

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

Sezione Saggi

IGNAZIO GIACONA

CONCORSO APPARENTE DI REATI E ISTANZE DI *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Introduzione

Le pronunzie degli ultimi anni della giurisprudenza europea (Corte EDU e Corte di Giustizia dell'UE), relative al principio di *ne bis in idem* tra illeciti (sostanzialmente) penali (pur se formalmente amministrativi), hanno riproposto all'attenzione penalistica la questione del concorso apparente di reati: tema, come si sa, di particolare importanza anche applicativa, che in Italia ha sempre visto contrapposte la dottrina, concorde nell'escludere che il concorso apparente sussista soltanto nei casi di specialità unilaterale tra fattispecie, e la giurisprudenza, sostenitrice invece – sia pure con qualche oscillazione e con motivazioni spesso ambigue – della validità del solo principio di specialità, e pertanto tendenzialmente orientata verso la soluzione rigoristica del concorso *effettivo* di reati.

Nel 2014 la Corte EDU, con la ormai celebre sentenza Grande-Stevens¹, ha ritenuto incompatibile col sistema dei diritti

¹ Sent. 4 marzo 2014, sulla quale v. tra gli altri: 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. - Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, 201 s.; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle soc.*, 2014, 953 s.; UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2017; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, 219 s.

Un anno prima la Corte di Giustizia dell'UE aveva affermato che, qualora sia stata decisa in via definitiva l'applicazione di una sanzione tributaria avente natura sostanzialmente penale, non sarebbe stato più possibi-

umani tutelati dalla Convenzione Europea (e dai suoi protocolli) il doppio trattamento sanzionatorio, penale e amministrativo, sul quale è articolata nel nostro ordinamento la repressione degli abusi di mercato².

La Corte ha affermato anzitutto che il principio del *ne bis in idem* riguarda tutti gli illeciti *sostanzialmente penali*, a prescindere dalla formale qualificazione come reato da parte dell'ordinamento nazionale. E per individuare quando sussista un illecito sostanzialmente penale, la Corte ha rinviato ai tre criteri della sentenza Engel del 1976³: qualificazione come reato da parte dello Stato, ritenuta di per sé da sola sufficiente a imporre le garanzie del sistema europeo dei diritti dell'uomo; in mancanza di tale esplicita indicazione, valgono i due criteri sostanziali, tra loro alternativi, della natura della violazione, e della natura, gravità e scopo della sanzione.

L'assunto centrale della sentenza Grande Stevens muove dall'art. 4, Prot. 7, CEDU, che tutela contro la possibilità di es-

le procedere e condannare in sede penale la stessa persona per lo stesso fatto concreto (sent. 26 febbraio 2013, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, C-617/10).

² E cioè, da una parte gli artt. 184 e 185, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f., testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), che prevedono i delitti di "abuso di informazioni privilegiate" e "manipolazione del mercato"; dall'altra, gli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, t.u.f., che tipicizzano paralleli illeciti amministrativi di competenza della CONSOB.

Occorre tuttavia tener presente che nel 2018 (d.lgs. n. 107, che ha ampiamente modificato il t.u.f. del 1998) il legislatore ha previsto nell'art. 187-*terdecies*, c. 1, t.u.f. che, quando «per lo stesso fatto sia stata applicata a carico del reo (persona fisica o ente) una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB dovranno tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

³ Corte EDU 8 giugno 1976, n. 5100, Engel c. Paesi Bassi.

sere sottoposti una seconda volta a processo per un reato per il quale si sia già stati giudicati, indipendentemente dall'esito assolutorio o di condanna⁴.

Peraltro, circa due anni e mezzo dopo la sentenza Grande-Stevens, la stessa Corte (questa volta nella composizione della *Grande Chambre*) ha mitigato la portata radicale della precedente decisione, ritenendo ammissibile il doppio binario sanzionatorio a certe condizioni: gli illeciti perseguano scopi diversi e puniscano la stessa condotta per motivi differenti; le sanzioni inflitte siano nel loro complesso *proporzionate* all'unico fatto; i due procedimenti siano tra loro coordinati per evitare il più possibile duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove; la doppia risposta sanzionatoria sia giuridicamente prevedibile; infine, non potendosi pretendere la perfetta simultaneità dei due procedimenti, la prosecuzione di uno non comporti per l'interessato uno stato di perdurante incertezza⁵.

A quest'ultima impostazione della Corte EDU hanno poi fatto riscontro, in termini analoghi, la Corte di Giustizia dell'UE⁶

⁴ Art. 4 – *Ne bis in idem*. «1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso. 3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

⁵ Corte EDU, Grande Chambre, sent. 16 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

⁶ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Mencì; C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018, con nota di GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*. V. pure, tra gli altri, CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 949 s.; RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della*

e, proprio mentre il presente lavoro era in corso di stampa, anche la Corte Costituzionale italiana⁷.

Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem, in *Eurojus*, 22 marzo 2018.

In generale, sulla giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* v.: DEAGLIO, *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1436 s.; 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-Padova, 2020, 44 s., 79 s.; TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, in *Giur. it.*, 2020, 932 s.

⁷ Sent. 10 maggio 2022 (16 giugno 2022), n. 149. Riportiamo il comunicato stampa della Corte: «Non può essere cominciato o proseguito un processo penale a carico di una persona che sia già stata sanzionata in via amministrativa per la medesima violazione dei diritti d'autore. Lo ha stabilito la Corte costituzionale con la sentenza n. 149, depositata oggi (redattore Francesco Viganò), accogliendo, per la prima volta, una questione sollevata dal Tribunale di Verona sull'articolo 649 del codice di procedura penale, sotto il profilo del suo contrasto con il diritto al *ne bis in idem* così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella fattispecie, il titolare di una copisteria era già stato sanzionato dal Prefetto al pagamento di una sanzione pecuniaria di quasi 6.000 euro per avere fotocopiato abusivamente dei libri di testo. Dal momento che per lo stesso fatto la legge n. 633 del 1941 prevede anche una pena detentiva e una multa, l'interessato era stato rinviato a giudizio davanti al Tribunale. Il Tribunale aveva osservato che l'articolo 649 c.p.p. vieta di sottoporre a un secondo giudizio un imputato già assolto o condannato in un altro processo penale, ma non esclude che l'imputato possa essere giudicato penalmente per un fatto per cui sia già stato sanzionato in via amministrativa. Tuttavia, il giudice aveva inviato gli atti alla Consulta, chiedendole di verificare se, in questo caso, la sottoposizione a un processo violasse comunque il diritto al *ne bis in idem*, sancito dal Protocollo n. 7 alla Convenzione europea. La Corte ha ritenuto fondata la questione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 649 c.p.p. là dove non prevede che il giudice pronunci il proscioglimento o il non luogo a procedere nei confronti di un imputato per un delitto in materia di diritto d'autore che, in relazione allo stesso fatto, sia già stato sottoposto a un procedimento amministrativo di carattere punitivo, ormai definitivamente concluso. La Consulta ha affermato che il diritto al *ne bis in idem* mira anzitutto a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un secondo procedimento. Ha quindi riconosciuto carattere punitivo alle sanzioni pecuniarie previste in materia di diritto

In queste pagine ci proponiamo di analizzare le implicazioni di tali sentenze nell'ambito del nostro diritto penale sostanziale. In tal senso, nel *primo capitolo* ci soffermeremo sul problema della distinzione tra concorso formale e apparente di reati dal codice Zanardelli a oggi, dal punto di vista sia della disciplina normativa, sia delle elaborazioni dottrinarie. E ciò al fine di valutare l'opportunità di un ritorno, *de iure condendo*, alla disciplina contenuta nell'art. 78 del codice del 1889, che prevedeva in ogni caso il criterio dell'*assorbimento*: «Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave».

Nel *secondo capitolo* esamineremo la giurisprudenza assai copiosa delle Sezioni Unite della Cassazione sul concorso apparente di reati. In questa analisi procederemo tenendo presente che, «in considerazione delle persistenti ambiguità rilevabili nell'elaborazione giurisprudenziale della materia, nel riportare la casistica più recente appare preferibile prescindere dalla menzione dei criteri di volta in volta richiamati dalla prassi applicativa, e limitarsi ad accennare alle ipotesi nelle quali il concorso apparente è stato ammesso o escluso»⁸.

Pertanto, esamineremo la giurisprudenza delle Sezioni Unite sia nelle enunciazioni teoriche sia nelle scelte concrete, per ve-

d'autore e ha escluso che tra queste sanzioni e le pene previste per gli stessi fatti esista una connessione sufficientemente stretta da far apparire le due risposte sanzionatorie come una risposta coerente e sostanzialmente unitaria a questa tipologia di illeciti. Pertanto, la duplicazione di sanzioni – e prima ancora di procedimenti – per la medesima violazione determina sofferenze e costi ingiustificati per la persona interessata; per evitarli, è necessario che il procedimento penale si concluda non appena la sanzione amministrativa già irrogata nei suoi confronti diventi definitiva. La Corte ha peraltro sottolineato che il rimedio così introdotto, pur necessario per evitare la violazione del diritto fondamentale dell'imputato, non basta a rendere razionale il sistema, che consente comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo. Ha dunque invitato il legislatore a eliminare questa disarmonia, nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei sistemi di doppio binario sanzionatorio ancora vigenti».

⁸ FIANDACA, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di FORTI-SEMINARA-ZUCCALÀ, 6^a ed., Padova, 2017, *sub* art. 15, par. V, 61.

rificare quali criteri, al di là delle affermazioni di principio, sono stati effettivamente seguiti. Tenendo presente, in ogni caso, che l'insegnamento nomofilattico della Cassazione a favore della specialità unilaterale è un chiaro indicatore della generale *tendenza rigoristica* della giurisprudenza, volta all'ampliamento delle ipotesi di concorso effettivo di reati.

Nel *terzo capitolo* prenderemo in considerazione le posizioni più recenti della dottrina e della giurisprudenza.

Nel *quarto* approfondiremo il criterio di consunzione nel suo modo di operare secondo il parametro del "quadro normale di vita"⁹.

Infine, nell'*ultimo capitolo* ci soffermeremo sul riferimento, effettuato dalle Corti europee, del *ne bis in idem* al fatto concretamente verificatosi e non alle astratte norme incriminatrici¹⁰. Per cui il collegamento che si presenta più diretto riguarda il criterio di *consunzione* che, come si sa, configura il concorso apparente di reati in relazione a una situazione concreta¹¹. Il

⁹ Come si sa, la teoria della consunzione è attualmente sostenuta da una parte rilevante della dottrina: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 8^a ed., Bologna, 2019, 728 s.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 10^a ed., Milano, 2021, 601 s.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, 9^a ed., a cura di MILITELLO-PARODI-GIUSINO-SPENA, Milano, 2020, 228 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3^a ed., Milano, 2004, 184 s.

¹⁰ Cfr., ad es.: CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem in Italia tra fonti nazionali ed europee*, in *Rev. bras. de direito processual penal*, vol. 4, n. 3, 2018, 962 s.; CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, cit., 950 s.; TRIPOLI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it., dir. e proc. pen.*, 2017, 1058 s.

¹¹ È pur vero che anche il criterio di *specialità* è stato inteso da taluni Autori *in concreto*, con riferimento cioè non alle fattispecie astratte ma all'effettivo fatto storico (è la nota teoria di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 16^a ed., a cura di CONTI, Milano, 2003, 157 s.; hanno aderito a questa impostazione, tra gli altri, CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. e trasporti*, 1964, 1 s.; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, 1013 s.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 s.; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 211; NEPPI-MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 881 s.).

punto, però, va attentamente vagliato, dovendosi chiarire se le Corti si sono riferite al principio del divieto di doppio giudizio anche in una prospettiva *sostanziale*. Pertanto dovremo approfondire lo spinoso problema del rapporto tra i due *ne bis in idem*.

In ogni caso, un dato è certo: non è possibile pensare che il problema del concorso di norme possa essere risolto attraverso il ricorso al solo criterio di specialità *unilaterale*, come invece continua tuttora ad affermare la nostra giurisprudenza, la cui tendenza rigoristica a restringere al massimo le ipotesi di concorso apparente si colloca oggi fuori da ogni contesto, anche europeo.

Un particolare ringraziamento a Giovanni Fiandaca e Ferdinando Albeggiani per le indicazioni sempre assai preziose.

Si tratta però di una tesi che, per quanto autorevolmente sostenuta, è assai risalente e per tanti versi superata. V. ad es. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 177: «la *critica di questa impostazione* è agevole. Quando si interpreti “stessa materia” come “stesso fatto concreto (comunque) riconducibile a più norme”, intanto, si è palesemente *al di fuori del rapporto di specialità* al quale si riferisce l’art. 15. Inoltre, la specialità in concreto non è in grado di distinguere i casi da risolvere in un *concorso apparente* da quelli che, corrispondendo parimenti l’accadimento concreto a più norme, siano invece da qualificare come casi di *concorso reale di norme* (e di reati). Infine, riconosciuta una specialità in concreto, non si è in grado di conoscere, o meglio non si è in grado di conoscere *con il criterio stesso della specialità*, quale sia la norma (speciale, appunto) che tra quelle in questione debba trovare applicazione eliminando il concorso (rivelatosi apparente) dell’altra».

CAPITOLO I

Il concorso apparente di reati dal codice Zanardelli a oggi

SOMMARIO: 1. Il regime dell'assorbimento previsto dal codice Zanardelli nei casi di concorso apparente e formale, e la svolta autoritaria del codice Rocco. – 2. I criteri d'individuazione del concorso apparente oggi più accreditati in dottrina: “consunzione” e “specialità reciproca”. – 3. *De iure condendo*, l'auspicabile equiparazione tra concorso formale e apparente, secondo la prospettiva di vari ordinamenti europei.

1. *Il regime dell'assorbimento previsto dal codice Zanardelli nei casi di concorso apparente e formale, e la svolta autoritaria del codice Rocco*

Il problema del concorso apparente di norme – la cui complessità è stata efficacemente espressa con varie metafore: «vero ginepraio»¹, «matassa arruffata»², «congegno cervellotico»³, ecc.⁴ – si è posto nel nostro ordinamento soprattutto con l'entrata in vigore del codice Rocco, che ha espressamente distinto i casi di concorso apparente (art. 15 c.p.) da quelli di concorso formale (art. 81, c. 1, c.p.), prevedendo per quest'ultimo

¹ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, vol. I, *Il reato*, Milano, 1943, 275.

² *Ivi*, 264.

³ PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1224.

⁴ Per ulteriori analoghe espressioni, v. PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, parte generale, vol. II, Torino, 2013, 937.

addirittura il *cumulo materiale delle pene*⁵. E ciò a differenza del codice Zanardelli, che stabiliva in ogni caso il principio di *assorbimento*: «Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave» (art. 78).

Invero, questa parificazione di trattamento era comunemente condivisa dalla dottrina dell'800, nella quale, guardandosi al reato in una prospettiva marcatamente naturalistica, si discuteva addirittura se si fosse in presenza di reato unico, affermandosi l'unitarietà del fatto e del coefficiente psicologico⁶. E in termini analoghi si esprimeva anche la giurisprudenza, che riteneva che, «se pure vi fossero due distinte infrazioni della legge penale, evidentemente esse sono determinate da un'unica spinta, da un'unica intenzione, costituiscono un'unica azione criminosa. Sarebbe in tal caso enorme cosa lo applicare, come si è fatto, distinte pene; la severità del giudice non può andare disgiunta dall'equa ragione, né può eccedere l'applicazione della più grave delle pene diverse incorse»⁷.

Evidentemente, si tratta di argomentazioni facilmente criticabili, essendo ovvio che, dal punto di vista giuridico-penalistico, vi sono una pluralità di condotte tipiche e di elementi psicologici. Di conseguenza, appare discutibile l'equiparazione di trattamento effettuata dal codice Zanardelli tra concorso formale e apparente, perché nel primo caso ci sono più reati, nel secondo uno solo. D'altra parte, è assai poco convincente l'impostazione del testo originario del codice del 1930 di prevedere il cumulo materiale di pene per il concorso formale, essendo ben più grave la realizzazione di reati in tempi diversi, attraverso più deliberazioni criminose⁸.

⁵ Come si sa, solo con l'art. 8, d.l. n. 99 del 1974, conv. in l. n. 220 del 1974, si è introdotto l'attuale regime del *cumulo giuridico*.

⁶ Sul punto v. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, 17 s.

⁷ Cass. Roma, s.u., 21 novembre 1887, Memé, in *Foro it.*, 1888, II, 319. Questa impostazione non era però comunemente condivisa: per decisioni di segno opposto, v. BRUNELLI, *Azione unica*, cit., 16 s.

⁸ Sul punto v., anche per riferimenti bibliografici, VALLINI, *Concorso di*

Ciò considerato, l'opportunità della scelta del codice del 1889 di equiparazione tra concorso formale e apparente con la previsione per entrambi del criterio di assorbimento, va valutata bilanciando la maggiore congruità di un regime penale differenziato con gli ardui problemi che pone l'individuazione del concorso apparente di reati. Invero, come vedremo anche successivamente⁹, sembra preferibile la soluzione dell'equiparazione, considerati i grandi vantaggi in termini di semplificazione del giudizio e che l'esigenza di distinzione tra le due ipotesi potrebbe trovare risposta in sede di commisurazione della pena. Vero è che in questo modo il problema della distinzione tra concorso apparente e formale si riproporrebbe nel momento di determinazione della pena nell'ambito della forbice edittale, ma certamente la sua importanza si ridimensionerebbe, perché in ogni caso si punirebbe per un unico reato e il confine tra le due ipotesi risulterebbe comunque meno rigido.

Del resto, proprio nel senso della valorizzazione del momento di commisurazione della pena si esprimeva il codice penale toscano del 1853, che all'art. 81 così stabiliva: «se un'azione può costituire più titoli di delitto, dee sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave; e questa pena, ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto». Come spiegava Puccioni, in tal modo il codice toscano da una parte prevedeva l'assorbimento della pena più lieve in quella più grave, dall'altra, «siccome l'azione criminosa di per se stessa portante la violazione di più diritti, merita un accrescimento di pena, così ingiunge ai magistrati medesimi di procedere all'accrescimento stesso, entro i limiti legali di quella da applicarsi»¹⁰. In sostanza, a parte le ipotesi di pene fisse, era «necessario che il giudice, una volta fissata la pena per il reato

norme e di reati, in AA.VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di PALAZZO-PALIERO, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2011, 302 s.

⁹ Cap. I, par. 3.

¹⁰ PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, vol. II, Pistoia, 1855, 265.

più grave, indicasse espressamente nella sentenza la misura del disposto accrescimento: con linguaggio moderno chiameremmo questa tecnica un *cumulo giuridico intraeditale*»¹¹.

Ritornando all'analisi dell'art. 78 cod. Zanardelli, per la dottrina dell'epoca risultava assai arduo spiegare la disciplina ivi prevista «in termini di elisione della pluralità in un'unica realtà di reato, cioè dar conto della "sparizione" delle altre lesioni giuridiche pur realizzate dal colpevole. Quella sparizione a cui il codice faceva riferimento dettando la regola dell'applicazione di una unica pena corrispondente a quella di un solo reato, seppure la più grave. Questo "disagio" degli Autori costituisce una spia di quella tendenza che pian piano prenderà vigore, sino a manifestarsi con tutta evidenza nella opposta scelta operata dal codice Rocco, volta a differenziare il concorso ideale sia dal reato unico, sia dal concorso apparente di norme, per ravvisarvi o una autentica pluralità di reati, o, al più, una unità soltanto fittizia. (...) Al riguardo Impallomeni ed Alimena tengono a precisare che l'art. 78 sancisce "prevalenza di pena e non prevalenza di reato", nel senso che il reato unico che residua dal concorso non è uno di quelli originari che finisce per assorbire su di sé anche gli altri, bensì quello che si compone di tutti i diversi titoli che l'unico fatto integra. Ciò secondo Impallomeni risulta dalla lettera della legge: essa sancisce non l'applicazione della disposizione di legge che stabilisce la pena più grave, quanto piuttosto, in presenza di un fatto unico che *viola diverse disposizioni di legge*, l'applicazione della pena che figura nella disposizione di legge che prevede la pena più grave»¹².

In questo senso, considerata anche la prospettiva normativista propria del tecnicismo giuridico imperante al momento di compilazione del codice '30, risulta agevole comprendere il passaggio ivi operato alla netta distinzione tra concorso apparente di norme (art. 15 c.p.) e concorso formale (art. 81, c. 1, c.p.). Infatti, come spiegava il ministro Alfredo Rocco nella sua relazio-

¹¹ BRUNELLI, *Azione unica*, cit., 19, nt. 28.

¹² BRUNELLI, *ivi*, 39 s., dove si cita in nota IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, vol. I, Firenze, 1890, 270 s.

ne al progetto definitivo, nel caso del concorso apparente di norme «il reato rimane unico, nonostante la pluralità delle norme giuridiche che lo prevedono, e si è fuori quindi dall'istituto del concorso di reato»; nell'ipotesi del concorso formale di reati, «invece, alla pluralità effettiva dei beni violati corrisponde una pluralità d'infrazioni giuridiche, nonostante l'apparente unicità del processo esecutivo, con cui esse sono commesse, e si versa, quindi, precisamente in tema di concorso di reati»¹³.

Così, col codice del 1930 il concorso apparente di norme è diventato uno dei temi più dibattuti del nostro sistema penale. Infatti, prima «dell'entrata in vigore del nuovo codice, l'argomento era, nella nostra dottrina, quasi completamente trascurato. Ma ciò non conduceva, in pratica, a gravi inconvenienti, poiché, se anche i casi di concorso di più norme penali, venivano considerati e risolti in base al disposto dell'art. 78 vecchio codice, concernente il concorso formale di reati, la soluzione finiva per esser, il più delle volte, ugualmente corretta. Il concorso ideale di reati era, infatti, nel vecchio codice sostanzialmente trattato come un concorso di norme (...). Ma con il nuovo codice la situazione è mutata (...). Oggi, pertanto, il problema della distinzione fra concorso di norme e concorso di reati non presenta più un interesse esclusivamente teorico, ma anche un interesse pratico di grandissimo rilievo»¹⁴.

A livello applicativo, infatti, «il problema che attanaglia i giudici è sempre quello dell'alternativa unità-pluralità di reati (...). Per esempio, la *vexata quaestio* del rapporto tra falso in scrittura privata e truffa, in cui il *novum* non è solo inciso sulle regole generali in materia di concorso, risultando anche dall'aggiunta del dolo specifico di profitto nella fattispecie del falso (cfr. art. 280 c.p. Zanardelli e art. 485 c.p. Rocco), viene impostata dai giudici nel senso che si tratta di vedere se la figura del falso

¹³ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte I, Roma, 1929, 131 s.

¹⁴ DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104.

possa inglobare quella della truffa, o viceversa, come un reato complesso ingloba il reato componente; perché se la risposta è negativa, l'esito della pluralità dei reati è scontato. Tale esito, a cui la giurisprudenza finì per giungere pressoché unanimemente, opposto a quello a cui perveniva nel vigore del codice Zanardelli, fu dettato, in sostanza, molto più dal restringimento dell'area del concorso apparente di norme»¹⁵.

Peraltro, il problema del concorso apparente di reati e della sovrapposizione di fattispecie incriminatrici, è acuito in un codice penale come il nostro improntato, come si sa, alla «tendenza verso le distinzioni e sottodistinzioni, allo spezzettamento e alla triturazione dei concetti»¹⁶. Infatti, la «maggiore estensione del codice italiano non deriva da una maggiore ampiezza della materia regolata, la quale è all'incirca dovunque la stessa: deriva esclusivamente dalla diversità del metodo seguito nella sua compilazione. Mentre fuori d'Italia si è adottato il metodo della sintesi, da noi si è preferita la minuta specificazione, la previsione particolareggiata delle ipotesi delittuose. *Il codice Rocco era ed è rimasto un codice eminentemente casistico*. E le novelle che lo modificano o integrano non solo continuano a battere la stessa strada, ma talora la esasperano»¹⁷.

Inoltre, nel diritto penale della “decodificazione” si assiste a «una “penalizzazione a tappeto” che smarrisce totalmente i canoni di frammentarietà e tipicità: la norma incriminatrice segue pedestremente la disciplina amministrativa offrendo la pena come strumento per assicurarne l'osservanza. Si moltiplicano in modo esponenziale i profili di rilevanza penale individuabili nei nuovi quadri di vita: si pensi, ad esempio, ai numerosi reati immaginabili nel contesto dell'acquisto di prodotti alimentari, posto che degli stessi può risultare simultaneamente tutelata la composizione, l'origine, il marchio, la denominazione, lo

¹⁵ BRUNELLI, *Azione unica*, cit., 112 s.

¹⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, vol. I, 15^a ed., a cura di GROSSO, Milano, 2008, 11.

¹⁷ ANTOLISEI, *ibidem*, 11.

stato di conservazione, l'idoneità dei locali ove sono tenuti, la gestione degli imballaggi, degli scarti, ecc.»¹⁸.

2. I criteri d'individuazione del concorso apparente oggi più accreditati in dottrina: "consunzione" e "specialità reciproca"

È a tutti noto il successivo dibattito sul concorso apparente di reati e sui relativi criteri d'individuazione. Pertanto, ci soffermeremo qui soltanto sulle due teorie oggi più accreditate in dottrina: *consunzione* e *specialità reciproca* (della posizione della giurisprudenza ci occuperemo in séguito, nel cap. II).

In base alla prima, come si sa, il concorso di reati sarebbe apparente «in tutti i casi, nei quali l'esperienza della vita afferma che il quadro normale di un certo tipo di reato comporta anche la realizzazione di un'altra fattispecie, che prevede un reato meno grave. Dietro il tipo formale del reato, come emerge dalla descrizione della legge, sta un tipo sostanziale, cioè quella immagine del modo di verificarsi del reato, che ha guidato il legislatore nello stabilirne il regime penale. Così, il quadro normale del delitto di omicidio comporta il danneggiamento dei vestiti della vittima (ma non anche il danneggiamento di altri oggetti); il quadro normale del delitto di violenza sessuale comporta che prima siano compiuti atti di minore gravità; e così

¹⁸ PAPA, *Concorso di norme*, cit., 946. Cfr. pure FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., cit., 730 s.: «il fenomeno della "artificiosa proliferazione" delle fattispecie incriminatrici (...) si è manifestato anche in tempi a noi molto vicini. Si allude soprattutto alla legislazione anti-terrorismo, che ha introdotto nuove figure di reato politico subisca *più di una qualificazione penale*. Da qui la necessità, per l'interprete, di escludere il concorso di reati facendo ricorso ritagliate su fatti per vero già punibili mediante le preesistenti fattispecie politiche del codice Rocco. La sovrapposizione di queste nuove figure di reato – prive di autonoma funzione repressiva e obbedienti soprattutto a finalità "simbolico-espressive" – alle corrispondenti incriminazioni codicistiche ha finito con l'aggravare il rischio che *uno stesso fatto delittuoso subisca più di una qualificazione penale*».

via. Poiché si deve supporre che la valutazione contenuta nella norma (e, quindi, anche la sanzione penale) sia proporzionata a questo quadro normale di realizzazione del reato, è evidente che la punizione per l'altro reato sarebbe solo una duplicazione della pena inflitta per il primo. Se si effettuasse questa punizione, sarebbe violato il principio del *ne bis in idem* sostanziale»¹⁹.

Benché il criterio di consunzione sia seguito da una parte rilevante della dottrina contemporanea²⁰, si obietta che esso sarebbe troppo elastico e perciò in contrasto col principio di determinatezza; ed è per questo motivo che la giurisprudenza l'ha sempre guardato con particolare diffidenza.

Di queste critiche si parlerà in varie occasioni nel corso di questo lavoro. Si può comunque sin da ora evidenziare che esiste un nucleo di situazioni nelle quali il criterio di consunzione risulta di agevole applicazione, e che, ferma restando l'indiscussa esigenza di cercare di ricostruire in termini più stringenti le categorie penalistiche, l'elasticità del principio di consunzione non è poi maggiore, ad es., dei criteri di distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, di valutazione della rilevanza del contributo del compartecipe nel concorso di persone, ecc.

Del resto, la garanzia della determinatezza della norma penale risponde a istanze di *favor libertatis*, e opera quindi per le disposizioni incriminatrici o comunque sfavorevoli, e non anche per istituti che tendono a restringere la punibilità, come il concorso apparente di reati.

Peraltro, occorre pure considerare che, come si è visto nel paragrafo precedente, il codice Zanardelli non distingueva tra concorso apparente e formale, prevedendo che colui «che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave» (art.

¹⁹ PAGLIARO, *Principi*, p.g., cit., 230 s.

²⁰ A favore del principio di consunzione v. ad es., oltre a PAGLIARO, *ivi*, 228 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., cit., 728 s.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale*, p.g., cit., 601 s.; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., 184 s. Cfr. altresì B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 265 s., dove si preferisce la denominazione di "continenza di valore".

78). Infatti, la questione del concorso apparente di norme è una delle tante conseguenze dell'ideologia autoritaria del codice Rocco, che addirittura prima della novella del 1974 puniva il concorso formale col *cumulo materiale*.

Di conseguenza, se in una prospettiva *de lege ferenda* appare auspicabile il ritorno all'impostazione del codice Zanardelli, *de iure condito* sembra oggi indispensabile ricorrere a criteri d'individuazione del concorso apparente di reati che vadano ben oltre quello di specialità, l'unico cioè espressamente previsto dal codice Rocco. Infatti, se gli intenti del legislatore storico del '30 sono stati certamente rigoristici, bisogna tener presente che «nei limiti invalicabili della legge va attribuito valore prevalente allo scopo della norma, che non è quello propostosi dai compilatori della legge (interpretazione soggettiva), ma lo *scopo oggettivamente inteso* (interpretazione oggettiva), come tale suscettibile di mutamenti col variare della realtà sociale, onde è possibile una *interpretazione evolutiva*»²¹.

Come si diceva, altra parte non meno autorevole della dottrina contemporanea sostiene la teoria della c.d. *specialità bilaterale* o *reciproca*, secondo cui la relazione di specialità sussisterebbe anche quando nessuna norma è speciale o generale, perché entrambe presentano, accanto a un nucleo di elementi comuni, elementi specifici e generici rispetto a quelli corrispondenti dell'altra²².

In questa prospettiva, per stabilire quale sarebbe la norma prevalente, alcuni Autori hanno affermato che tale sarebbe di regola quella che prevede *il trattamento penale più severo*²³. Tuttavia, a questa tesi non è stato molto difficile obiettare che in tal modo si ricorrerebbe a un criterio *di valore* che «nulla ha

²¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 10^a ed., Padova, 2017, 28.

²² In tal senso v. soprattutto: G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, *passim*; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, *passim*; ID., *Diritto penale*, p.g., cit., 469 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 12^a ed., Milano, 2019, 474 s.

²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., cit., 473 s.

che fare col principio di specialità»²⁴. Inoltre, è stato pure osservato che seguendo la teoria della specialità reciproca si perverrebbe ad affermare il concorso *apparente*, ad es., tra le fattispecie di violenza sessuale e incesto, mentre in base al criterio di consunzione vi sarebbe ben più correttamente un concorso *effettivo* di reati, mancando un rapporto di normale implicazione tra violenza sessuale e incesto²⁵. D'altra parte, occorre anche tener presente che in base alla teoria della specialità reciproca ci sarebbe un concorso effettivo di reati in caso di omicidio con danneggiamento dei vestiti della vittima, forati dai colpi dell'arma, mentre è ben più plausibile la soluzione dell'unicità di reato cui conduce il criterio di consunzione, essendo unico il disvalore penalistico.

In altri termini, il *formalismo* proprio della tesi della specialità reciproca, pur rispondendo a istanze di determinatezza nel richiedere una sovrapposizione almeno parziale delle fattispecie, porta però in non pochi casi a conseguenze abnormi rispetto all'esigenza di *ne bis in idem* sostanziale, per un fatto cioè essenzialmente unitario.

Altra non meno autorevole dottrina ha riformulato la teoria della specialità reciproca in modo più articolato. In particolare, si è affermato che il concorso di norme sarebbe apparente qualora le fattispecie presentino elementi in parte identici e in parte specifici, dal momento che quello specifico «è, per definizione, ricompreso nell'elemento generico, di cui rappresenta uno dei possibili contenuti (...). Anche la *specialità unilaterale per aggiunta* (come, ad es., nel caso dell'art. 605 c.p. e dell'art. 630, c. 1, c.p.) è compatibile con l'identità della materia regolata, perché, essendo l'elemento aggiuntivo estraneo alla fattispecie generale, non è possibile stabilire alcuna relazione di diversità tra gli elementi costitutivi: nella fattispecie generale manca per l'appunto un termine correlativo che possa essere qualificato come diverso. Parimenti compatibile con l'identità della materia regolata è la *specialità reciproca parte per specificazione e par-*

²⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.g., cit., 726.

²⁵ In tal senso PAGLIARO, *Principi*, p.g., cit., 218, nt. 12.

te per aggiunta, quando cioè una sola delle due fattispecie presenti elementi aggiuntivi rispetto all'altra (...). L'identità di materia è invece da escludere nella *specialità reciproca bilateralmente per aggiunta*, quando cioè ciascuna delle fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo, il cui raffronto conduce ineluttabilmente a riscontrare ch'essi sono diversi»²⁶.

Inoltre, per quanto attiene all'individuazione della norma prevalente, si è affermato che «occorre rifarsi a indici diversi. In primo luogo, come suggerisce lo stesso art. 15 c.p., riferendosi alla specialità tra “leggi”, si considererà la eventuale specialità tra complessi normativi nel cui contesto le due norme siano inserite: così, la norma sul ricorso abusivo al credito prevarrà sull'insolvenza fraudolenta in quanto contenuta in una “legge” (quella fallimentare) che è “speciale” rispetto al c.p., essendo destinata a regolare rapporti peculiari estranei alla disciplina comune codicistica. Se il criterio non può esser utilizzato, si ricorrerà in secondo luogo al criterio della *specialità tra soggetti*: la norma indirizzata ad una cerchia determinata di soggetti individua di per sé, in questo elemento, una ragione sufficiente di applicabilità esclusiva. Così, nel concorso tra art. 619² e art. 616² c.p. (che è apparente, perché l'art. 619² c.p. risulta speciale per specificazione quanto a soggetti, mentre l'art. 616² c.p. è speciale per aggiunta in quanto prevede che dal fatto derivi “nocumento”) deve prevalere l'art. 619² c.p. in quanto riferito in via esclusiva all'“addetto al servizio delle poste, dei telegrafi e dei telefoni”. Se neppure questo criterio è praticabile, occorrerà far capo alla fattispecie dotata di un *maggior numero di elementi specializzanti*, e per questo più aderente al fatto oggetto di convergenza e, quindi, più “specifico”»²⁷.

Con queste precisazioni in ordine all'individuazione della norma prevalente, sono stati tracciati dei criteri diversi da quello del reato punito più gravemente, superando così l'obiezione sopra citata della commistione tra criteri logici e di valore.

Si tralascia qui l'approfondimento di questi aspetti, ritenen-

²⁶ PADOVANI, *Diritto penale*, p.g., cit., 475.

²⁷ *Ivi*, 476.

do prioritario valutare la generale plausibilità della teoria della c.d. specialità reciproca per specificazione e per aggiunta.

Infatti, considerando le ipotesi esemplificative addotte dalla dottrina in esame, emergono varie perplessità. Così, ad es., per quanto riguarda i rapporti tra violenza privata (art. 610 c.p.) e violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.), si è affermato che «mentre la norma sulla violenza privata è “speciale” per “aggiunta” perché richiede l’effettiva costrizione del soggetto passivo, l’art. 611 c.p., a sua volta, è speciale per “specificazione”, in quanto considera una delle possibili *species* in cui può articolarsi il comportamento coartato (il “commettere un reato”)»²⁸. In proposito, va tuttavia osservato che il fine di «costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato», previsto dall’art. 611 c.p., è comunemente considerato *dolo specifico*²⁹, e che quest’ultimo è normalmente qualificato dalla stessa dottrina in esame in altre ipotesi esemplificative come elemento “aggiuntivo”³⁰. In tale prospettiva (forse preferibile, data la particolare natura del dolo specifico) il rapporto tra i due reati sarebbe in realtà di concorso effettivo; per cui, qualora la persona coartata commetta il reato, l’autore della violenza o minaccia dovrebbe rispondere non soltanto del reato realizzato e di quello di cui all’art. 611 c.p., ma anche – in modo evidentemente incongruo – di violenza privata (art. 610 c.p.)³¹.

²⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 62.

²⁹ V., anche per ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza, DE SIMONE, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di FORTI-SEMINARA-ZUCCALA, 6^a ed., Padova, 2017, *sub* art. 611, par. V, 2082: «La lettera della legge non lascia adito a dubbi in ordine al fatto che il reato (...) sia *a dolo specifico*».

³⁰ V. ad es. G.A. DE FRANCESCO, *ibidem*: «l’art. 501 c.p. è speciale per “aggiunta” rispetto all’art. 2628 c.p., dal momento che presenta l’elemento “ulteriore” del dolo “specifico” (“fine di turbare il mercato interno”)»; *ivi*, 58: il dolo specifico del sequestro di persona a scopo di estorsione «è estraneo e ulteriore rispetto all’art. 605 c.p., costituendo un elemento “aggiuntivo” rispetto alla fattispecie contemplata in quest’ultimo»; e *passim*.

³¹ Nel senso del concorso effettivo tra lo specifico reato commesso dal coartato e quello di cui all’art. 611 c.p., v. ad es. MARINI, *Delitti contro la*