborare progressivamente criteri in grado di garantire un'applicazione il più possibile uniforme della disciplina del concorso di reati.

²⁰⁰ È quanto avvenuto, per esempio e *mutatis mutandis*, con l'art. 187 *terdecies* T.U.F. in materia di *market abuse*, laddove si è previsto che l'autorità giudiziaria, nell'irrogare la pena, "tenga conto" della sanzione eventualmente già applicata da CONSOB, e viceversa; norma che, va rilevato, tuttavia si risolve in una mera clausola di stile, non offrendo infatti alcuna concreta indicazione utile all'interprete, soprattutto per le ipotesi di sanzioni eterogenee (detentiva una, pecuniaria l'altra): cfr. sul punto MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 21.