

CONFRONTO DI IDEE

DANIELA FALCINELLI

Conversazioni europee sulla legalità penale: quando a parlare al Giudice è il codice nazionale*

Parlare e scrivere di legalità penale, in una comunità umana di dimensioni internazionali, è parlare e scrivere confrontandosi con più livelli delle Fonti del diritto. Per l'interprete italiano significa comunicare in prima battuta con il Sistema europeo. Parlare e scrivere di legalità penale, in una comunità umana democratica, è parlare e scrivere col linguaggio dei suoi Principi e delle sue Regole: per l'interprete italiano significa stare al dettato della Costituzione e della codificazione penale nazionale. Il Giudice europeo e quello italiano si scoprono così a parlare con lo stesso linguaggio. È il diritto penale italiano, linguaggio comune perché unico nella sua dimensione di necessaria umanità, quella della certezza e della garanzia in materia penale.

To speak and to write about criminal law, in an international human community, is to talk and to write comparing with multiple levels of the Sources of Law. For the Italian interpreter it is to communicate, first of all, with the European System. To speak and to write about criminal legality in a democratic human community is to speak and to write in the language of its principles and rules: for the Italian interpreter it is respect to the Constitution and the national criminal code. The European and Italian judges find themselves talking in the same language. It is the Italian criminal law, common language, because it is unique in its dimension of humanity, that of certainty and guarantee in criminal matters.

1. Non v'è alcun tentennamento: parlare e scrivere di legalità penale, in una comunità umana che ha conquistato dimensioni internazionali, è parlare e scrivere confrontandosi con più livelli delle Fonti del diritto. Per l'interprete italiano significa comunicare in prima battuta con il Sistema europeo.

Non v'è alcun tentennamento: parlare e scrivere di legalità penale, in una comunità umana che ha conquistato i valori democratici della garanzia e della certezza del diritto penale, è anzitutto parlare e scrivere col linguaggio dei suoi Principi e delle sue Regole: per l'interprete italiano significa stare al dettato della Costituzione e della codificazione penale nazionale.

Il diritto penale ha bisogno di questi discorsi chiari, di questi percorsi certi, di questi confini netti, senza alcun tentennamento: è il Valore di protezione umana su cui la Costituzione regge sé stessa e tutto l'ordinamento giuridico, un valore che da Principio si fa regola nelle conformi disposizioni della codificazione sostanziale nazionale. Questo è il linguaggio penale comune, una

Koinè in primo luogo culturale che si impone non solo quando a parlare del Principio e della Regola è la giurisprudenza nazionale, ma anche quando a parlare del Principio e della Regola sono le Corti Europee.

La recente ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 contiene queste certezze¹. Le contiene in un “diplomatico” rinvio pregiudiziale, che ricorda due corollari del principio di legalità nella sua accezione “nostrana”: la prevedibilità della decisione giudiziaria al momento della commissione del fatto, e la sufficiente determinatezza della disposizione penale.

A queste parole si lega un unico contesto concettuale, che riserva la normazione in materia penale esclusivamente alla fonte legislativa nazionale, senza che il diritto dell’Unione europea possa giocare un ruolo autonomamente innovatore, tantomeno con effetti *in malam partem* per chi destinatario della norma.

Ancora una volta, allora, non v’è alcun tentennamento: le garanzie del *nullum crimen* di cui all’art. 25, co. 2, Cost., fanno l’identità costituzionale dello Stato italiano, e in blocco queste garanzie si elevano al rango di “principio supremo dell’ordinamento” e di “diritto inviolabile della persona umana”, tale da non poter essere in alcun modo compresso o compromesso, nemmeno a fronte di quelle limitazioni di sovranità che pure stanno sancite e legittimate dall’art. 11 Cost., a condizione e derivazione dell’adesione dell’Italia all’Unione europea.

2. Con questa *certezza* si costruiscono nuove riflessioni sulle note parole dette e scritte dal Giudice di Lussemburgo nella c.d. sentenza Taricco².

Sono le parole con cui dà atto che «Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi [n.d.r. art. 160, co. 3, e art. 161, co. 2, c.p.] non soddisfano gli obblighi del diritto dell’Unione [...], [...]. il giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione disapplicando, all’occorrenza, tali disposizioni ... senza che deb-

* Testo della relazione svolta al convegno *Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà*, Roma, 29 maggio 2017.

¹ Diffusamente, per una analisi del provvedimento, v. BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del convegno tenutosi all’Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Napoli, 2017.

² Per l’approfondimento delle considerazioni che seguono, v. già FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell’interpretazione. Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema*, in *questa Rivista*, 2016, 654-672.

ba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»³.

L'andamento del discorso offre difatti occasione all'interprete italiano per una complessiva riconsiderazione dell'istituto della prescrizione in nome della legge penale nazionale, scrivendo limiti precisi, ad essa conformi.

Anzitutto, la prescrizione del reato non costituisce un diritto fondamentale dell'uomo (né dell'imputato né del reo). Così sta già scritto nei codici e nella giurisprudenza italiana, come europea, come anglo-americana, che non hanno tema di riconoscere categorie di crimini imprescrittibili.

Inoltre, spetta esclusivamente al giudice comune non solo l'applicazione ma anche la stessa interpretazione della sentenza di specie. Spetta, cioè, alla valutazione giudiziale pesare le dimensioni dell'offesa agli interessi finanziari dell'Unione europea che si fa offesa penale. Offesa ad un interesse finanziario che è in sé macroeconomico, e che si renda offesa grave e supportata da atteggiamenti diffusi.

Sicché, nel caso di offesa penalmente significativa in senso "europeo", ciò che la Corte di Giustizia chiede al giudice nazionale è ciò che gli si impone già ai sensi di una applicazione costituzionalmente conforme della disciplina della prescrizione del reato: vale a dire una applicazione ragionevole dell'istituto. L'inciso di cui all'art. 160, comma 3, c.p.: «ma in nessun caso i termini stabiliti nell'art. 157 c.p. possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo co., c.p. fatta eccezione...», va difatti calato nel ruolo di limite che è svolto dalla prescrizione, in quanto eccezione di sistema.

Lo hanno ribadito le Sezioni unite con la pronuncia del 24 settembre 2015, Trubia, estraendo dall'art. 157 c.p. due classi di reati, rispettivamente imprescrittibili e prescrittibili, e la prima classe determinando per esclusione: quan-

³ Punto 49 della motivazione Corte di giustizia UE (Grande Sezione), 8 settembre 2015, Taricco, causa C-105/14, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*. Si rinvia ai puntuali commenti sulla pronuncia: CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 2015, 3; DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in www.penalecontemporaneo.it; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, *ivi*; GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, *ivi*, 4 aprile 2016, 8 ss.; LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016; MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it; MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 362 ss.

to a dire che la prescrizione vale nei soli limiti “eccezionali” in cui è legislativamente statuita⁴.

La prescrizione si attesta in fin dei conti come ragionevole strumento di ratifica dell’oblio sociale: è il meccanismo attraverso il quale l’ordinamento conferma, sulla base di una “presunzione assoluta”, normativamente regolata, il disinteresse della società per fatti di reato particolarmente lontani nel tempo. La repressione del reato si intende con ciò non più necessaria per la difesa sociale, perché la punizione non varrebbe a confermare i valori insiti nel precepto violato una volta che sia trascorso dalla cessazione della forma di manifestazione del reato (temporalmente significativa) un dato lasso cronologico, calibrato sulla gravità del reato stesso per come disegnata – salve eccezioni – dal massimo della pena edittale⁵. Tale carattere, indubitabilmente presuntivo, lascia ragionevolmente fuori del cerchio fondante la prescrizione ogni considerazione relativa al reo nella sua singolarità di individuo, concentrando l’attenzione sul tempo sociale dell’oblio. In altri termini, è in questo dissolversi del fondamento necessario della pena, come retribuzione e strumento di prevenzione generale e speciale insito nella stessa legalità costituzionale della pena (nel combinato disposto degli artt. 2, 3, 13, 24, 25, 27 Cost.), che deve individuarsi il fondamento della prescrizione.

La formulazione negativa del co. 2 dell’art. 25 Cost. (*Nessuno può essere punito [...] nasconde* difatti *chiaramente* il volto contrario e positivo di una necessaria punibilità del colpevole dell’illecito penale (fatto tipico, offensivo ed antigiusuridico), che va apprezzata col senso tutto umano, e costituzionalizzato, della ragionevolezza.

Alla ragionevolezza come parametro di razionalità pratica si riconduce pienamente il Principio costituzionale dell’art. 3 Cost.⁶: è giudizio che «si svolge

⁴ Cass., Sez. un., 24 settembre 2015, Trubia, in www.penalecontemporaneo.it. Le Sezioni Unite ritengono che meriti di essere riaffermato il tradizionale orientamento della assoluta imprescrittibilità dei delitti, commessi anteriormente all’8 dicembre 2005, punibili con la pena dell’ergastolo, pur nel caso in cui il riconoscimento di circostanze attenuanti comporti l’irrogazione della pena detentiva temporanea”. Si afferma in conclusione il principio di diritto (p. 14) secondo il quale «Il delitto punibile in astratto con la pena dell’ergastolo, commesso prima della modifica dell’art. 157 cod. pen., per effetto della legge 5 dicembre 2005, n. 251, è imprescrittibile, pur in presenza di riconoscimento di circostanza attenuante dalla quale derivi applicazione di pena detentiva temporanea».

⁵ Il riferimento è alla prescrizione per come ridisegnata dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251 (meglio nota come legge *ex Ciricelli*). Come noto, il sistema così riformato è stato calibrato non più sopra fasce di gravità dei reati, ma sul massimo edittale previsto per ciascun reato, rendendo la prescrizione un istituto ‘mobile’ plasmato sullo specifico disvalore dell’illecito commesso, che prevede altresì, alcune significative eccezioni di natura “oggettiva” e “soggettiva”.

⁶ V. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, in part. 17 ss.

attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁷.

Il principio della necessaria punibilità dell'illecito penale, a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo preservati per scelta costituzionale, si impone cioè come regola di sistema, che solo per eccezione può negare sé stessa. La prescrizione arriva a questo punto del ragionamento giuridico, fissando dei limiti cronologici "di legge" (ai sensi dell'art. 132 c.p.) alla necessità sistemica che la pena sia applicata ed eseguita a fronte dell'accertata commissione colpevole di un fatto di reato, che - se ne deduce - si deve porre, a qualunque stadio processuale (nei limiti quindi dell'evidenza probatoria della specifica fase, *ex art.* 129 c.p.p.), come premessa "implicita" ed inmancabile della "conclusione giudiziale" di prescrizione.

Il senso costituzionale dell'art. 160, co. 3, c.p. lo traduce infine nella formula per cui in nessun caso ragionevole potrà intervenire una prosecuzione processuale al di là della soglia, processuale, fissata al co. 2 dell'art. 161 c.p.

V'è difatti un dato sistemico ben poco contestabile: il reato, una volta entrato nel cono di attenzione dell'ordinamento divenendo l'oggetto di un procedimento penale, nel cui seno verificarne l'esistenza e l'ascrizione della relativa responsabilità, cambia il suo "orologio del tempo". L'unità di misura cronologica cessa di essere quella "umana", in cui il tempo scorre continuamente, e lungo la quale l'allarme sociale si disperde ed il bisogno di rieducazione si può affievolire (tempo ordinario della prescrizione). L'orologio diventa il tempo del processo, che può paralizzarsi o annullarsi proprio in riscontro della "necessità" di sistema e di giustizia di pervenire alla pronuncia di condanna e di applicazione di una pena ove dimostrata la responsabilità per il fatto di reato. Il tempo del reato diventa - ragionevolmente - quello del tempo del processo, che deve coprire una altrettanto ragionevole durata.

Le riflessioni sulle ragioni costituzionali del punire e del non punire spiegano in effetti la prescrizione non tanto nel ruolo di strumento atto a garantire la giustizia di un sistema processuale che si connota per ragionevole durata, quanto nella veste di eccezione ragionevole del sistema della responsabilità penale; e spiegano i margini di una ragionevole disapplicazione dei limiti "processuali" alla prescrizione, quale è invocata dal Giudice Europeo.

⁷ V. Corte cost., n. 1130 del 1988; sent. 264 del 1996; Id., n. 172 del 1996. Per approfondimenti v. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, I, 95 ss.; PINO, *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 51 ss. e 201 ss.

Sicché, se il tempo per l'estinzione del reato - trattandosi di tempo del reato nel (corso del) processo - si calcola secondo tale metro, convenzionalmente e normalmente intervallato da fatti interruttivi e periodi di sospensione, e strettamente limitato nel suo confine massimo, ciò non vale quando sia dato riscontrare il "ragionevole caso" in cui legittimamente il giudice italiano ha il potere/dovere di tornare a contare la prescrizione (per convenzione anch'essa normativa) secondo l'orologio del tempo umano (a questo punto normativizzato dall'entrata nel percorso del processo penale), che scorre ininterrottamente entro gli stessi orizzonti legislativamente fissati dall'art. 157 c.p. ripartendo senza altri limiti dall'ultimo atto interruttivo.

Basti solo pensare alle ipotesi "ragionevoli" in cui l'azione penale venga esercitata in prossimità della scadenza del termine ordinario di prescrizione del reato, o a quelle in cui, invece, il processo venga instaurato tempestivamente, ma la sua oggettiva complessità richiede fisiologicamente tempi lunghi; ancora, si pensi ai casi di immotivati rinvii d'ufficio nello svolgersi del procedimento che ne aumentino irragionevolmente la durata.

L'applicazione irragionevole, anche in queste casistiche, dei limiti massimi di prescrizione "processuale" produrrebbe l'evidente risultato di una frustrazione "secca" del *Principio della necessaria pretesa punitiva statale*, senza che tale sacrificio sia giustificato in nome della tutela di alcun altro controinteresse di rango costituzionale.

Non v'è alcun tentennamento: il Giudice europeo e quello italiano parlano con lo stesso linguaggio. È il diritto penale italiano, linguaggio comune perché unico nella sua dimensione di necessaria umanità, quella della certezza e della garanzia in materia penale.

3. Con lo stesso linguaggio parla la Corte costituzionale nella pronuncia del 21 luglio 2016, n. 200⁸, con la quale dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano, se minimizzata nei termini della medesima qualificazione giuridica⁹.

Lo scenario è quello allestito dalla sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, che fissa il senso della *medesimezza del fatto nelle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio*. Da allora, l'*infractio* indicata dal testo normativo europeo perde il metro di identi-

⁸ Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di ZIRULLA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara (ma il processo eternit bis prosegue)*.

⁹ Per l'approfondimento delle considerazioni che seguono, v. già FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *questa Rivista* online, 1-21.

tà/medesimezza fin lì diffusamente praticato, ragguagliato al *medesimo reato contestato*, nuovamente in imputazione dopo un primo giudizio definitivo, ovvero *il fatto nella qualificazione giuridica che ne dà l'ordinamento penale*.

Nondimeno, sebbene affrancato da questo giogo, l'interprete nazionale rimane vincolato al supremo principio del *nullum crimen: il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di bis in idem, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento*.

In questa prospettiva, *fatto [...] è l'accadimento materiale [...] sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi*. In questa prospettiva, ancora, *non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7 [della C.E.D.U.], sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale*.

L'analisi sistematica deve, cioè, portare alla esatta verifica del modello italiano di "fatto medesimo", che la soluzione propugnata dal giudice *a quo* vuole risolto nel "solo" comportamento materialmente realizzato. Soluzione, questa, evidentemente capace di massimizzare la cornice di garanzie processuali dell'imputato già giudicato in via definitiva, che per tale via rimane sottratto a un nuovo processo penale sia nei casi in cui si sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona, sia in quelli in cui un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, pur lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica.

Soluzione da verificare al confronto con la legge penale: *il fatto per cui v'è processo può essere il medesimo pur se diversa ne è la considerazione per il titolo, per il grado o per le circostanze*. Questo si legge nell'art. 649 c.p.p., ed è questo il dettato che va interpretato. Pianamente, i termini di "grado" e "circostanze" inquadrano i particolari, gli aspetti accessori del fatto, che ne aggiungono una specificazione, ora in punto di intensità del danno come del pericolo che ne sia effetto, ovvero del dolo come della colpa che lo animano in senso soggettivo; ora in considerazione di altri fattori che dettaglino il contesto in cui si avvista commesso il fatto singolare (particolari motivi o modalità del comportamento, condizioni dell'agente o della vittima). Una interpretazione, questa, già tratta dal comune senso delle parole, e segnatamente confermata al confronto con le specifiche norme codicistiche sostanziali (tra le altre, e in particolare, gli artt. 61, 62, 133, co. 1, c.p.) che stessi termini e stesse nozioni fanno proprie, disciplinandole quali parti identificative di uno specifico reato, il quale è suscettibile di mutare nella gravità o nella forma di ma-

nifestazione circostanziata, ma al contempo di rimanere pur sempre poggiato su di un medesimo fatto di base.

Spostata davanti al “titolo”, l’interpretazione riconduce nuovamente all’area della (variabile) qualificazione *giuridica* criminale di una fattispecie storicizzata *una tantum*; area che dipende dalla cornice di volta in volta dipinta dalla norma incriminatrice, ed in cui possono trovare spazio (in negativo o in positivo) anche l’evento-conseguenza naturalistica ed il nesso eziologico che lo connette alla condotta (si pensi al titolo delittuoso tentato o al titolo del concorso eventuale di persone nel reato, rispettivamente descritti dagli artt. 56 e 110 c.p. in combinato con la singola fattispecie criminosa), nonché la selezione di un particolare atteggiamento psicologico, doloso o colposo («a titolo di colpa», si legge negli artt. 57 e 83 c.p.) o preterintenzionale.

In fondo, *in claris non fit interpretatio*.

Su di un lato sta posto il “fatto” che attiva il procedimento penale, ed il cui riattivarsi è puntualmente escluso dal *ne bis in idem* (*L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale* - comma 1 dell’art. 649 c.p.p.): esso va dunque a trarsi dalla notizia di reato¹⁰, precisamente, dal fatto descritto nei suoi elementi essenziali (come scolpito dall’art. 347 c.p.p.).

Sull’altro lato sta il fatto che costituisce reato, definito compiutamente in ogni elemento costruttivo della rispettiva tipicità legale, ed altresì accompagnato dalla precisazione delle circostanze come dalla relativa qualificazione giuridica: è il contenuto legittimante l’imputazione, a segnare la (successiva) apertura del processo penale. È su questa nozione di fatto tipico che si sorregge del resto la nota linea di demarcazione tra fatto nuovo e fatto diverso, il primo rinviando ad un accadimento assolutamente difforme da quello contestato, emergente per la prima volta in dibattimento e non rinvenibile nel decreto di citazione o rinvio a giudizio. Il secondo (fatto diverso) è invece quello che non solo vada ad integrare una diversa imputazione, ma anche quello che evidenzia aspetti materiali non conformi ai profili contestati nell’imputazione originaria, richiedendo così necessariamente una puntuale ricomposizione degli elementi essenziali del reato¹¹.

¹⁰ «Obbligo di riferire la notizia del reato. 1. Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione».

¹¹ Per una netta linea di demarcazione tra fatto nuovo e fatto diverso, la Cass., Sez. VI, 3 marzo 2005, in *Mass. Uff.*, n. 8368.

In sostanza, il fatto “del processo” è il fatto di reato descritto nei requisiti minimi necessari alla sua individuazione e alla conseguente qualificazione in termini di illecito penale¹². Coerentemente con il ruolo centrale dell'imputazione, difatti, l'art. 417, co. 1, lett. a) e b), c.p.p. prevede che nella richiesta di rinvio a giudizio sia descritto il fatto criminoso, che sia giuridicamente qualificato e che ne sia indicato l'autore¹³. In particolare, a seguito della riforma dell'art. 417, co. 1, lett. b) ad opera dell'art. 18 della legge n. 479 del 1999, il fatto di reato deve essere espresso «in forma chiara e precisa» e deve essere accompagnato dall'enunciazione delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge.

Il *ne bis in idem* si smarca da una simile prospettiva giuridica processuale, abbracciando - s'è letto nell'art. 649 c.p.p. - il più ampio territorio del procedimento penale, guidato dall'obbligatorietà dell'azione. Contempla quindi una distinta (ed altrettanto espansiva) nozione di fatto, che si appoggia - s'è letto nella norma dell'art. 347 c.p.p. - all'essenza della vicenda umana storicizzatasi suscettibile di cogliere l'attenzione del lato penale dell'ordinamento, invariabilmente segnata dalla sua naturale caratterizzazione all'insegna dell'umanità.

Così contornata la questione, non esitano a rientrare in gioco i lineamenti dell'art. 81 c.p., cui fa riferimento proprio la motivazione della indagata sentenza della Corte costituzionale per discriminare l'istituto del concorso formale di reati dal divieto di secondo giudizio.

Col primo comma del disposto in menzione stanno dettati i tratti costitutivi del concorso formale di reati attraverso la distinzione, e successiva connessione, tra due eterogenei piani, rispettivamente giuridico e fattuale: quello giuridico (commissione di più reati), consistente nella plurima violazione della stessa o diversa norma; quello fattuale (commissione di un fatto), consistente nella realizzazione di una (unica) azione/omissione¹⁴.

La possibile eterogeneità dei reati concorrenti, che la norma espressamente sancisce, permette allora di tenere distinto questo successivo passaggio nel territorio giuridico, segnato dalla tipicità del fatto di reato, rispetto ad un pri-

¹² DOMINIONI, *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 818.

¹³ CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1970, 127; CONSO, *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 341.

¹⁴ Per un approfondimento della tematica e degli argomenti giuridici sintetizzati nel testo, si rinvia a FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, 7 ss., in part. 14 s.

mo passaggio attraverso la dimensione concreta e materiale dell'accadimento reale, che il diritto penale sintetizza nell'azione/omissione¹⁵.

La nozione (di condotta) andrà quindi tratta da una prospettiva di stringente ordine naturalistico-umano, mediante un accertamento che si avvalga di comuni criteri empirici.

Si guarda difatti ad una formulazione che letteralmente prescrive la «pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo» per «chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge» (co. 1); ed estende il medesimo effetto punitivo all'ipotesi di «chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge» (co. 2).

Se ne trae come si possa considerare avvenuto il reato al tempo, unico ed unitario, della realizzazione dell'azione (od omissione), anello essenziale di reale congiunzione di molteplici illeciti penali, omogenei o disomogenei che siano. Tant'è: nel punto in cui i piani cronologici degli atteggiamenti intrapresi dall'agente si distaccano – è il contrapposto versante del reato continuato – la diversità temporale delle plurime condotte si sposa con i «tempi diversi» delle plurime violazioni occorse.

In breve, potrà dirsi inquadrato un fatto, ovvero fotografata una situazione di vita, suscettibile di per sé di attivare un procedimento penale, al riscontro di un episodio umano in cui il medesimo agente si renda protagonista di una contiguità di comportamenti fenomenicamente (naturalisticamente) significativi, cioè apprezzandosi attraverso criteri empirici tra cui, primo necessario, il medesimo contesto spazio-temporale.

Accanto, la valutazione empirica lascia apprezzare la medesimezza al cospetto del medesimo (nel genere) oggetto materiale verso cui la condotta si dirige, dell'immutata (identica od omogenea) modalità degli atti, ovvero dell'identico (per categoria) strumento utilizzato¹⁶. È in un materiale storico di tal fatta che potrà leggersi l'integrazione di più reati al momento, successivo, del confronto col dato tipico.

¹⁵ Per la pur ricorrente identificazione dell'unità d'azione nell'unità d'azione tipica v. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 23 ss. Cfr. le distinte opinioni di CAUTADELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 933; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 727.

¹⁶ Per l'unicità dell'azione come contrassegno del fatto storico, BRUNELLI, *Unità comportamentale, unità o pluralità di reati: alcune proposizioni*, in *Studium iuris*, 2002, 893; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 725 ss.

Qua sta, allora, l'essenza del fatto umano che può entrare nel cono della sanzionabilità penale una volta filtrato dalla complessiva tipicità ritratta nella norma incriminatrice.

La riflessione si riporta così al punto di partenza, coinvolgendo la nozione europea di medesimo fatto su cui la disposizione convenzionale radica la garanzia del *ne bis in idem*, e che la recente incursione sul tema operata dalla Corte EDU (Grande Camera), con la sentenza del 15 novembre 2016¹⁷, precisa come *medesima condotta ricostruita secondo le coordinate dell'empiria spazio-temporale, che la stringono in indissolubilità*.

Europa ed Italia parlano con lo stesso linguaggio penale, e parlano di un fatto necessariamente umano.

¹⁷ Corte EDU (grande Camera), 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.