



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI**  
**FEDERICO II**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO

XXVIII CICLO

TESI DI DOTTORATO

**Unità e pluralità di reati**  
**in un sistema penale teleologicamente orientato**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Sergio MOCCIA

Tutor:

Chiar.mo Prof. Antonio CAVALIERE

Candidata:

Flavia ACCARDO

## Introduzione

### I termini del problema

1. Ambiguità del sistema penale circa l'unità o pluralità di reati .....	1
2. La rilevanza sostanziale delle questioni .....	7
3. Concezione naturalistica e normativa del reato unico. Cenni intorno al dibattito dottrinale.....	12
4. Organizzazione della ricerca .....	16

## Capitolo I

### La convergenza apparente di norme

1. L'alternativa tra pluralità apparente e qualificazioni giuridiche multiple. Premessa.....	20
2. La <i>vexata quaestio</i> della convergenza apparente di norme .....	21
2.1 Convergenza o concorso: una premessa terminologica.....	23
2.2 Impostazione del problema in termini di validità o di efficacia.....	25
3. La disciplina della convergenza apparente nell'impostazione del 1930 .....	28
4. Il dibattito sui presupposti della convergenza.....	31
4.1 I possibili rapporti strutturali tra le fattispecie .....	37
5. Il criterio della specialità. Cenni alle principali tesi monistiche.....	45
6. Cenni alle principali teorie pluralistiche .....	49
6.1 Il criterio di sussidiarietà.....	51
6.2 Il criterio dell'assorbimento o consunzione .....	54
6.3 Il criterio dell'alternatività .....	57
7. Il <i>ne bis in idem</i> come possibile fondamento del concorso apparente di norme.....	58
8. Cenni alla disciplina tedesca della <i>Gesetzeskonkurrenz</i> .....	59
9. Ulteriori cenni di comparazione .....	63
10. Le soluzioni <i>de lege ferenda</i> in materia di concorso apparente di norme .....	65
11. Unità o pluralità di illecito e doppio binario sanzionatorio .....	73
11.1 La convergenza reale o apparente di norme penali e norme amministrative .....	81
11.2 La giurisprudenza comunitaria in materia di <i>ne bis in idem</i> .....	86
12. Cogenza, contenuto e limiti del principio del <i>ne bis in idem</i> .....	88
12.1 Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale come uno dei limiti costituzionali alla previsione legislativa della pluralità di fattispecie.....	90

## Capitolo II

### L'unificazione legislativa di plurime violazioni di leggi

1. Il reato complesso .....	94
-----------------------------	----

1.1 L'unificazione di violazioni plurime e i suoi limiti .....	100
1.2 I rapporti tra la fattispecie complessa e le fattispecie base .....	107
2. Le aggravanti complesse ai sensi dell'art. 68 c.p.....	112
3. Il reato progressivo .....	115
4. Progressione criminosa .....	116
5. Antefatto e postfatto non punibile.....	118
5. L' <i>aberratio ictus</i> e l' <i>aberratio delicti</i> .....	119

### **Capitolo III**

#### **Pluralità di reati e suo trattamento sanzionatorio**

1. I problemi legati alla sussistenza di una pluralità di reati.....	124
2. La disciplina del concorso materiale di reati .....	125
3. Il concorso formale di reati e l'unità di azione o omissione.....	126
3.1. Il problema dell'unità o pluralità di azione nel concorso formale di reati, tra qualificazioni giuridiche multiple e disciplina della pluralità di reati .....	127
3.2 Il raffronto con il § 52 StGB .....	130
3.3. Il concetto di azione o omissione unica nel concorso formale.....	133
4. Il reato continuato: evoluzione storica, elementi costitutivi ed aspetti problematici .....	136
4.1. Il fondamento dommatico di un trattamento sanzionatorio di favore.....	144
4.2. Reato continuato o continuazione criminosa: la discussa natura unitaria o plurima .....	151
4.3. Riflessioni <i>de iure condendo</i> .....	154
5. Il trattamento sanzionatorio dei reati in concorso o in continuazione.....	157
5.1. I modelli sanzionatori storicamente adottati e i relativi problemi applicativi .....	157
5.2. La connessione di reati .....	165
5.3. Osservazioni critiche sul trattamento sanzionatorio della pluralità di reati .....	168

### **Conclusioni**

#### **Unità o pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato**

1. Conclusioni <i>de iure condito</i> .....	171
2. Prospettive <i>de iure condendo</i> .....	175

*A Ilaria  
e a quella parte di me,  
che le assomiglia  
(o prova ad assomigliarle)*

## Introduzione

### Il problema dell'unità o pluralità di reati

#### 1. Ambiguità del sistema penale circa l'unità o pluralità di reati

La teoria del reato svolge la funzione di selezionare fatti tipici socialmente dannosi, che, se anti-giuridici e attribuibili ad un soggetto che ne è personalmente responsabile, possono essere assoggettati ad una pena che svolga la funzione costituzionale di integrazione sociale<sup>1</sup>.

La realtà fenomenica sottoposta al giudizio dell'interprete, però, molto spesso è complessa e non consente una pacifica sussunzione all'interno di una singola fattispecie penale<sup>2</sup>.

Nei casi di scuola, ci si interroga sulla punibilità dell'agente che contestualmente procura lesioni e realizza una violenza sessuale ai danni della sorella, o che ruba in sequenza autoradio da diverse automobili parcheggiate lungo una stessa strada, oppure realizza una truffa utilizzando un documento in precedenza falsificato, o determina la morte del proprio rivale in amore omettendo di soccorrerlo dopo un incidente stradale. Ancora, si possono citare questioni più attuali, riflettendo sulla punibilità dell'autore che detiene una sostanza stupefacente e ne commercia una differente, oppure cagiona la morte di un soggetto a seguito di incidente stradale dovuto alla violazione delle norme del codice della strada relative ai livelli di sostanze alcoliche e stupefacenti nel sangue, o, ancora, pone in essere condotte punibili sia con una sanzione amministrativa c.d. punitiva che con una sanzione penale, oppure accede abusivamente ad un sistema informatico e carpisce delle informazioni facendone, poi, un uso illecito.

Questi esempi mettono in evidenza le questioni principali in tema di unità o pluralità di reati, ovvero la determinazione delle norme penali applicabili e del numero di condotte tipiche e di offese realizzate e l'individuazione del corretto trattamento sanzionatorio. Gli istituti principali coinvolti sono, evidentemente, il concorso o convergenza apparente di norme e il concorso di reati eterogenei o omogenei, nelle sue diverse forme di concorso formale e

---

<sup>1</sup> Sulla teoria generale del reato in una visione teleologicamente orientata secondo i parametri stabiliti dalla Costituzione, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino 1973, vol. XIX, 7 ss. Sulla funzione costituzionale della pena si veda, per tutti, MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 83 ss.; FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3°*, in BRANCA – PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo IV, art. 27-28. Rapporti civili, Bologna-Roma 1991, 222 ss.

<sup>2</sup> Sul punto Schütze, citato in FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello 1937, 70, il quale ritiene che fatti e delitti possano trovare quattro tipi di combinazioni: un solo fatto e un solo delitto; un solo fatto e più delitti; più fatti, ma un solo delitto; più fatti a cui corrispondono più delitti.

materiale, ma una ricostruzione sistematica coerente richiede l'analisi anche di ulteriori fenomeni<sup>3</sup>.

Questa complessa problematica interessa tanto il legislatore e la dottrina -che *de iure condito* e *de iure condendo* devono occuparsi della coerenza del sistema penale con gli scopi di politica criminale- quanto la giurisprudenza. Quest'ultima affronta quotidianamente dubbi circa l'unità o pluralità di fatti tipici e, poiché è chiamata ad esercitare il suo potere nei limiti della legge, necessita di norme, istituti, nozioni e criteri interpretativi coerenti e di agevole applicazione. Tali aspettative di chiarezza e coerenza sono, però, tradite dall'attuale sistema penale.

Innanzitutto, occorre coordinare il codice penale del 1930 con il sistema di valori e di principi dettati dalla Costituzione del 1948<sup>4</sup>. Si tratta di una problematica che caratterizza l'intero sistema penale italiano, ma che assume dei connotati particolari in materia di unità o pluralità di reati.

Il codice Rocco si distingue per la sua coerenza logico-sistematica, cosa che si riflette anche nella disciplina circa l'unità o pluralità di reati. La disciplina del 1930 in tema di concorso apparente di norme, concorso di reati e tutte le altre figure ad essi complementari risentiva della severità propria di un'impostazione orientata alla retribuzione, alla deterrenza ed alla neutralizzazione della pericolosità sociale. In tale sistema i principi di stretta legalità e di certezza vengono letti come necessità di eliminare, se possibile, gli spazi interpretativi e la discrezionalità giudiziale<sup>5</sup>. La disciplina di parte generale trova perfetta rispondenza in una parte speciale che è specchio di un preciso quadro ideologico e che ha la pretesa di esaustività<sup>6</sup>. Si era, infatti, ben lontani dal processo di decodificazione<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Non a caso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova 2011, 464, sostiene che «l'unità o pluralità di reati è crocevia ed intreccio di numerosi profili sistematici e di molteplici problematiche».

<sup>4</sup> Cfr. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova 1975, 678 ss.; ID., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953, *passim*; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in PIZZORUSSO – VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano 1985, 529 ss.; PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in AA. VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *Quest. crim.* 1981, 111 ss.

<sup>5</sup> ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, I, 1910, 263 ss.; ID., *L'oggetto del reato*, ripubblicato in *Opere Giuridiche*, vol I, Roma 1932, 552 -553: «L'oggetto specifico del reato varia, nella sua qualità, col variare delle specie del reato: infatti la natura giuridica, e quindi la specie o qualità di ogni singolo reato, vien desunto, appunto, dalla natura dell'interesse penalmente tutelato, proprio della persona offesa, che quel reato direttamente lede o minaccia».

<sup>6</sup> È noto che, nel codice penale del 1930, la stessa determinazione dei titoli della parte speciale segue un ordine ben preciso di selezione dei beni giuridici da tutelare in un'ottica di «sublimazione pubblicistica» di tutti gli interessi protetti. La loro protezione, cioè, è funzionale al preminente interesse dello Stato etico, ovvero di uno Stato espressivo della totalità dei valori. Sul punto, per tutti, PADOVANI- STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 2002, *passim*.; B. ROMANO, *Guida alla parte speciale del diritto penale*, Milano 2007, 23 ss.

<sup>7</sup> Sulla decodificazione e i suoi rapporti con il problema delle qualificazioni giuridiche multiple PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino 1997, 119 ss.; BRICOLA, *Considerazioni introduttive*, in AA. VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, cit., 14 ss.; PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco*

È chiara la difficoltà di reinterpretare quelle stesse norme nell'ambito di un sistema teleologicamente orientato dai principi fondamentali espressi dalla Costituzione<sup>8</sup>. A ciò si aggiunga il rinnovato interesse per la politica criminale come parte integrante dello studio del sistema penale<sup>9</sup>. In tale contesto i principi di legalità e di certezza, che continuano ad essere dei baluardi garantistici del diritto penale, non escludono le interpretazioni che tengano conto di giudizi di valore.

A tale difficoltà si aggiunga che importanti aspetti della disciplina di parte generale continuano ad essere poco chiari, quali l'individuazione dei presupposti e dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme, la nozione di unica azione o omissione, la natura unitaria o plurima del reato continuato, i criteri di calcolo del cumulo giuridico di sanzioni o il coordinamento tra l'aggravante della connessione teleologica e la disciplina del reato continuato.

Le norme penali di parte speciale, inoltre, presentano sovente difetti di redazione e non regredisce la tendenza all'ipertrofia legislativa, spesso per esigenze emergenziali e populistiche<sup>10</sup>. Ciò comporta che, agli antipodi delle esigenze di un diritto penale minimo e dell'*extrema ratio*, il legislatore delinea nuove fattispecie e circostanze aggravanti i cui rapporti con le norme previgenti sono di difficile comprensione<sup>11</sup>. Nessuna semplificazione è

---

*nell'età della decodificazione*, *ivi*, 97 ss.; C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987, 73 ss. Per il dibattito sulle leggi speciali si vedano, per tutti, FIANDACA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1966, 237 ss.; FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, *ivi*, 268 ss.; FLORA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, *ivi*, 259 ss.

<sup>8</sup> Si precisa che per impostazione teleologica si intende la necessità di interpretare le norme del sistema penale sulla base degli scopi e dei principi fondamentali derivanti dalla Costituzione e, per quanto con essa compatibili, dalle Carte europee. Si è ben lontani, quindi, da quegli orientamenti giurisprudenziali che, per interpretazione teleologica, intendono l'analisi delle diverse oggettività giuridiche protette dalle norme in discussione. Per tale orientamento giurisprudenziale si veda VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO – PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, 282 ss.

<sup>9</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'insegnamento di ROXIN, *Politica criminale e sistema di diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, 37 ss.; BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. 26 ss. Sul tema si vedano anche G. V. DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dogmatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, 27 ss.; PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 73 ss. Con specifico riferimento al tema dell'unità o pluralità di reati, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit. 83 ss..

<sup>10</sup> Sulla legislazione dell'emergenza e sulla crisi della legalità v., *ex multis*, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II Ed., Napoli, 1997, *passim*; ID., *La 'promessa non mantenuta'. ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 33 ss. Si veda anche FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 689, affermano che si tratta di fattispecie «prive di autonoma funzione repressiva e obbedienti soprattutto a finalità simbolico- espressive». Per legislazione simbolico-espressiva, infatti, si intende una legislazione inutile, spesso perché i fatti erano già punibili alla stregua di altre figure criminose; essa è funzionale solo al consolidamento dell'immagine pubblica delle forze politico-istituzionali.

<sup>11</sup> È frequente che le riforme di parte speciale introducano norme che rendono punibili ciascun segmento di un'unica azione criminosa volta alla lesione di un unico bene giuridico, ovvero aggravino fattispecie già esistenti al ricorrere degli elementi costitutivi di altro reato.

apportata dall'introduzione, in alcune ipotesi, di clausole di sussidiarietà indeterminate o relativamente indeterminate<sup>12</sup>. Si evidenzia, quindi, il rischio che uno stesso fatto delittuoso subisca più di una qualificazione giuridica<sup>13</sup>.

Ciascun aspetto del problema "unità o pluralità di reati" è stato oggetto di un approfondito dibattito dottrinale. Nonostante l'accordo su definizioni molto generali e quasi tautologiche, però, nessuna delle teorie formulate riesce a superare appieno le obiezioni mosse dagli orientamenti contrastanti<sup>14</sup>.

---

A titolo esemplificativo, si pensi alle ipotesi di omicidio colposo aggravato dalla violazione di norme del codice della strada in materia di alcool e sostanze psicotrope ex art. 589 co. 3 c.p. introdotto dall'art. 1 co. 1 lett. c) del d. l. 92/2008, conv. in l. 125/2008. La giurisprudenza le riteneva concorrenti con i relativi reati previsti dal codice della strada (*ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 3559, in *Foro it.* 2011, 2, II, 114 ss. con nota critica di GIACONA, *Guida in stato di ebbrezza, irrilevanza della clausola di sussidiarietà e concorso di reati: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*). Secondo l'impostazione di MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 540, l'ipotesi doveva essere, invece, ricostruita come reato eventualmente complesso. In termini non eccessivamente difforni DE FRANCESCO, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 430 ss. il quale riteneva che l'ipotesi potesse essere qualificata come reato complesso dal momento che l'art. 589 co. 2 c.p., costituiva una circostanza in senso proprio, pertanto non vi era motivo di escludere la disciplina di cui all'art. 84 c.p. Sulla sopravvivenza di tali questioni in relazione alle nuove figure dell'omicidio e lesioni stradali introdotte dalla l. n. 41/2016, MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" ad un diritto penale frammentato*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016, 10 ss., che propende per una più agevole qualificazione del fatto come reato complesso alla luce della nuova previsione normativa. Nelle fattispecie da ultimo delineate con la riforma del 2016, infatti, le contravvenzioni previste dal codice della strada sarebbero più facilmente identificabili come fatti autonomamente rilevanti, previsti da un'altra fattispecie come circostanza aggravante.

Ancora, si può citare l'esempio della riforma del delitto di scambio elettorale politico-mafioso ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p., come modificato dalla l. n. 62/2014, reato che potrebbe concorrere con le fattispecie di corruzione e coercizione elettorale previste dagli artt. 96 e 97 del t.u. 361/1957 per le elezioni politiche e dagli artt. 86 e 87 d.p.r. 750/1960 per le elezioni amministrative. Sul punto, AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Dir. pen. cont.*, *Rivista trimestrale* 2/2014, 19 ss., secondo il quale le fattispecie non potrebbero dirsi facilmente in un rapporto di consunzione.

<sup>12</sup> Si pensi alle vaghe clausole di sussidiarietà «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» previste dagli artt. 452 *sexies*, 452 *septies* e 452 *terdecies* cpv introdotti dalla l. 22 maggio 2015 n. 68, in materia di reati ambientali. Nel *furor* riformistico, si rimette completamente all'interprete la ricostruzione dei rapporti tra fattispecie preesistenti e fattispecie di nuova introduzione. Sul punto TELESCA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015, 30 ss, nonché Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, Settore penale, Relazione n. III/04/2015, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). In realtà, in materia di riforma dei reati ambientali, anche la clausola di sussidiarietà espressa contenuta nell'art. 452 *quater* c.p. che, esplicitamente, limita il disastro ambientale ai casi in cui si è fuori dall'applicazione dell'art. 434 c.p. in materia di disastro doloso, ha posto numerosi problemi interpretativi. Sul punto, *ex multis*, CAPPALÀ, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452 quater c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2016, 8 ss., nonché BELL-VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2015, 9 ss.

<sup>13</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 119 ss. Secondo tale Autore ciò rende necessario il ricorso a criteri di valore tipici del principio dell'assorbimento.

<sup>14</sup> Per tutti, si vedano MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; G. DE FRANCESCO, *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit. Ciascuno degli Autori evidenzia seri punti deboli di tutte le posizioni dottrinali che si sono succedute in materia di convergenza reale o apparente di norme. Inoltre, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 101 ss. sostiene che, se anche si utilizzasse il materiale definitorio sin qui elaborato per formulare un nuovo testo normativo, ciò non escluderebbe il rischio di «ineffettività» o «pretereffettività» delle nuove norme. Secondo l'Autore, l'esperienza della giurisprudenza italiana insegna che anche la

Ciò è dovuto ad una molteplicità di fattori. Le conclusioni a cui si giunge in tale materia sono collegate in modo diretto alle premesse di teoria generale del reato, pertanto è estremamente difficile comporre ogni dibattito dottrinale sull'argomento, fornendo alla giurisprudenza conclusioni univoche. L'esigenza di interrogarsi in astratto sulla varietà dei casi che possono verificarsi in concreto, determina ricostruzioni così analitiche e complesse da risultare, talvolta, di difficile fruibilità nella prassi. Il riferimento alla letteratura straniera, utile per comprendere meglio i problemi di ciascun istituto, si rivela poco proficuo quando la comparazione non tiene presenti le differenze strutturali degli ordinamenti che costituiscono i termini di paragone o, comunque, si utilizza una terminologia che non consente di far emergere tali differenze<sup>15</sup>. Da ricordare, poi, i numerosi contributi che, partendo dall'esigenza di mitigare il trattamento sanzionatorio di casi concreti, cercano giustificazioni sul piano sostanziale, con un'evidente inversione di metodo<sup>16</sup>.

---

più innovativa riforma legislativa può essere ignorata nell'applicazione pratica, finendo per rappresentare, di fatto, un esempio di legislazione simbolica. L'«ineffettività», quindi, consiste nella «tradizionale difficoltà del legislatore di condizionare la giurisprudenza attraverso dotte ed elaborate definizioni». La «preter-effettività», invece, consiste negli esiti imprevedibili che potrebbe comportare una nuova legislazione in materia di concorso apparente di norme, dal momento che ciascun soggetto coinvolto nel processo potrebbe strumentalizzare le nuove norme per forzare le complesse operazioni di qualificazione giuridica in modo a sé vantaggioso. Si corre, cioè il rischio di assecondare la «*communis opinio* (...) secondo cui l'elaborazione teorica della materia, quale frutto di astratte elucubrazioni dogmatiche, sarebbe caratterizzata da una sterile funzione complicatoria. Tale opinione contribuisce a far maturare nell'esperienza giuridica quotidiana, un atteggiamento di totale disinteresse per un *management* concettuale normativo della problematica, in favore di una più comoda, e miope, gestione empirica dei singoli casi di concorso apparente». Egli ritiene, allora, indispensabile un'analisi del problema del concorso apparente di norme e, più in generale delle qualificazioni giuridiche multiple, partendo dall'analisi degli effetti politico-criminali della disciplina del concorso apparente di norme, dalla comparazione con altri ordinamenti e da un'indagine sul diritto penale della decodificazione.

<sup>15</sup> I riferimenti della dottrina italiana alla dottrina tedesca sull'azione o omissione unica o sull'unità o pluralità di reati sono costanti, sia nei lavori monografici sull'argomento che nella manualistica. Si vedano per tutti, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, op. cit., *passim*; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme* op. cit., *passim*; MORO, *Unità e pluralità di reati*, II ed., Padova, 1954, *passim*. Per la manualistica si veda, *ex multis*, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Bologna, 2014, 660 ss. Eppure, nell'ampia letteratura sul tema dell'unità o pluralità di reati, non sempre si tiene sufficientemente conto del diverso significato che tali concetti assumono nel contesto ordinamentale d'oltralpe, correndo il rischio di alimentare la generale oscurità e ambiguità dei concetti. Per un'analisi comparatistica anche con ordinamenti diversi da quello tedesco si vedano PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 223 ss.

<sup>16</sup> Tra i numerosi contributi si possono ricordare: BATTAGLINI, *Truffa e millantato credito*, in *Giur. pen.* 1952, II, 885 ss.; BELLAGAMBA, *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 959 ss.; BORSARI, *Concorso apparente di norme e concorso di reati nella disciplina penale delle carte di pagamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 549 ss. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. circolaz. trasp.*, I, 1956, 121 ss.; CIPOLLA, *Brevi note in tema di rapporti tra l'appropriazione indebita e il nuovo reato di infedeltà patrimoniale societaria*, in *Cass. pen.*, 2005, 457 ss.; D'AMBROSIO, *Sul concorso formale della violenza sessuale con i maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Cass. pen.*, 2002, 2789 ss.; D'AURIA, *Omicidio colposo aggravato e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 714 ss.; DE AMICIS, *Sulla configurabilità del concorso tra i delitti di concussione e violenza sessuale con abuso di autorità*, in *Cass. pen.*, 2001, 1226 ss.; DELOGU, *Sul concorso del contrabbando con furto di provviste a bordo*, in *Riv. nav.*, 1939, 137 ss.; MALINVERNI, *Progressione criminosa dal ratto a fine di libidine agli atti di libidine violenti*, in *Giur. it.*, 1947, II, 46 ss.; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. e*

L'esigenza di chiarezza sul tema, in ogni caso, rende poco condivisibili le riflessioni sull'irrelevanza pratica di alcune questioni. Si afferma frequentemente, per esempio, che l'estensione della disciplina della continuazione ai reati eterogenei ha reso irrilevante, sul piano pratico, l'individuazione di criteri distintivi tra concorso formale e materiale, dal momento che entrambe le ipotesi comportano un cumulo giuridico di sanzioni<sup>17</sup>. Si rileva, innanzitutto, che oltre il computo sanzionatorio vari sono gli effetti sostanziali e processuali che divergono nel caso di qualificazione dei fatti come reato continuato. In secondo luogo, la necessità di comprendere che cosa si intenda per reato unico e la centralità del problema dell'unità o pluralità di reati nella casistica giurisprudenziale, impediscono di applicare un calcolo sanzionatorio limitandosi a prendere atto dell'indifferenza della questione sul piano pratico. Il pericolo è quello di creare zone grigie di ambiguità semantica che lascino ampio spazio all'arbitrio giurisprudenziale.

Nella permanenza di forti ambiguità normative e dottrinali, la giurisprudenza tende a decidere i casi dubbi riconoscendo un concorso di reati<sup>18</sup>. Si ritiene, pertanto, che la pluralità di reati costituisca la regola, mentre l'unità di reato sembrerebbe relegata alle eccezioni previste dal legislatore negli stringenti limiti del concorso apparente di norme. Tale soluzione realizza, non di rado, la violazione del principio fondamentale di ragionevolezza, che dovrebbe inibire l'imputazione di un secondo illecito penale quando «l'attribuzione di quello più grave esaurisce il disvalore penale che si incorpora nell'accadimento»<sup>19</sup>. Per altro verso, si assiste ad un'estensione del cumulo giuridico sfruttando l'estensione della continuazione ai fatti eterogenei.

Relativamente alla distinzione tra unità o pluralità di reati eterogenei, allora, la questione può essere sintetizzata affermando che le operazioni di qualificazione giuridica dei fatti

---

*proc. pen.*, 1963, 873 ss.; PELISSERO, *Furto aggravato dall'uso di mezzo fraudolento ed uso di atto falso: concorso di reati o concorso apparente di norme?*, in *Cass. pen.* 1991, 1974 ss.; RUTA, *Truffa ai danni dello Stato e frode fiscale: limiti del principio di specialità*, in *Cass. pen.*, 2011, 2501 ss.; SCARCELLA, *Gettito pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. pen.*, 2009, 927 ss.; ID., *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss.; SVARIATI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla configurabilità del concorso tra il reato di ricettazione e quello di commercio di prodotti industriali recanti marchi o segni contraffatti*, in *Cass. pen.* 2001, 3019 ss.

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 548.

<sup>18</sup> Si riscontra una tendenza a ravvisare quasi sempre il concorso di reati. Ciò è dovuto, in particolare all'opinione per cui il concorso di norme sarebbe reale ogni qual volta il bene giuridico tutelato dalle fattispecie è diverso. *Ex multis*, Cass. 21 gennaio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 621 ss.; Cass. 9 gennaio 1980, in *Giust. pen.*, 1981, 544ss. Esiste, in ogni caso, un indirizzo minoritario che non aderisce a tale criterio. Si veda ad esempio, Cass. S.U. 28 novembre 1981, in *Giust. pen.* 1982, 437 la quale afferma che «la diversità degli interessi tutelati è di per sé inidonea ad escludere l'esistenza del concorso».

<sup>19</sup> Così PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 660, secondo il quale l'analisi della giurisprudenza, specie in materia di rapporti tra delitti contro la fede pubblica, truffa e millantato credito, mostra una costante tendenza a interpretare restrittivamente il concorso apparente di norme in favore del concorso di reati.

sottoposti al giudizio dell'interprete possono essere vissute con un certo imbarazzo quando l'imputazione di più fatti all'autore sembra, per ragioni di giustizia sostanziale, sproporzionata e irragionevole. Ne consegue che la dottrina e la giurisprudenza si dividono tra posizioni formalistiche e impostazioni maggiormente ispirate a giudizi di valore. I primi, ritenendo indispensabile il rispetto delle scelte operate dal legislatore, ritengono che l'interprete non possa spingersi oltre il senso della legge e che, pertanto, egli si debba limitare ad applicare le norme vigenti, laddove non sussistono criteri legislativi utili alla mitigazione del trattamento della pluralità di reati<sup>20</sup>. L'orientamento contrastante, invece, ritiene che la questione dell'unità o pluralità di reati debba tener presente, in particolare, il principio di ragionevolezza; ne consegue che è giustificato il ricorso a criteri di valore, che consentano di riconoscere un'unità di reati anche laddove la stretta applicazione delle norme di legge imporrebbe un concorso di reati<sup>21</sup>.

Ben diversa è la questione circa l'unità o pluralità di reati omogenei, che riguarda, più specificamente, l'individuazione degli elementi del fatto tipico che, se plurimi, determinano un concorso di reati.

## 2. La rilevanza sostanziale delle questioni

La dottrina, generalmente, nega la valenza sostanziale del concorso apparente di norme e del concorso di reati, che sono gli istituti fondamentali in tema di unità o pluralità di reati.

Un consolidato indirizzo dottrinale, infatti, ritiene che il concorso apparente di norme costituisca un problema legato *sic et simpliciter* alla teoria della norma<sup>22</sup>. Esso, quindi, costituirebbe un mero problema di interpretazione. A conferma di ciò, si sottolinea la collocazione sistematica dell'art. 15 c.p., unica norma di parte generale sicuramente destinata alla disciplina della convergenza apparente. Da tale assunto discende che il concorso è

---

<sup>20</sup> In generale possono essere intese in questo senso tutte le teorie c.d. monistiche sul concorso apparente di norme su cui v. *infra*, Cap. I., par. 5. Ciò non toglie che anche i sostenitori di impostazioni formalistiche tentino, quanto più possibile, di mitigare le esasperazioni della disciplina sull'unità o pluralità di reati. Si pensi, per tutte, alla ricostruzione di G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, II, 416 ss., il quale tenta di limitare quanto più possibile i casi in cui non è possibile il riscontro di un concorso apparente di norme, restringendoli ai casi di specialità bilaterale per aggiunta.

<sup>21</sup> Ci si riferisce, in primo luogo, alle posizioni dottrinali pluralistiche, che ritengono il principio di specialità insufficiente a risolvere tutti i problemi relativi al concorso apparente di norme. Anche Autori che risolvono la questione con il riferimento a parametri formalistici, però, non escludono del tutto scelte di valore. In particolare MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit. 387 ss. ritiene che il principio fondamentale del *ne bis in idem* costituisca il fondamento dell'intera disciplina dell'unità o pluralità di reati e che in base ad esso vadano ricostruiti, correttamente, i rapporti tra fattispecie.

<sup>22</sup> Per tutti PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 107-108 il quale ritiene, però, che il concorso apparente di norme, nonostante la sua «nobile» (...) collocazione nella teoria della norma, a prima vista una «elegante e tranquilla zona residenziale» del diritto penale, risulta (...) un nodo sistematico decisivo sia nell'organizzazione legislativa circa le forme e i contenuti della tutela, sia nella concreta esperienza applicativa». Analogamente C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 639 i quali ritengono che l'analisi congiunta con il concorso di reati derivi solo da ragioni di opportunità, in vista di una migliore comprensione dei due istituti.

apparente quando, nonostante la pluralità di violazioni di norme incriminatrici di parte speciale, si applica una sola norma penale e, quindi, una sola pena, per effetto di una deroga decisa dal legislatore<sup>23</sup>. Le norme convergenti rispetto al fatto sarebbero tutte valide, ma solo una efficace per disposizione del legislatore<sup>24</sup>. Il concorso di reati, pertanto, costituirebbe la regola generale e la convergenza apparente di norme l'eccezione.

Specularmente, il concorso di reati viene, solitamente, ritenuto un mero problema sanzionatorio, come si evince dagli artt. 71 ss. c.p., che si limitano a stabilire regole di cumulo materiale e giuridico, nonché di assorbimento sanzionatorio, nei casi di *aberratio ictus* monolesiva e di reato complesso<sup>25</sup>. Le uniche figure alle quali la dottrina maggioritaria riconosce una rilevanza sostanziale sono il concorso formale di reati e il reato continuato<sup>26</sup>. Del resto l'art. 81 c.p. sarebbe l'unico la cui rubrica fa riferimento a nozioni sostanziali. Non manca chi nega del tutto l'autonomia del tema del concorso di reati<sup>27</sup>.

Si è soliti, però, sottolineare il rapporto di reciproca esclusione esistente tra concorso apparente di norme e concorso di reati eterogenei<sup>28</sup>. Gli illeciti penali concorrono quando, rispetto ai fatti realizzati, più norme penali vanno applicate congiuntamente<sup>29</sup>. Il concorso di

---

<sup>23</sup> Si tratterebbe, quindi, di un problema di mera efficacia normativa che non necessariamente è indice di un'unità di reato. A tale indirizzo si contrappone l'idea di chi ritiene il concorso apparente di norme una questione legata al concorso di reati, ma, soprattutto, ad un problema di validità. Sul punto v. *infra* Cap. I, par. 2.

<sup>24</sup> Ciò significa che il concorso apparente di norme viene ricostruito come un problema di efficacia e non di validità. Sul punto, più approfonditamente, Cap. I, par. 2.

<sup>25</sup> Sul punto PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1988, 1 ss., secondo il quale "concorso di reati", tanto formale che materiale, sarebbe solo un'espressione tecnica di sintesi per riferirsi ai criteri di calcolo delle pene che vanno applicate ad uno stesso soggetto in virtù della consumazione di una pluralità di reati; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 662 ss., ritengono condivisibile l'orientamento per cui il concorso materiale di reati non ha una propria autonomia di istituto di diritto sostanziale dovendo, invece, essere considerato solo nella mera ottica esecutiva delle sanzioni applicabili al soggetto.

<sup>26</sup> V. MARINI, voce *Concorso di reati e di pene* (Diritto penale), in *Noviss. dig. it.*, Appendice II, Torino, 1980, 315. Lo stesso MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464, ritiene che, mentre il concorso materiale attiene prevalentemente al campo sanzionatorio, il concorso formale di reati e il reato continuato attengono al problema delle forme di manifestazione del reato. Inoltre C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 548, ritengono che il concorso materiale sia un'ipotesi scarsamente problematica se non sotto il mero profilo sanzionatorio dal momento che, da un punto di vista strutturale, vi è una perfetta corrispondenza tra pluralità di condotte e pluralità di reati.

<sup>27</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464, ritiene che concorso di reati sia solo un *nomen juris* per indicare i problemi di tipo sanzionatorio e processuale che derivano dalla realizzazione di una pluralità di reati; l'unica ipotesi di concorso di reati che tradisce una rilevanza ontologica è quella della connessione teleologica o consequenziale prevista dall'art. 61 co. 1 n. 2 c.p. che valorizza il collegamento ontologico tra le violazioni criminose. *Contra* FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 3 secondo il quale il concorso di reati è un sistema a sé stante.

<sup>28</sup> In tale sede, infatti, non si ritiene ammissibile un concorso omogeneo apparente. Sul punto v. *infra* Cap. I, par. 4.

<sup>29</sup> Sulla necessità di definire il concorso di reati nella sua relazione antitetica rispetto al concorso apparente di norme si veda PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit., 4-5, il quale dà rilievo, però, alla considerazione dell'antigiuridicità del fatto. La distinzione tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati risiederebbe, allora, nel fatto che nel primo caso esiste una norma la cui applicazione è in grado di assorbire totalmente l'antigiuridicità del fatto. Nel concorso di reati, invece, tale funzione può essere assolta solo dall'applicazione congiunta di più norme penali. Tale indirizzo non appare condivisibile, dal momento che per antigiuridicità si intende la categoria dommatica che assolve alla funzione politico-criminale del bilanciamento degli interessi in conflitto. L'indagine sul concorso apparente di norme e concorso di reati è, invece, legata alla tipicità e alla sua

norme, invece, è apparente quando la risposta penalistica adeguata al fatto è data dall'applicazione di un'unica norma<sup>30</sup>.

L'indagine sui criteri di qualificazione dei reati eterogenei, allora, diventa l'occasione per analizzare il vero problema sostanziale sotteso alla questione, cioè la necessità di comprendere cosa si intenda per stessa materia, per unica azione o omissione, per condotta tipica, per fatto tipico e cosa si intenda, in definitiva, per reato<sup>31</sup>. In un sistema penale teleologicamente orientato, la risposta a tali quesiti non può prescindere dai parametri costituzionali<sup>32</sup>.

Occorre precisare che l'indagine sull'unità o pluralità di reati è limitata al piano della tipicità<sup>33</sup>. Conclusa la difficile attività di qualificazione giuridica, i fatti costituiscono solo l'indizio dell'effettiva esistenza di un reato, essendo necessaria l'indagine sull'antigiuridicità e sulla colpevolezza/responsabilità dell'agente<sup>34</sup>.

La funzione politico-criminale principale della tipicità consiste nella tutela della libertà personale; tale assunto trova riscontro negli artt. 13, 25 e 27 co. 1 e 3 Cost. Il legislatore, nella sua discrezionalità, seleziona i beni giuridici da tutelare ed individua, frammentariamente, le condotte offensive che giustificano una sanzione proporzionata rispetto al fatto e alla

---

funzione politico-criminale di tutela della libertà personale nella selezione dei comportamenti socialmente dannosi che rendono indispensabile l'applicazione di una sanzione criminale.

<sup>30</sup> Per lo stretto legame di alternatività che intercorre tra concorso di reati e concorso apparente di norme v. MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, 2006, 1161; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 662. Sulla pari dignità dei due istituti e sull'impossibilità di valutare l'uno la deroga rispetto all'altro si veda MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 58; VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO – PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, 264, il quale sottolinea come la giurisprudenza prevalente ricavi in negativo l'ambito di applicazione dell'art. 81 c.p. Quest'ultimo, cioè, sarebbe ricavabile dall'impossibilità di applicare l'art. 15 c.p. alla luce della nozione valutativa di specialità. L'indagine sulla convergenza reale o apparente di norme è, quindi, prodromica rispetto alla questione dell'unità o pluralità di reati.

<sup>31</sup> V. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 660, secondo il quale interrogarsi sull'esistenza di un'unità o pluralità di reati, quindi, equivale ad interrogarsi sull'essenza stessa del reato. Secondo l'Autore, in particolare, lo studio del concorso di reati dovrebbe articolarsi secondo due momenti distinti: la determinazione dell'unità o pluralità di reati e lo studio dei riflessi dommatici dell'attribuzione a un medesimo soggetto di una pluralità di reati. Per trovare le soluzioni a tali questioni sembra più opportuno partire dall'analisi della seconda.

<sup>32</sup> Sull'importanza del riferimento alle norme della Costituzione in materia di illecito penale BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 13 ss., il quale specifica, in particolare, come la nostra Carta costituzionale sia molto più rigorosa, in materia penalistica, rispetto a quella di altri ordinamenti quali quello tedesco. L'art. 103 *Grundgesetz*, infatti, si limiterebbe a prevedere il principio di legalità e il suo corollario dell'irretroattività della norma penale; tale circostanza giustificerebbe, inoltre, il maggiore ricorso della dottrina tedesca a giudizi di valore per adattare il diritto penale alle esigenze dei casi concreti. Sull'importanza della funzione della pena come integrazione sociale quale elemento principale di coerenza ed efficienza dell'intero sistema penale italiano MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss. e 109 ss. Si vedano altresì NOBILI, *Commento all'art. 25 Cost.*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24-26), Bologna, 1981, 135 ss.; ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 co. 1 Cost.*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario*, cit., 1 ss.

<sup>33</sup> Per tutti PACILEO, *Concorso di reati*, cit., 1 ss., per il quale si tratta di un problema di tipicità normativa.

<sup>34</sup> Sulla responsabilità penale come categoria deeticizzata, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88. V. Anche ROXIN, *Cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, 150; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 385 ss.

responsabilità del suo autore<sup>35</sup>. Il reato, nella sua accezione di fatto tipico, è, allora, un fatto materiale ed offensivo, di cui il soggetto è personalmente responsabile. La funzione politico-criminale della tipicità, quindi, è anche quella di individuare i fatti offensivi attribuibili all'autore ai quali consegue una sanzione che tenda alla sua integrazione sociale.

La materialità della condotta può consistere in un unico atto, oppure in una serie di atti ripetuti che vengono, comunque, qualificati come un unico reato plurisussistente. Tale connotato dipende dai modi di estrinsecazione della condotta in concreto<sup>36</sup>. In alcuni casi, gli atti di cui si compone la condotta tipica possono anche essere realizzati a distanza di tempo, venendo, in ogni caso, considerati unitariamente dal legislatore; così avviene, ad esempio, per i reati abituali.

Il contenuto offensivo della condotta dell'agente, poi, può essere rivolto tanto ad un solo bene giuridico, quanto ad una pluralità di beni giuridici. Secondo la dottrina maggioritaria, il carattere plurioffensivo di un determinato reato, però, deve esistere già sul piano normativo astratto, non potendo dipendere da un'analisi in concreto<sup>37</sup>.

La personalità della responsabilità penale, intimamente collegata con la funzione costituzionale della pena, esprime il suo valore già sul piano della tipicità, prima ancora che sul piano della responsabilità o colpevolezza. Già l'esigenza di riscontrare un nesso causale nei reati d'evento risponde a questa esigenza; inoltre la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento richiede che l'accertamento di tale nesso non si fermi alla constatazione dell'esistenza di un antecedente causale, occorrendo valutare che tale nesso sia rilevante. A tal fine è opportuno un giudizio normativo che tenga conto della responsabilità personale dell'agente e degli scopi politico-criminali delle norme di parte speciale. Lo stesso *Tatbestand*, inoltre, richiede all'interprete l'accertamento dell'elemento psicologico del reato. Il fatto tipico, quindi, costituisce la risposta legislativa al disvalore d'azione e d'evento<sup>38</sup>.

Tali principi fondamentali non vanno dimenticati in materia di unità o pluralità di reati. Sussiste un concorso di reati eterogenei quando, avendo riguardo alla funzione politico-

---

<sup>35</sup> Così ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 21 ss Sulla funzione ideologica ed esegetica del bene giuridico si veda C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 180.

<sup>36</sup> C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 202.

<sup>37</sup> C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 204.

<sup>38</sup> C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 181: «Valore dell'azione e lesione del bene sono insomma due momenti complementari, rispetto al disvalore complessivo dell'illecito penale. In questo senso deve ritenersi superata la loro rigida contrapposizione, e con essa anche la dicotomia tra concezioni eccessivamente appiattite sul momento *causale* (la lesione del bene) e concezioni *soggettivizzanti* dell'illecito penale (...). Più precisamente, il dato della lesione (o almeno della messa in pericolo) del bene protetto si profila come *condizionante*, e dunque necessario per una rilevanza penale del fatto; ma non per questo risulta sufficiente ad esaurire l'intero significato del fatto tipico, il quale risulta dai connotati di valore della condotta, dal contenuto psichico e dagli stessi profili di carattere *personale*, che non di rado concorrono a condizionarne la rilevanza penale».

criminale delle norme, il disvalore del fatto realizzato è tale da rendere necessaria l'applicazione congiunta di più fattispecie. Analogamente, sussiste un concorso di reati omogenei se il disvalore del fatto realizzato comporta l'applicazione plurima di una stessa norma penale. Solo in questo modo l'autore è posto nelle condizioni di comprendere il significato delle imputazioni che gli vengono contestate e la pena può svolgere la sua funzione di tensione alla rieducazione. Al contrario, il reato è unico se la vicenda naturalistica realizzata è espressione di un disvalore di condotta e d'evento che il legislatore, nella sua discrezionalità, ha reputato unitari<sup>39</sup>.

L'analisi delle varie questioni coinvolte dal tema in esame metterà in evidenza la piena discrezionalità del legislatore tanto nell'unificare plurime violazioni di legge, quanto nel rendere ogni singola violazione autonomamente punibile<sup>40</sup>. Il nostro sistema penale è indiscutibilmente legato ad un principio di stretta legalità e, quindi, le indicazioni date dal legislatore non possono essere messe in discussione dalla giurisprudenza nella loro applicazione pratica<sup>41</sup>.

Nel rispetto della volontà legislativa e delle sue insindacabili valutazioni sull'unità o sulla pluralità di reati, allora, è indispensabile comprendere quali criteri devono guidare l'interprete nell'alternativa tra pluralità apparente e qualificazioni giuridiche multiple<sup>42</sup>. Pur riconoscendo che la certezza è un valore costituzionale e pur rifiutando giudizi meramente di valore che possono le porte all'arbitrio giurisprudenziale, infatti, va considerato che nessuno può impedire un'interpretazione teleologicamente orientata delle norme<sup>43</sup>.

Questo discorso va anche oltre la stretta alternativa tra concorso di reati e concorso apparente di norme. La dottrina quasi unanime ritiene che le fattispecie che si trovano in un rapporto strutturale di eterogeneità o alternatività non pongono problemi di convergenza e,

---

<sup>39</sup> Aderendo all'opinione dottrinale per la quale non è ammissibile il concorso di una norma con sé stessa, il rapporto di reciproca esclusione tra concorso di reati e concorso apparente di norme riguarda solo il tema dell'unità o pluralità di reati eterogenei. Sul punto si veda Cap. I, par. 4.

<sup>40</sup> Nei capitoli seguenti si avrà modo di soffermarsi sulle figure del reato complesso, del reato progressivo e dei reati di durata che sembrerebbero rappresentare chiari esempi di unificazione legislativa di plurime violazioni di legge eterogenee o omogenee. Problemi simili possono porsi per le ipotesi di reato aberrante o di reati aggravati dall'evento. Al contrario, si pensi ai rapporti tra l'associazione per delinquere ex art. 416 c.p. e i singoli reati-scopo.

<sup>41</sup> Non è un caso che il ricorso a criteri di valore sia maggioritario in sistemi come quello tedesco, in cui il legislatore non ha espresso alcuna disciplina in materia di concorso apparente di norme e la stessa Costituzione non pone norme paragonabili a quelle della nostra Costituzione in materia di illecito penale.

<sup>42</sup> Tali espressioni sono prese rispettivamente da MUSCATIELLO, *Pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 376 e PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, cit., 113 ss.

<sup>43</sup> Tale ricostruzione deve essere orientata dai principi costituzionali e dalla considerazione degli scopi politico-criminali del legislatore. Sul punto PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 97 e 100 ss., il quale ritiene che uno dei problemi fondamentali delle elaborazioni circa la dicotomia tra concorso di reati e concorso apparente di norme sia proprio la scarsa valutazione dei profili politico-criminali.

quindi, di concorso apparente di norme<sup>44</sup>. Ciò non toglie che, anche in tali casi, possono porsi importanti dubbi sull'esistenza di un reato unico o di un concorso di reati<sup>45</sup>.

Ciò non toglie che anche la discrezionalità legislativa ha dei limiti, essendo sempre ammissibile un sindacato di costituzionalità.

A tal proposito, una particolare riflessione è indispensabile in relazione al principio del *ne bis in idem*. Quest'ultimo viene, generalmente, richiamato come principio di giustizia sostanziale che dovrebbe avere un qualche ruolo in materia di unità o pluralità di reati, quantomeno come limite nelle operazioni di qualificazione giuridica multipla. L'opera di semplificazione voluta col richiamo a tale principio, però, si arresta dinanzi al fatto che non sono ancora state chiarite le stesse nozioni di *bis* e di *idem*, così come restano ancora incerti il valore di tale principio nel nostro sistema penale e le possibilità *de iure condito* e *de iure condendo* per una sua applicazione in tema di unità o pluralità di reati<sup>46</sup>.

### **3. Concezione naturalistica e normativa del reato unico. Cenni intorno al dibattito dottrinale.**

Che l'unità di reato debba essere ricostruita quale concetto normativo, appare ormai pacifico in dottrina. Sembra superato, pertanto, il dibattito esistente tra la concezione naturalistica e quella giuridica.

---

<sup>44</sup> Si pensi ai rapporti tra omicidio e danneggiamento, ovvero a quelli tra furto e appropriazione indebita. Sui presupposti della disciplina del concorso apparente di norme, più approfonditamente, Cap. I, par. 4.

<sup>45</sup> È, forse, possibile ragionare in questi termini per quanto riguarda i rapporti tra la violenza sessuale e l'ipotesi di concussione. Si pensi all'ipotesi di un poliziotto che, minacciando una prostituta sprovvista di permesso di soggiorno, la costringa, con atteggiamenti violenti, a compiere o subire atti sessuali. Su tali questioni DE AMICIS, *Sulla configurabilità del concorso tra i delitti di concussione e violenza sessuale con abuso di autorità*, in *Cass. pen.* 2001, 1226 ss.; DEL GAUDIO, *La prestazione sessuale come «utilità» penalmente rilevante nel delitto di concussione*, in *Riv. pen. ec.* 1994, 251 ss. La questione, a seguito della riforma del 2012 dei reati contro la pubblica amministrazione, è ancora più complessa, essendo necessario trovare un discrimine anche rispetto alla diversa fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex art* 319 c.p. che prevede la punibilità anche del soggetto indotto. Ad una prima analisi, concussione e violenza sessuale appaiono legate da un rapporto di specialità bilaterale. L'art. 317 c.p., infatti, è rivolto solo al pubblico ufficiale, che abusando della qualità o dei poteri, costringe taluno a dare o promettere, genericamente, un'utilità. L'art. 609 bis c.p., dal suo canto, punisce chiunque costringe, con abuso dell'autorità, a compiere o subire atti sessuali. Nel presente lavoro si proverà ad argomentare come, in assenza di criteri formalistici che affermino il contrario, l'art. 15 c.p. non è estendibile alle ipotesi di specialità bilaterale. È, allora, opportuno interrogarsi sulla possibilità di una ricostruzione dei rapporti tra tali fattispecie in termini di alter natività. Ci si chiede, quindi, se, avendo riguardo agli scopi politico-criminali del legislatore, dietro le diverse espressioni di abuso della qualità e dei poteri *ex art*. 317 c.p. e abuso dell'autorità *ex art* 609 bis c.p., si nascondano due aree di rilevanza penale del fatto distinte e tra loro alternative. Qualora, poi, questo non fosse possibile, ci si chiede se sia compatibile con i principi fondamentali previsti dalla Costituzione in materia di illecito, che la condotta di un soggetto venga qualificata tanto come concussione che come violenza sessuale. Diversamente accade per i rapporti tra l'art. 609 bis c.p. e l'art. 319 *quater* c.p. che, invece, si apre con la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato».

<sup>46</sup> Sull'importanza del *ne bis in idem* nelle elaborazioni in materia di concorso apparente di norme, sull'incertezza del suo contenuto e sulle problematiche della sua codificazione nel c.d. Schema di legge delega per un nuovo codice penale italiano del 1992, v. per tutti, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 1 ss. Sul rischio di una pericolosa confusione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, GIORDANO, *Il diritto al ne bis in idem. Le ricadute interne della sentenza Grande Stevens*, in corso di pubblicazione.

Secondo la prima impostazione, l'unità di reato andrebbe ricavata dalle forme empiriche di manifestazione nella realtà esterna<sup>47</sup>. Il numero di reati andrebbe riscontrato tenendo presenti le caratteristiche dello stesso accadimento naturale e, quindi, dipenderebbe dal dato naturalistico pregiuridico.

Nell'ambito di questo orientamento, si possono distinguere, schematicamente, orientamenti volti a sottolineare l'aspetto oggettivo del reato, individuando una pluralità di reati in base al numero di azioni naturalisticamente eseguite, ovvero al numero di eventi realizzati<sup>48</sup>. Evidenziare l'elemento soggettivo, invece, significava porre in rilievo l'unità del momento psichico, quindi dell'intenzione o dello scopo<sup>49</sup>. Non è mancato chi, sintetizzando queste impostazioni, ha ritenuto possibile dare rilevanza tanto all'aspetto oggettivo quanto a quello soggettivo; pertanto il reato sarebbe unico nella sussistenza di un'unica volontà che sorregge un unico fatto materiale<sup>50</sup>.

Si obietta, tendenzialmente, che il reato è un ente giuridico, pertanto non si può prescindere dall'indagine sulla norma e sul suo contenuto<sup>51</sup>. Che *in rerum naturae* non esistano unità o pluralità di reati sembrerebbe confermato dallo studio delle fattispecie esistenti, nonché dalle norme di parte generale. Non esiste una corrispondenza biunivoca tra unità di reato e unità di condotta in senso naturalistico, com'è testimoniato dall'esistenza di fattispecie plurisussistenti. L'art. 81 co.1 c.p., inoltre, stabilisce a chiare lettere che è ben possibile realizzare una pluralità di reati con una sola azione o omissione<sup>52</sup>. Neanche l'identità di contesto spazio temporale è, necessariamente, sinonimo di un reato unico; si considerino, infatti, i casi di reato abituale che possono comportare l'unificazione di condotte realizzate anche a distanza di tempo. Sarebbe, poi, inappropriato il riferimento all'unità di evento in senso naturalistico. Esistono, infatti, anche reati di mera condotta e, pertanto, non può certo

---

<sup>47</sup> Sul dibattito tra teorie naturalistiche e teorie normative, *ex multis*, PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 660; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 10 ss.; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 70 ss.; PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, 1951, 83 ss.

<sup>48</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, II ed., cit., 130, nota 14, cita, sul punto le teorie di Frank per cui, addirittura, si dovrebbero considerare due azioni il colpire un soggetto con la mano destra e ucciderne un altro con la mano sinistra.

<sup>49</sup> Sul punto PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 660; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 1954, 128 ss. in riferimento alle teorie di Baumgarten e Freisler.

<sup>50</sup> PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, cit., 86 ss.

<sup>51</sup> PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 661; sul punto anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 469 il quale sottolinea come l'insuccesso di tali teorie sia da ravvisare nel dato di fatto che *in rerum natura* non esiste l'unità o la pluralità di reati, ma solo una «serie meccanicistica di movimenti muscolari, di atti psicologici e di accadimenti» valutati normativamente. Lo stesso art. 81 co. 1 c.p. evidenzia come la pluralità di reati può essere realizzata nonostante l'identità degli atti esecutivi; nell'art. 61 co. n. 2, invece risulterebbe evidente che è ammissibile una pluralità di reati anche nel perseguimento di un unico scopo. Analogamente le norme che prevedono reati abituali o le norme miste alternative determinano ipotesi di unità di reati nonostante la ripetizione del comportamento.

<sup>52</sup> Sul dibattito relativo alla questione se l'art. 81 co. 1 c.p. si debba riferire ad un'unica azione o omissione in senso esecutivo o, invece, al diverso concetto di condotta tipica v. *infra* Cap. III, par. 3.

essere quello l'elemento distintivo dell'unità di reato. La stessa rilevanza dell'evento di pericolo è frutto di una valutazione legislativa di anticipazione della tutela in virtù della rilevanza del bene giuridico da tutelare. Infine, l'esistenza di una finalità unitaria non è da sola sufficiente a giustificare la qualificazione del fatto come unico reato. Ciò è testimoniato non solo dalla circostanza aggravante della connessione teleologica *ex art. 61 co. 1 n. 2 c.p.*, ma anche dall'esistenza di fattispecie che trovano la propria *ratio* proprio nell'autonoma punizione di singoli segmenti della condotta dell'agente, pur se sorretti da un'unica volontà<sup>53</sup>.

Parte della dottrina sottolinea la necessità di individuare un reato unico coniugando la valutazione di elementi finalistici extranormativi con quella di elementi normativi. In particolare, il riferimento alla norma servirebbe per delimitare l'ambito di rilevanza penale del fattore finalistico<sup>54</sup>. Si obietta, però, che l'autore potrebbe proporsi fini diversi e realizzare comunque un solo reato. Ciò testimonierebbe l'inesistenza di una relazione biunivoca tra finalità e reato<sup>55</sup>.

La dottrina maggioritaria ritiene, pertanto, che l'indagine vada condotta sulla base di parametri normativi, tenendo presente la qualificazione giuridica che la norma dà all'aspetto oggettivo<sup>56</sup>.

Autorevole dottrina, però, ritiene che la concezione normativa vada temperata attraverso il riferimento ad una base c.d. ontologica<sup>57</sup>. Se non si evidenziano sul piano ontologico, prima di quello normativo, i requisiti minimi per aversi unità di reato, la libera creatività del legislatore potrebbe comportare esiti irrazionali. Tali requisiti minimi andrebbero riscontrati nella triade fatto materiale, offensivo di beni preesistenti e attribuibile soggettivamente all'autore.

Ad una concezione strettamente normativa su base oggettiva è certamente legata la disciplina dell'unità o pluralità di reati nell'ottica del legislatore del 1930. La presente

---

<sup>53</sup> Si pensi ai rapporti tra i delitti contro il patrimonio - quali il furto, la truffa o la rapina - e il reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648 *ter c.p.* introdotto dalla l. n. 186/2014, che rende punibile la condotta di chi, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il danaro o i beni provenienti dal reato. È ovvio, infatti, che l'impiego economico dei proventi del reato sia il naturale sbocco dei reati contro il patrimonio e anzi sia il movente che determina l'autore a delinquere consumando le condotte illecite.

<sup>54</sup> BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1950, 428 ss.; ID. *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1940, 20. Per ulteriori riferimenti a tali teorie v. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 19 ss.

<sup>55</sup> Così nel caso di chi realizza un unico furto entrando in un appartamento per sottrarre alla stessa persona degli oggetti preziosi per trarne profitto e un fucile per uccidere un'altra persona. Sul punto PAGLIARO, *Concorso di reati*, cit., 662.

<sup>56</sup> PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 662, l'Autore sottolinea come norma e fatto non siano su piani paritetici dal momento che la norma costituisce il *prius* logico. L'aspetto oggettivo, dal suo canto, costituisce la base del ragionamento, ma il suo semplice moltiplicarsi non determina la moltiplicazione dei reati commessi. Per esempio, il furto di più sacchi non costituisce una pluralità di reati sebbene l'aspetto oggettivo si sia verificato più volte. Per una precisa analisi delle singole impostazioni, v. spec., MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 19 ss.

<sup>57</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 469-470 secondo il quale tale concezione sarebbe l'unica conforme ai principi costituzionali di materialità, offensività e soggettività che ispirano il sistema penale. Il riferimento alla soggettività dev'essere meglio letto come personalità della responsabilità penale.

trattazione evidenzierà come, nell'ambito dell'impostazione originaria del codice, l'unità di reato sembri legata *tout court* al concetto di violazione di una norma giuridica. Ogni violazione di legge costituisce un reato. La fattispecie di parte speciale, tendenzialmente, è indice della lesione o pericolo di lesione ad un unico bene giuridico<sup>58</sup>. La sanzione, però, può essere unica anche in altri casi. Talvolta il legislatore può unificare plurime violazioni di legge per tradurre, sul piano del trattamento sanzionatorio, la gravità del disvalore complessivo del fatto realizzato<sup>59</sup>. In altri casi, la deroga all'applicazione di una pluralità di norme e, quindi, l'assorbimento sanzionatorio si giustifica sulla base di esigenze di mitigazione legate al caso concreto<sup>60</sup>.

Occorre, allora, domandarsi cosa resta di tale impostazione in un sistema penale teleologicamente orientato. È ricorrente, in materia di concorso apparente di norme e di concorso di reati, l'affermazione per cui il reato unico equivale alla violazione di una norma di legge<sup>61</sup>. Occorre interrogarsi, però, quale sia il ruolo svolto dall'unità di sanzione penale nel vigente sistema penale<sup>62</sup>. Ci si chiede, cioè, se sia ancora ammissibile interpretare

---

<sup>58</sup> Lo stesso Rocco, nella relazione finale al codice penale, sottolinea l'importanza del criterio dell'identità del bene giuridico quale discrimine per l'unità o pluralità di reati. Sul punto ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma 1929, 131. Sembra spiegare in questo modo anche la disciplina del reato continuato. Non a caso, originariamente, il codice aveva disciplinato l'ipotesi della continuazione come un'ipotesi di unità di reato e l'aveva limitata ai soli casi di violazioni omogenee. Sul punto v. *infra* Cap. III, par. 4. Gli stessi reati di durata, potrebbero essere letti quali ipotesi di unificazione legislativa di plurime violazioni di leggi. Ciò è evidente nel caso dei reati abituali in cui le varie condotte possono essere realizzate contesti spazio-temporali diversi. Gli stessi reati permanenti, però, potrebbero essere considerati come unificazione delle condotte che si susseguono giorno per giorno, finché dura la permanenza. Tale unificazione non pone problemi sistematici, dal momento che essi si riferiscono ad una stessa offesa ad uno stesso bene giuridico. Tali categorie di reati, quindi, confermano l'idea che il legislatore è libero nella sua discrezionalità di valutare unitariamente o meno i vari fatti realizzati dall'agente traducendo normativamente il disvalore da esso realizzato.

<sup>59</sup> Sembra questo il caso dell'*aberratio ictus* monolesiva, specif. v. *infra* Cap. II, par.5. Anche le ipotesi di reato complesso sembrano rispondere a questa logica; si pensi al caso della rapina, per cui è prevista una pena sensibilmente più grave rispetto al cumulo delle sanzioni previste per i reati che ne costituiscono gli elementi costitutivi. Sul punto *infra* Cap. II, par. 1. Se, poi, si aderisse a quell'impostazione dottrinale che ravvisa nel delitto preterintenzionale un'ipotesi di dolo misto a colpa o di dolo misto a responsabilità oggettiva, si potrebbe quasi affermare che anche la preterintenzione risponde allo stesso criterio di traduzione del disvalore del fatto considerando unitariamente una plurima violazione di legge. Sulla preterintenzione e sul relativo dibattito dottrinale, v. da ultimo, MASERA, *I delitti contro la vita*, in VIGANÒ – PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015, 74 ss.

<sup>60</sup> Appare questa la logica sottesa all'art. 84 c.p. il quale, in deroga alle norme sul concorso di reati, determina un assorbimento sanzionatorio tra l'ipotesi complessa e quelle semplici. Sul punto v. *infra* Cap. II, par. 1. Ancora, le clausole di sussidiarietà espresse totalmente indeterminate, sono state volute dal legislatore per derogare, nel caso concreto, alla disciplina del concorso di reati in relazione alle esigenze legate al caso concreto. Sul punto ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 12 e 133.

<sup>61</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2008, 510, secondo il quale la pluralità di reati sarebbe data dalla pluralità di violazioni penali delle quali è responsabile un solo autore. Egli, però, è ben consapevole dell'esistenza di casi in cui le plurime violazioni legislative sono state unificate dallo stesso legislatore, come nelle ipotesi di reato abituale e complesso, antifatto e postfatto non punibili e norme a più fattispecie. Sul punto anche G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 416 ss. il quale, affermando che le clausole di sussidiarietà indeterminate fuoriescono dall'ambito di applicazione del concorso apparente di norme, ritiene che esse rientrino in un'ipotesi di applicazione di una sanzione unica a reati plurimi.

<sup>62</sup> Sulla necessità di considerare i profili sanzionatori quali parti integranti della teoria generale del reato in una prospettiva teleologicamente orientata ai principi costituzionali BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 25.

l'assorbimento sanzionatorio come mera mitigazione del trattamento di una pluralità di reati ovvero se esso non sia uno degli elementi che sono espressione di una considerazione legislativa unitaria del disvalore realizzato<sup>63</sup>. La risposta a tale quesito richiede un'analisi di tutti i casi di unificazione legislativa di violazioni di legge plurime, siano esse omogenee o meno, nonché del trattamento sanzionatorio del concorso di reati.

In ogni caso, il banco di prova più complesso, per ciascuna ricostruzione dottrinale relativa all'unità di reato, è, certamente, quello dell'individuazione dei criteri distintivi tra unità o pluralità di reati omogenei, in particolare quando l'agente realizza una pluralità di condotte in un unico contesto spazio-temporale. In tali casi, le ricostruzioni normative su base ontologica aggiungono ai requisiti minimi di individuazione dell'unità di reato anche quello del numero di soggetti offesi. La rilevanza di tale requisito, però, dipenderebbe dalla natura del bene giuridico da tutelare; solo se si tratta di un bene di alto valore personale, il numero dei reati equivale a quello delle persone offese<sup>64</sup>.

Ci si domanda, allora, in una prospettiva teleologicamente orientata, quali elementi del fatto tipico, se plurimi, determinano una modificazione del disvalore del fatto, tale da comportare l'applicazione plurima della norma di parte speciale.

#### 4. Organizzazione della ricerca

L'impostazione del presente lavoro segue l'ordine logico delle questioni che devono essere risolte dall'interprete nelle operazioni di qualificazione giuridica di una vicenda naturalistica concreta.

---

Sulla funzione della pena come integrazione sociale e sulla necessità che un sistema penale coerente ed efficiente rispetti la scelta costituzionale in relazione alla funzione della pena, MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.

<sup>63</sup> Si pensi al fatto dell'addetto al servizio postale che manometta un plico impossessandosi delle banconote ivi contenute. L'art. 616 c.p., in tema di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza, rende punibile chi prende cognizione di corrispondenza a lui non diretta ovvero la sottrae o distrae, distrugge o sopprime, al fine di prenderne conoscenza o di farne prendere ad altri conoscenza «se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge». La condotta potrebbe essere qualificata come peculato ai sensi dell'art. 314 c.p. La clausola sembrerebbe richiedere che si applichi l'unica sanzione prevista da tale ultimo articolo. A questo punto, ci si chiede se tale assorbimento sanzionatorio sia sintomatico di un'unità di reato o se invece si tratti di un concorso tra l'art. 314 e l'art. 616 c.p. trattati con un eccezionale assorbimento sanzionatorio. La giurisprudenza, in ogni caso, ritiene che l'art. 616 c.p. possa concorrere con l'art. 314 c.p.; ciò non solo perché le due fattispecie si rivolgono ad oggettività giuridiche diverse, ma anche perché la clausola dovrebbe rivolgersi solo ed esclusivamente a fattispecie che prevedano esplicitamente le stesse condotte di sottrazione, distrazione, distruzione o soppressione di corrispondenza, cosa che non avviene nel caso del peculato. Ne conseguirebbe, quindi, l'esclusione del rapporto di specialità. Così Cass. 16 novembre 2005, n. 11654 e Cass. 14 ottobre 1998, n. 11360. Si consideri, inoltre, che, in giurisprudenza, non si esclude neanche il concorso formale tra il reato di cui all'art. 616 c.p. e il furto, dal momento che tali fattispecie tutelano due beni giuridici diversi: il patrimonio e la segretezza della corrispondenza. Così Cass. 2 novembre 1994, n. 122.

<sup>64</sup> MANTOVANI, *ibidem*. Nell'ipotesi del furto, per esempio, la scarsa rilevanza personale del bene fa sì che si debbano prendere in considerazione solo gli altri elementi e non anche quello del numero di persone offese. Qualora cioè gli atti esecutivi possono essere ricondotti ad un'unica azione tipica, anche se sono stati rubati oggetti di proprietà di più persone il reato dovrebbe restare unico. Così anche FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 665.

Per prima cosa, egli deve individuare quante e quali norme di parte speciale siano valide ed efficaci. Escludendo i casi in cui è pacifica la sussunzione del fatto nell'ambito di una sola fattispecie di parte speciale, occorre domandarsi se sussista un concorso di reati eterogenei, ovvero se sia unica la norma da applicare. Il primo problema dinanzi al quale può trovarsi l'interprete, quindi, è un problema di pluralità apparente, che si verifica ogni qual volta sussiste un dubbio circa la necessità di una qualificazione giuridica multipla, ma, a ben vedere, la norma da applicare è una sola<sup>65</sup>.

Quest'ultima circostanza può venirsi a determinare per ragioni molto diverse. Innanzitutto, può essere il risultato della corretta interpretazione di norme tra loro eterogenee o alternative<sup>66</sup>.

È possibile, poi, che si ponga un problema di concorso apparente di norme o, più precisamente, di convergenza apparente di norme<sup>67</sup>. L'analisi di tale fenomeno viene, generalmente, ritenuta prodromica rispetto a quella del concorso di reati<sup>68</sup>. Lo studio dei criteri di individuazione della convergenza apparente, infatti, è volto all'individuazione dei criteri di ricostruzione dell'area di rilevanza penale di ciascuna norma di parte speciale<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Come anticipato, l'espressione pluralità apparente è di MUSCATIELLO, *Pluralità di reati*, cit., 376. Si ritiene che, per la sua genericità, possa ben essere utilizzata in tutti i casi problematici in cui si discute dell'applicazione di una o più norme anche se si è fuori dall'ambito di applicazione del concorso apparente di norme perché non ne sussistono i presupposti (per esempio, perché le norme sono in rapporto strutturale di totale eterogeneità).

<sup>66</sup> A tal proposito, si può citare il classico esempio dei rapporti tra l'appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. e il furto di cui all'art. 624 c.p. La prima fattispecie, infatti, presuppone che il soggetto si appropri di un bene di cui è già nella disponibilità materiale. La condotta del soggetto che sottrae una cosa ad altri, quindi, finisce per essere sussumibile in una sola fattispecie.

<sup>67</sup> Sulle nozioni di convergenza e concorso apparente di norme si veda Cap. I, par. 2.

<sup>68</sup> Molti sono gli Autori che ritengono il problema del concorso apparente di norme preliminare rispetto a quello del concorso di reati anche se ad esso intimamente collegato. A tal proposito B. ROMANO, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Padova 2009, 401. Tale Autore, in una prospettiva orientata dal *favor rei* e dal *favor libertatis*, ritiene che vi sia un vero e proprio rapporto di gradualità tra l'indagine circa il concorso apparente di norme che comporta l'applicazione di una pena unitaria, quella relativa al cumulo giuridico (espressione del concorso formale di reati o del reato continuato in virtù di un *quid pluris* quale l'unità della condotta o l'unità del disegno criminoso) e quella relativa al cumulo materiale di pene per il concorso materiale di reati. Tale ultimo parametro sanzionatorio dovrebbe essere utilizzato solo quale *ultima ratio* quando non è possibile attenuare in nessun altro modo il trattamento sanzionatorio. Si vedano altresì PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 1, secondo il quale la prima questione da valutare è quali norme siano effettivamente convergenti e quante volte esse vadano applicate nel caso concreto come concorso omogeneo. Conf. MARINI, voce *Concorso di reati e di pene* (Diritto penale), in *Noviss. dig. it.*, Appendice II, Torino, 1980, 314, ritiene che la risoluzione del concorso apparente di norme sia preliminare rispetto al concorso di reati. Anche nella manualistica tedesca non manca chi sottolinea come il concorso reale di norme e non un mero concorso apparente sia la condizione necessaria affinché si possa discutere di concorso di reati. Così WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 342. *Contra* MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 465, per il quale la riflessione su quanti reati omogenei siano stati realizzati è prodromica alla soluzione del problema dell'unità o pluralità di reati.

<sup>69</sup> Si pensi al caso di chi dichiara il falso ad un pubblico ufficiale al momento della redazione di un atto di nascita. La giurisprudenza di legittimità ha più volte analizzato il rapporto strutturale tra le fattispecie di cui all'art. 567 co. 2 c.p. -alterazione di stato mediante false dichiarazioni all'atto di nascita, collocato nell'ambito dei delitti contro la famiglia- e all'art. 495 c.p. -false dichiarazioni a pubblico ufficiale circa lo stato civile di una persona, collocato nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica-. Entrambe presuppongono la realizzazione di un falso ideologico in relazione allo stato civile di una persona. Mentre, però, l'art. 567 co. 2 c.p. presuppone false certificazioni, false attestazioni o altre falsità che riguardano proprio l'atto di nascita, l'art. 495 co. 2 del

È possibile, infine, che il legislatore abbia unificato, normativamente, plurime violazioni di leggi eterogenee. È questo il caso, per lo più, del reato complesso e del reato abituale improprio. Ancora una volta, occorre comprendere se vi sia un reato unico o se, invece, si tratti di una mera deroga al trattamento sanzionatorio di plurimi reati eterogenei<sup>70</sup>. Occorre, inoltre, comprendere se questi casi rientrano o meno nell'ambito di applicazione del concorso apparente di norme e se, da essi, sia ricavabile un autonomo criterio di ricognizione del concorso apparente di norme<sup>71</sup>.

Risolto il problema dell'individuazione della norma o delle norme applicabili, occorrerebbe, poi, chiedersi se vi siano problemi di concorso di reati omogenei, ovvero se sia necessaria un'applicazione plurima di una stessa norma di parte speciale. Tali complicate questioni, però, non sono propriamente oggetto di tale analisi.

Risulta necessaria una specifica analisi del *Tatbestand* per determinare quali elementi del fatto tipico, se plurimi, comportano la consumazione di più reati. Occorre considerare, quindi, in che modo il moltiplicarsi delle condotte, il dilatarsi del tempo di esecuzione del reato, il numero delle offese, degli oggetti materiali del reato o dei soggetti passivi condizioni il numero dei fatti tipici realizzati<sup>72</sup>.

Infine, in ogni caso in cui il soggetto abbia realizzato una pluralità di reati omogenei o eterogenei, occorre comprendere in che modo essi vadano trattati<sup>73</sup>. A tal proposito, tenendo fede alla disciplina del concorso di reati, occorre valutare la sussistenza di un'unica azione o omissione. L'art. 81 c.p., infatti, a seguito della riforma del 1974, considera il concorso formale meritevole di un trattamento sanzionatorio differente rispetto a quello previsto per il concorso materiale. Infine, occorre interrogarsi sull'esistenza di particolari collegamenti tra i reati che sono realizzati. La disciplina della connessione e della continuazione, infatti, fanno

---

c.p. si realizza quando le dichiarazioni false riguardano la formazione di atti dello stato civile diversi da questo documento. Così *ex multis*, Cass. Sez. 6, n. 35806 del 5.5.2008, P.G. in proc. G. e altro, Rv. 241254; conforme a Cass. Sez. 6, 24.10.2002 n. 5356/03, Poletti, Rv. 223933. Sul punto anche BRICOLA, *Dei delitti contro la famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, Volume 2, XII, 1964, 53 ss. In tale caso, anche se la condotta è idonea ad essere sussunta in entrambe le fattispecie, l'art. 567 co. 2 c.p. è speciale rispetto all'art. 495 c.p. così che, in definitiva, è unica la norma che deve essere applicata.

<sup>70</sup> Il primo termine di riferimento rispetto a tale questione, evidentemente, è il reato complesso, ma problemi analoghi sono posti dal reato abituale improprio, dall'*aberratio ictus* monolesiva e dal reato progressivo. In realtà, problemi analoghi si potrebbero porre nel considerare il reato continuato eterogeneo come un'ipotesi di unità di reato, ma la questione è fortemente discussa. Sul punto v. *infra* Cap. II, nonché Cap. IV, par. 4.

<sup>71</sup> Che i rapporti tra fattispecie base e fattispecie complessa debbano essere ricondotti ad un problema di concorso apparente di norme è una questione dibattuta. Problema analogo, seppur in assenza di una norma a struttura complessa che assorba l'intero disvalore del fatto, riguarda la progressione criminosa e le questioni dell'antefatto e postfatto non punibili. Sul punto v. *infra* Cap. II, par. 1, 4 e 5.

<sup>72</sup> PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit., 4 secondo il quale i criteri di soluzione della questione dell'unità o pluralità sarebbero il numero dei soggetti offesi, la lesione dell'interesse protetto, l'evento realizzato e l'azione.

<sup>73</sup> Sul concorso di reati, sul suo trattamento sanzionatorio e sui connessi problemi di *aberratio*, continuazione e connessione teleologica tra reati, Cap. IV.

discendere da tali collegamenti una modifica, rispettivamente peggiorativa e migliorativa, del trattamento sanzionatorio.

## Capitolo I

### Unità o pluralità di fatti tipici eterogenei

#### 1. L'alternativa tra pluralità apparente e qualificazioni giuridiche multiple. Premessa.

Per pluralità apparente si intendono, in questa sede, tutte le ipotesi in cui, nelle operazioni di qualificazione giuridica di una vicenda naturalistica, sorgono dei dubbi circa la sussumibilità dei fatti oggetto di giudizio in un'unica o in più fattispecie<sup>74</sup>.

Si tratta di un fenomeno generale, che comprende tanto i problemi di interpretazione tra fattispecie eterogenee, quanto quelli più dibattuti di convergenza apparente di norme.

L'analisi dei presupposti della convergenza, infatti, induce a ritenere che l'ambito di applicazione di questa sia limitato ai casi in cui, teoricamente, uno stesso fatto è sussumibile nell'ambito di rilevanza penale di più fattispecie. Solo in questo caso si può dire che le norme convergono. Per effetto di criteri formali previsti dal legislatore, però, si applica, in ultima analisi, una sola norma, in quanto ciò rispecchia la valutazione unitaria del fatto da parte del legislatore<sup>75</sup>.

Sembrano, allora, doversi tenere ben distinte dalle ipotesi precedenti, quelle in cui sussiste il dubbio circa la possibile sussunzione di un fatto nell'ambito di più fattispecie, ma la norma applicabile è una sola<sup>76</sup>. Esse, infatti, hanno, *ab origine*, ambiti di rilevanza penale tra loro eterogenei o alternativi. Ciò non toglie che anche questioni di tal specie possano risultare molto complesse<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Tale problema è affrontato nei lavori di FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit. 245 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, 36 ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, cit., *passim*, ma l'espressione pluralità apparente è di MUSCATIELLO, *Pluralità di reati*, cit., 376.

<sup>75</sup> Per esempio, la condotta di una madre che cagiona la morte del proprio neonato a causa di abbandono morale e materiale è, teoricamente, sussumibile tanto nell'art. 578 c.p. che nell'art. 575 c.p. L'esistenza dell'art. 15 c.p., però, determina l'applicazione della sola norma speciale.

<sup>76</sup> In termini analoghi potrebbero, forse, essere ricostruiti i rapporti tra le fattispecie di concussione ex art. 317 c.p. in relazione alla violenza sessuale ex art. 609 *bis* c.p., ma anche i rapporti tra lo stesso art. 317 c.p. e l'estorsione aggravata ex artt. 629 e 61 co. 1 n. 9 c.p. Anche tale questione è fortemente discussa in dottrina e in giurisprudenza; si vedano, tra i tanti contributi, PALA, *La concussione mediante costrizione di un atto dispositivo a carattere patrimoniale e l'estorsione aggravata ex art. 61 n. 9 c.p.*, in *Cass. pen.* 2006, 3116 ss.; REPACI, *Estorsione, concussione, corruzione*, in *Riv. pen.* 1948, 941; RESTA, *Potere e coazione. Il sottile confine concussione per "costrizione" ed estorsione aggravata ex art. 61, n. 9, c.p.*, in *Dir. e form.* 2005, 1646

<sup>77</sup> In senso conforme PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 168 ss., ritiene indispensabile che lo studio sull'unità o pluralità di reati eterogenei consideri anche tali casi e non si limiti allo stretto ambito del concorso apparente di norme. Per questo motivo egli ha focalizzato la sua analisi sul problema delle qualificazioni giuridiche multiple, senza limitarsi al ristretto ambito del concorso apparente di norme.

## 2. La *vexata quaestio* della convergenza apparente di norme

Si definisce convergenza di norme il caso in cui sussistono plurime disposizioni «che appaiono contemporaneamente applicabili ad un medesimo fatto»<sup>78</sup>. Tale convergenza è apparente se, in ultima analisi, la norma applicabile è una sola.

L'unico articolo che, sicuramente, disciplina il concorso apparente di norme è l'art. 15 c.p., collocato nel Titolo I del libro I del codice, rubricato «della legge penale»<sup>79</sup>.

La questione è più complessa per quanto riguarda le clausole di riserva contenute nella parte speciale. Esse regolano i rapporti tra fattispecie in modo che, al sussistere di determinate circostanze, l'applicazione di una norma è esclusa a favore di un'altra. Possono essere determinate, relativamente indeterminate e indeterminate. Le prime regolano in modo espresso i rapporti strutturali tra fattispecie specificamente indicate<sup>80</sup>. Le clausole relativamente indeterminate sono quelle che escludono la validità di una certa fattispecie se il fatto rientra in una determinata categoria di ipotesi ovvero se costituisce, comunque, un reato più grave<sup>81</sup>. Sono, infine, indeterminate quelle clausole che, genericamente, subordinano l'applicazione di una fattispecie alla circostanza che «il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge»<sup>82</sup>.

Innanzitutto, non è pacifico se le clausole di riserva espresse rientrino tutte nel discorso circa il concorso apparente di norme. Parte della dottrina, infatti, esclude dal suo ambito di applicazione quelle clausole che svolgono una mera funzione di mitigazione del trattamento sanzionatorio o di indicazione dell'unica norma applicabile<sup>83</sup>. Altrettanto discusso è se tali

---

<sup>78</sup> Così MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 7. Trattasi di un fenomeno che interessa l'intero ordinamento giuridico e che può riguardare norme di ordinamenti statali diversi o norme di settori giuridici diversi. La presente indagine, però, si concentrerà sui problemi, più studiati, di convergenza tra norme contemporaneamente vigenti, nell'ambito di uno stesso ordinamento, che attengono a profili di rilievo penalistico.

<sup>79</sup> L'art. 15 c.p. stabilisce che «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o disposizione di legge speciale deroga alla legge o disposizione di legge generale, salvo che sia diversamente stabilito».

<sup>80</sup> Ne sono esempi: l'art. 250 c.p., commercio col nemico, il quale rende punibile la condotta dell'agente, «fuori dai casi indicati dall'art. 248», cioè esclusi i casi in cui la condotta può essere qualificata come somministrazione al nemico di provvigioni; l'art. 595 che minaccia di pena la condotta di diffamazione, «fuori dai casi indicati dall'articolo precedente» relativo all'ingiuria; l'art. 489 c.p., uso di atto falso, che rende punibile chiunque «senza essere concorso nella falsità» fa uso di un atto falso.

<sup>81</sup> Si veda, per esempio, l'art. 656 c.p. che riferisce alla condotta di pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose volte a turbare l'ordine pubblico «se il fatto non costituisce più grave reato», ovvero l'art. 186 C.d.S. che rende punibile il rifiuto di sottoporsi all'accertamento dell'autorità, «salvo che il fatto non costituisca più grave reato».

<sup>82</sup> Per esempio l'art. 517 c.p. sottopone a pena la vendita di prodotti industriali con segni mendaci atti ad indurre in inganno l'acquirente «se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge», ma anche la clausola di riserva contenuta nello stesso articolo 648 c.p., ricettazione, riferita a chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve o occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette per farle acquistare, ricevere od occultare «fuori dai casi di concorso nel reato».

<sup>83</sup> Per il primo orientamento, DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 119 ss. L'Autore ritiene che le clausole di sussidiarietà assolutamente indeterminate debbano essere escluse dallo stretto ambito di applicazione del concorso apparente di norme. Esse, infatti, non si fondano sull'esistenza di una stessa materia e pertanto sono

clausole debbano essere considerate espressione dello stesso criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., ovvero se da esse sia desumibile l'autonomo criterio della sussidiarietà.

Non sono chiari, poi, i rapporti esistenti tra il concorso apparente di norme, la disciplina del reato complesso e quella delle circostanze complesse. Parte della dottrina ritiene, infatti, che gli artt. 84 e 68 c.p., pur se dislocati in diversi Titoli e Capi della parte generale, siano norme sulla convergenza apparente dalle quali è possibile desumere l'ulteriore criterio dell'assorbimento o consunzione<sup>84</sup>.

La comprensione del fenomeno della convergenza richiede di avere ben chiari i problemi che sono stati affrontati dalla dottrina<sup>85</sup>. Per prima cosa, la delimitazione del fenomeno attraverso l'individuazione dei suoi presupposti. In secondo luogo, la determinazione dei criteri che consentono di affermare se la convergenza è apparente o meno. Sussiste, infine, il problema della selezione della norma prevalente; quest'ultima non è sempre automaticamente individuabile.

Tendenzialmente, coloro che ritengono l'art. 15 c.p. una norma di portata generale da applicare estensivamente, ammettono, al più, l'integrazione con il principio della sussidiarietà espressa per effetto delle clausole di riserva. Viceversa, coloro che ritengono l'art. 15 c.p. limitato ai casi di specialità unilaterale, individuano ulteriori criteri di soluzione del concorso apparente di norme. Da qui la celebre classificazione tra tesi c.d. monistiche e tesi c.d. pluralistiche, in base al numero dei criteri adottati per la soluzione del problema<sup>86</sup>.

Parte della dottrina, invece, valorizzando la *ratio* delle soluzioni adottate, distingue tra: dottrine di tipo teleologico-valutativo, dottrine che si fondano su un'indagine di tipo

---

solo espressione di un assorbimento sanzionatorio, voluto dal legislatore, nel trattamento di casi specifici di pluralità di reati. Al secondo orientamento aderisce, invece, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 480 ss. il quale esclude le clausole di sussidiarietà determinate dai presupposti applicativi del concorso apparente di norme. Esse, infatti, individuerebbero, di per sé, la norma applicabile e, pertanto, escluderebbero in radice ogni problema di convergenza.

<sup>84</sup> L'art. 84 c.p. disciplina l'ipotesi di reato complesso e costituisce l'ultima norma del Capo III del concorso di reati, nel Titolo III del reato. Esso stabilisce che le disposizioni sul concorso di reati «non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato. Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti degli artt. 78 e 79». Tale articolo, quindi, sembra limitarsi a stabilire dei limiti di temperamento del cumulo materiale di sanzioni.

L'art. 68 c.p., collocato anch'esso nel Titolo III del reato, ma, *ratione materiae*, nel Capo II delle circostanze del reato, impone dei limiti al concorso di circostanze stabilendo che «salvo quanto è disposto dall'art. 15», quando una circostanza comprende in sé un'altra circostanza, è valutata a carico o a favore del colpevole solo quella che importa il maggior aumento o la maggiore diminuzione della pena. Se, poi, le circostanze comportano la stessa modifica sanzionatoria, allora si applica un solo aumento o una sola diminuzione.

<sup>85</sup> Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 164 ss. e 178 ss. In termini diversi DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss.; ID., *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, 416 ss., ritiene che le questioni fondamentali siano l'individuazione dei rapporti strutturali per poter definire come apparente il concorso di norme e la definizione dei criteri di determinazione della norma prevalente.

<sup>86</sup> Per tutti, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 15 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 53 ss.

naturalistico e dottrine che affrontano il problema dal punto di vista strutturale<sup>87</sup>. Le teorie pluralistiche seguirebbero, tendenzialmente, un criterio teleologico-valutativo. Le altre due categorie, invece, sarebbero meglio riferite alle teorie c.d. monistiche; in particolare, il riferimento all'analisi naturalistica allude alla, ormai superata, teoria della specialità in concreto.

Le varie posizioni dottrinali, però, sono meno distanti di quanto si possa pensare. Il dibattito, infatti, nasce dalla comune constatazione che l'applicazione rigorosa dei criteri normativi esistenti può portare a soluzioni insoddisfacenti. Si tenta, allora, di ovviare al problema degli eccessi sanzionatori, dovuti al concorso di una pluralità di fattispecie -spesso sovrabbondanti-, cercando di configurare un concorso apparente di norme anche laddove le norme non lo consentono<sup>88</sup>. Per questo motivo, coloro che aderiscono ad una tesi monistica cercano di risolvere tutti i problemi afferenti al concorso apparente di norme ricorrendo ad una nozione estensiva dell'unico principio di specialità. Al contrario, i sostenitori delle tesi pluralistiche, ritengono l'art. 15 c.p. insufficiente e affiancano dei criteri di valore alla specialità intesa in senso stretto.

In ogni caso, le diverse soluzioni ricollegano, in qualche modo, la convergenza apparente all'applicazione del *ne bis in idem* sostanziale.

## **2.1 Convergenza o concorso: una premessa terminologica.**

Dottrina autorevole e attenta alla necessità di una chiarezza, prima di tutto, terminologica sottolinea come l'espressione concorso apparente di norme costituisca, in realtà, un ossimoro<sup>89</sup>.

Il termine concorso presuppone la sussistenza di norme che regolano uno stesso fatto in modo non antitetico. Se, in applicazione dei criteri previsti dalla legge, è una soltanto la norma di parte speciale da applicare, allora il concorso di norme è inesistente e non apparente. Lo stesso art. 15 c.p. non utilizza tale nozione e si riferisce, più correttamente, ad una materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge.

---

<sup>87</sup> VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 266 ss.

<sup>88</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 689: si sottolinea che l'esigenza di superare il criterio di specialità, soprattutto con il ricorso a criteri di valore quali l'assorbimento, nasce dalla necessità di contrastare «l'artificiosa proliferazione delle fattispecie incriminatrici». Quello del codice Rocco, infatti, è uno di quegli ordinamenti «caratterizzati da un'eccessiva moltiplicazione dei tipi di reato, senza che a tale eccesso di previsione casistica corrisponda un autonomo e reale disvalore dei singoli fatti di volta in volta incriminati». Analogamente, DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 417, afferma che l'abuso della «tecnica di previsione "casistica" delle fattispecie (...) rappresenta (...) uno tra i tanti "vizi capitali" che affliggono il nostro sistema penale».

<sup>89</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 19. L'Autore, prima ancora di addentrarsi nell'analisi dei problemi della convergenza reale o apparente di norme, riflette sulla distinzione esistente tra i concetti di convergenza, concorso, conflitto e antinomia. Quest'ultima, in particolare, andrebbe riferita all'esistenza di un contrasto ideologico tra le affermazioni di principio contenute in più norme, ad esempio, quando esse rivelano scelte politico-criminali contraddittorie.

Sembrerebbe, allora, più corretto parlare di convergenza per riferirsi all'ipotesi generale in cui, in relazione ad uno stesso fatto, è in discussione l'applicazione di più norme<sup>90</sup>. Anche etimologicamente, infatti, il termine deriva da *cum vergere*, cioè da tendere insieme verso una stessa situazione di fatto.

Tale convergenza potrebbe essere reale, dando luogo ad un conflitto o ad un concorso di norme. Se le norme coinvolte comportano la qualificazione giuridica del fatto in virtù di fattispecie diverse, si determina un concorso di reati<sup>91</sup>.

Il conflitto, invece, si determinerebbe quando le norme si trovano in un rapporto di antitesi, risultando comunque unica la norma da applicare<sup>92</sup>. Ciò potrebbe accadere nei rapporti tra una fattispecie incriminatrice e una causa di giustificazione. Tale questione sembra non propriamente attinente al discusso tema dell'unità o pluralità di reati dal momento che, come già sottolineato, si tratta di un'indagine strettamente legata alla tipicità. Prendendo le distanze dall'impostazione dottrinale che vuole la tipicità quale anti-giuridicità tipizzata, è bene tener distinte le due categorie del reato e, di conseguenza, i due diversi momenti di valutazione nella qualificazione giuridica di una vicenda naturalistica. Considerazioni analoghe valgono per il conflitto tra fattispecie di parte speciale e norme scusanti o altre norme che escludono, a vario titolo, la punibilità. Il tema dell'unità o pluralità di reati eterogenei, allora, resta strettamente legato all'alternativa tra concorso apparente di norme e concorso di reati<sup>93</sup>.

Se, invece, esistono criteri per determinare l'arretramento di una norma a favore dell'applicazione dell'altra, la convergenza è solo apparente<sup>94</sup>.

Pur condividendo tali osservazioni, si prende atto della difficoltà di estromettere la locuzione concorso apparente di norme dal lessico della dottrina moderna, data la sua convinta e diffusa utilizzazione. Del resto, a prescindere dalle varie soluzioni accolte, la dottrina utilizza pacificamente tale espressione per riferirsi all'applicazione di una sola norma penale quando sia in discussione l'applicazione di norme plurime. Sembra allora possibile

---

<sup>90</sup> Parte della dottrina, invece, preferisce parlare di concorso di norme a prescindere dalla circostanza che, in ultima analisi, si debba concludere per la sussistenza di un unico reato o di più reati. Così PAGLIARO, *Concorso di reati*, cit., 545-546. Tale nozione sembra quella utilizzata dallo stesso legislatore del 1930; così ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., pag. 6.

<sup>91</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 20. Concorso, infatti, deriva dal latino *concurrere*, ovvero confluire in uno stesso luogo. Si tratta, pertanto, di norme non antitetiche che confluiscono sullo stesso fatto regolandolo in modi diversi.

<sup>92</sup> *Ivi*, 22. Per conflitto si intende, quindi, una reale contrapposizione tra norme dello stesso ordinamento o di ordinamenti diversi.

<sup>93</sup> La restrizione dell'alternativa alla sola ipotesi dei reati eterogenei dipende dal fatto che, in questa sede, si ritiene che la problematica dell'applicazione plurima di una stessa norma penale non costituisca un problema di convergenza, ma solo di unità o pluralità tra reati omogenei.

<sup>94</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 18, nota 16.

utilizzare le nozioni di concorso apparente di norme e di convergenza apparente quali sinonimi<sup>95</sup>.

## 2.2 Impostazione del problema in termini di validità o di efficacia.

Uno studio sul problema dell'unità o pluralità di reati deve interrogarsi sull'operatività della convergenza apparente sul piano della validità ovvero della sola efficacia delle norme coinvolte. La questione ha ripercussioni pratiche importanti e va chiarita ai fini della coerenza del sistema<sup>96</sup>.

Se si trattasse di una questione attinente all'efficacia, le norme convergenti rispetto ad uno stesso fatto sarebbero tutte valide, anche se la legge prevede che sia solo una quella chiamata a dispiegare i suoi effetti.

I rapporti tra concorso di reati e convergenza apparente di norme, quindi, dovrebbero essere interpretati come dei rapporti di regola ed eccezione. Nella convergenza apparente, infatti, vi sarebbe una fattispecie valida rispetto ai fatti oggetto di giudizio che, per effetto di una deroga legislativa, non viene applicata. In Italia tale orientamento è stato seguito da dottrina minoritaria di ispirazione tedesca<sup>97</sup>.

Tale impostazione sembra affermare che, in ogni caso di convergenza, si realizza la violazione di plurime norme di legge valide, quindi una pluralità di reati. L'apparenza del concorso, allora, consisterebbe nella deroga al trattamento dei reati concorrenti<sup>98</sup>. Convergenza apparente di norme, reato complesso e reato continuato sarebbero tutti espressione di una mera eccezione *quoad poenam* al concorso di reati<sup>99</sup>. Si determina, quindi, uno spostamento della questione dal piano della tipicità a quello del computo sanzionatorio. La *ratio* della deroga all'efficacia di una norma valida andrebbe riscontrata nell'esigenza di mitigare la sproporzione sanzionatoria dovuta alla contemporanea applicazione di tutte le norme.

---

<sup>95</sup> Lo stesso MANTOVANI, in *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 471 utilizza l'espressione concorso apparente di norme.

<sup>96</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 66.

<sup>97</sup> Pochi sembrano essere gli autori italiani che hanno seguito tale impostazione, tra cui TESAURO, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Napoli, 1964, 170; FLORIAN, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, Milano, 1934, 194; CAVALLO, *Diritto penale*, I, 493, II, 791. Per le indicazioni bibliografiche inerenti alla dottrina tedesca si veda, per tutti, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 318 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 37, 114, 121 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 59 nota 80.

<sup>98</sup> Così BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, 314; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 109; RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1952, 77 ss.; PAGLIARO, *Concorso di reati*, cit., 545.

<sup>99</sup> Ci si riferisce, quindi, ad una nozione unitaria di reato continuato.

Queste conclusioni sembrano coerenti con la collocazione del problema della convergenza apparente di norme nell'ambito della teoria della norma<sup>100</sup>. Del resto l'art. 15 c.p. è collocato nell'ambito dei problemi inerenti alla legge penale ed afferma, letteralmente, che la prevalenza della norma speciale è una deroga all'applicazione anche della norma generale.

In ogni caso, la ricostruzione del problema del concorso apparente di norme in termini di mera efficacia sembra superata dalla dottrina<sup>101</sup>. Innanzitutto, si obietta la contraddittorietà del ragionamento. Non è possibile affermare che sussiste unità di reato nonostante la plurima violazione di legge: o le norme violate sono plurime e, quindi, si ha una pluralità di reati, a prescindere da quale sia il trattamento sanzionatorio concretamente applicabile, oppure i fatti realizzati violano una sola norma e pertanto il reato è unico<sup>102</sup>. Non si comprende, inoltre, per quale motivo tale disciplina dovrebbe essere distinta dalle norme relative al trattamento giuridico della pluralità di reati, né quale sia il fondamento sostanziale dell'esigenza di mitigazione sanzionatoria<sup>103</sup>.

Al contrario, ricostruire la questione in termini di validità, significa affermare che il concorso di reati è apparente, perché il reato è unico. I criteri di soluzione della convergenza apparente di norme servirebbero a ricostruire correttamente gli ambiti di rilevanza penale di ciascuna fattispecie. In questo modo, la convergenza è apparente se, *prima facie*, i fatti sembrano sussumibili nell'ambito di una pluralità di fattispecie, ma in realtà essi sono qualificabili alla stregua di una sola disposizione normativa.

Tale impostazione appare convincente. L'individuazione dell'unica norma effettivamente valida ed applicabile sembra manifestare una valutazione complessiva, da parte del legislatore, dell'unico disvalore, d'azione e d'evento, realizzato. Pertanto, pur sussistendo l'astratta violazione di più norme penali, è unico il fatto tipico, perché il legislatore qualifica la manifestazione di personalità dell'agente come un'unica offesa o, al limite, come un unico fatto plurioffensivo<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Per tale osservazione MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 59. Non mancano, però, Autori, specie nella manualistica, che pur collocando il concorso apparente di norme nell'ambito della teoria della norma, perché sottolineano la collocazione sistematica dell'art. 15 c.p., sono comunque convinti che tale istituto abbia pari rilevanza rispetto al concorso di reati. Cfr., per tutti, FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 642-644.

<sup>101</sup> Così FROSALI 611 ss. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 39-42, nonché 114-116. Ritiene, però, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 63 che quest'ultimo Autore, in realtà, abbia assunto una posizione intermedia tra la tesi della validità e quella dell'efficacia. Egli, infatti, parla in modo equivoco di validità, efficacia, applicabilità, nega tendenzialmente l'astratta validità della norma, ma inserisce costanti riferimenti al fatto concreto, e al momento del suo verificarsi.

<sup>102</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 59 nota 81. Analogamente, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2008, 510; DE FRANCESCO, concorso apparente di norme, cit., pag. il quale sembra confermare l'esistenza di una relazione biunivoca tra unità di reato e unità di violazione legislativa.

<sup>103</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 65.

<sup>104</sup> Ciò è particolarmente evidente nell'ipotesi di reato complesso. La rapina, infatti, finisce per essere un unico reato plurioffensivo rispetto alle ipotesi semplici di violenza privata e furto che non vengono applicate al caso concreto. I rapporti tra fattispecie complessa e fattispecie semplice, però, vanno meglio ricostruiti come un

Concorso apparente di norme e concorso di reati sono due istituti di pari rilevanza sostanziale e costituiscono l'uno la negazione dell'altro. Non è possibile, quindi, ridurre il criterio di specialità, la predisposizione di fattispecie complesse e la determinazione di clausole di sussidiarietà a meri criteri di calcolo sanzionatorio al pari del cumulo materiale e del cumulo giuridico previsti dagli artt. 71 ss. c.p.

La circostanza che l'art. 15 c.p. sia collocato nell'ambito delle disposizioni sulla legge penale non deve trarre in inganno. Allo stesso modo, il riferimento dell'art. 15 c.p. alla deroga della legge speciale rispetto a quella generale, deve essere letto come un mero strumento di tecnica legislativa. Il legislatore pone un principio generale di determinazione dei rapporti tra norme, e quando egli descrive un fatto tipico speciale rispetto ad un altro, evidentemente ritiene la fattispecie speciale, quella più adeguata al disvalore realizzato dall'agente. Analoghe considerazioni valgono per le clausole di sussidiarietà.

Le ripercussioni pratiche dell'uno e dell'altro orientamento sono ben visibili nei casi problematici. Se la convergenza di norme fosse una questione di mera efficacia, nelle ipotesi dubbie si dovrebbe propendere sempre per l'applicazione della regola generale, a discapito del generale principio del *favor rei*<sup>105</sup>. È assurdo pensare che possa essere questo un criterio politico criminale idoneo per l'imputazione all'agente di una pluralità di fatti tipici e, di conseguenza, per l'applicazione di una pluralità di sanzioni.

Inoltre, se per una serie di circostanze accidentali la norma individuata per mezzo del concorso apparente non fosse più applicabile, la ricostruzione del problema sul piano della mera efficacia potrebbe suggerire una riqualificazione dei fatti oggetto di giudizio sussumendoli nella norma precedentemente giudicata soccombente<sup>106</sup>. Tale esito applicativo sembrerebbe paradossale.

Occorre, a questo punto, una precisazione. La presente indagine è finalizzata a comprendere quando, in un sistema penale teleologicamente orientato, il reato è unico. Affermare che la convergenza apparente di norme è un problema di validità e che, quindi,

---

problema di concorso apparente di norme. Sul punto, Cap. II, par. 1. Ancora, si potrebbe riprendere l'esempio delle relazioni tra l'art. 567 co. 2 c.p. -alterazione di stato mediante false dichiarazioni all'atto di nascita, collocato nei delitti contro la famiglia- e l'art. 495 c.p. -false dichiarazioni a pubblico ufficiale circa lo stato civile di una persona, collocato nelle disposizioni a tutela della fede pubblica-. La prevalenza dell'art. 567 co. 2 c.p., in quanto norma speciale, consentirebbe di affermare che l'alterazione di stato è una fattispecie idonea a coprire tanto l'offesa arrecata alla famiglia, quanto alla fede pubblica.

Conf. MANTOVANI, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 468 ss. Quest'ultimo sottolinea che, in un sistema come il nostro, rozzamente incentrato sulla determinazione dell'oggetto giuridico tutelato dalle fattispecie, è chiaro che l'unità di reato che deriva dal riscontro di un concorso apparente di norme, comporta la ricostruzione dell'unica fattispecie come una fattispecie plurisoggettiva. Anche in questo caso, quindi, si confermerebbe l'ispirazione di tutta la materia del concorso apparente di norme al principio sostanziale del *ne bis in idem*.

<sup>105</sup> FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 464 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 87 ss.

<sup>106</sup> Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, in mancanza di una condizione di procedibilità ovvero per l'intervento di un provvedimento di indulto.

essa sottende l'esistenza di un reato unico è utile ai fini del suddetto interrogativo, ma non sufficiente. Come anticipato, gli stessi orientamenti che aderiscono a questa impostazione non escludono che, fuori dai casi strettamente rientranti nel concorso apparente di norme, sia ammissibile che la sanzione sia unica anche se i reati concorrono<sup>107</sup>.

Per ragioni di completezza, si specifica che in relazione al criterio di specialità come criterio avente valenza generale nell'ordinamento per risolvere i conflitti tra norme, parte della dottrina non parla né di validità, né di efficacia, bensì di un mero problema di applicazione<sup>108</sup>.

### 3. La disciplina della convergenza apparente nell'impostazione del 1930

I lavori preparatori del codice penale vigente consentono di comprendere come il legislatore del 1930 abbia inquadrato il problema dell'unità o pluralità di reati eterogenei e, quindi, i rapporti tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati<sup>109</sup>.

Il legislatore del 1930 ha individuato, quale criterio generale di soluzione della convergenza apparente di norme, quello della specialità. Oltre ad averlo espresso nelle singole disposizioni di parte speciale, egli ha introdotto nel Titolo I della parte generale, l'art. 15 c.p., della legge penale, affinché potesse essere utilizzato come criterio generale di interpretazione delle singole clausole di riserva<sup>110</sup>.

L'aver introdotto tale norma nella parte generale, costituisce una novità rispetto al codice previgente, che si era limitato a predisporre una serie di clausole di parte speciale, facenti riferimento all'esistenza di rapporti di specialità o sussidiarietà tra fattispecie<sup>111</sup>. Tale

---

<sup>107</sup> Ancora una volta, ci si riferisce all'esclusione, dal ragionamento del concorso apparente di norme, delle clausole di riserva del tipo «salvo che il fatto costituisca altro reato». In quest'ultimo caso, infatti, i reati sono comunque plurimi e l'applicazione di una sola norma di legge non è sorretta dalla constatazione che sia una sola la norma valida; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 188 ss.

<sup>108</sup> Così BIN - PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino 2004, 300, secondo i quali la preferenza per la norma speciale non si esprime né in riferimento all'efficacia della norma (come per l'abrogazione), né con riferimento alla sua validità (come per l'annullamento); «le norme in conflitto rimangono entrambe efficaci e valide: l'interprete opera solamente una scelta di quale norma deve essere applicata; l'altra norma, semplicemente, non è applicata. (...) La prevalenza della norma speciale non è affatto distinguibile dalla deroga. Si può anzi dire che proprio la deroga sia l'effetto tipico della prevalenza della norma speciale su quella generale».

<sup>109</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma 1929.

<sup>110</sup> Sul punto ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit., 57. Questi, riferendosi all'art. 15 c.p., affermava: «Di codesta norma il Progetto offre il più vasto campo di applicazione, così che giustamente, a mio parere, la norma in esame fu definita come la chiave di volta per la sicura interpretazione di più di una delle sue disposizioni, così della Parte generale come, e ancor di più, della Parte speciale».

<sup>111</sup> Ad esempio, l'art. 139 c.p. 1889 in materia di delitti contro le libertà politiche, che rendeva punibile chiunque, con violenza, minaccia o tumulto, impedisse l'esercizio di un qualsiasi diritto politico, «quando il fatto non sia preveduto da speciali disposizioni di legge»; l'art. 175 c.p. 1889 che disciplinava l'abuso d'ufficio del pubblico ufficiale che avesse ordinato o commesso contro gli altrui diritti qualsiasi atto arbitrario «non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge»; art. 200 c.p. 1889 che assoggettava a pena chi commettesse

peculiarità costituisce uno dei punti di analogia tra il codice penale del 1889 e il vigente codice penale tedesco<sup>112</sup>.

Come noto, l'art. 15 c.p. stabilisce che quando due leggi o più disposizioni della stessa legge penale regolano una stessa materia, la legge o disposizione di legge speciale deroga a quella generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Il criterio di specialità risponderebbe al «principio generale incontrovertito, che domina anche negli altri campi del diritto» per il quale, quando un fatto è previsto da due norme contemporaneamente vigenti e una di queste sia volta a disciplinare degli interessi peculiari, salvo che sia stabilito diversamente, la norma speciale prevale su quella generale. Il senso dell'art. 15 c.p. è stato riscontrato, fuori di ogni dubbio, nell'esigenza di dare un'adeguata risposta sanzionatoria a fatti che presentano caratteristiche peculiari rispetto all'ipotesi generale<sup>113</sup>.

Tale criterio si applica anche al concorso tra circostanze, dal momento che l'art. 68 c.p. fa salva l'applicazione dell'art. 15 c.p.<sup>114</sup>.

Il legislatore ha inteso la specialità in un senso talmente ampio da ricomprendervi gli stessi rapporti di sussidiarietà tra le fattispecie. Nell'intento di semplificare le operazioni di qualificazione giuridica, le clausole di sussidiarietà, presenti nella parte speciale del codice, sono state pensate per rendere esplicito il rapporto di specialità<sup>115</sup>.

Occorre sottolineare, però, che tale criterio voleva essere riferito ai soli rapporti tra fattispecie poste a tutela di uno stesso bene giuridico. Nei lavori preparatori, infatti, si suggerisce la qualificazione della vicenda concreta come concorso formale di reati, qualora le

---

un delitto contro un membro del Parlamento o un pubblico ufficiale a causa delle funzioni «in tutti i casi non previsti da una speciale disposizione di legge».

<sup>112</sup> Nel sistema tedesco la disciplina della c.d. *Gesetzeskonkurrenz* è rimessa alla sola elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Sul punto si veda *infra*, par. 8.

<sup>113</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 57 e 58: «Interessi particolari possono esigere, in un dato momento storico, un'adeguata protezione giuridica, maggiore o diversa rispetto a quella che il legislatore accorda ad altri interessi, che con i primi hanno tuttavia elementi fondamentali comuni». Attraverso questa protezione «il legislatore compone, nell'armonia del diritto, interessi particolari con interessi generali». L'esempio riportato da Rocco per spiegare la specialità è il rapporto tra l'art. 254 favoreggiamento bellico (che oggi invece sarebbe l'art. 247 c.p.) che assoggetta a pena chiunque, in tempo di guerra, tiene intelligenze con lo straniero per favorire le operazioni militari del nemico a danno dello Stato italiano ovvero commette fatti diretti agli stessi scopi e l'art. 260 spionaggio politico o militare nella sua versione aggravata (oggi art. 257 c.p.) che rende punibile chiunque si procura a scopo di spionaggio politico o militare notizie che devono rimanere segrete nell'interesse della sicurezza dello stato o comunque nell'interesse politico, interno o internazionale dello Stato. Il fatto è aggravato se commesso nell'interesse di uno stato in guerra con lo Stato italiano.

<sup>114</sup> In relazione al concorso di circostanze, l'art. 15 c.p. viene richiamato anche per regolare i rapporti tra circostanze comuni e speciali. ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit., 122: «Né meraviglia che il legislatore consideri, talora, la stessa, circostanza, come comune e come speciale; egli, infatti, può essere indotto a ciò da particolari motivi, ad es., dall'opportunità di stabilire, rispetto ad un determinato reato, un aumento, o una diminuzione di pena, diversi da quelli stabiliti per le circostanze comuni. Pertanto, ogni concorso tra circostanze comuni e speciali è esplicitamente escluso».

<sup>115</sup> *Ibidem*: «Per meglio imprimere, a talune fra più norme comprese nello stesso Codice, il carattere di norme generali rispetto ad altre relative alla stessa materia, ho ritenuto talora di dovere inserire, nelle previsioni relative a singoli reati, la locuzione “salvo che il fatto non sia preveduto da altra particolare disposizione di legge”».

norme convergenti, pur se violate con una stessa azione od omissione, tutelino beni giuridici diversi<sup>116</sup>. Sarebbe, quindi, il criterio dell'identità del bene giuridico tutelato il discrimine tra il concorso apparente di norme e il concorso formale di reati, definiti come istituti totalmente distinti, seppur di pari dignità<sup>117</sup>.

In tale sistema, il concetto di «stessa materia» sembra, quindi, sovrapporsi al concetto di stesso bene giuridico<sup>118</sup>.

Al di fuori del criterio di specialità, non sussisterebbero altri criteri generalizzati di soluzione del concorso apparente di norme. Ciò non toglie che, nella valutazione del rapporto tra fattispecie di parte speciale, possano sussistere casi in cui il legislatore dà una risposta sanzionatoria unitaria ad una vicenda concreta, perché egli reputa come unitario il disvalore del fatto realizzato.

Rispondono a tale logica il reato complesso, quello progressivo e le ipotesi di *aberratio*, che vengono definiti quali «modi opportunamente escogitati per attenuare l'inasprimento eccessivo delle pene»<sup>119</sup>.

A tali ipotesi si aggiungano le numerose norme di parte speciale che elevano a reato unico fatti idonei ad essere qualificati autonomamente come illeciti, mediante clausole che la dottrina moderna definisce di sussidiarietà espressa, ma relativamente indeterminate. Nella relazione finale del codice, infatti, si afferma che la clausola «salvo che il fatto costituisca reato più grave», è espressione di valutazioni contingenti ed eccezionali. Pertanto, pur sussistendo offese a diversi beni giuridici, l'applicazione di un'unica sanzione è considerata

---

<sup>116</sup> *Ivi*, 58: «Può darsi tuttavia, che per lo stesso fatto siano applicabili due disposizioni, aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni a beni giuridici diversi. La disciplina di tale ipotesi rimane fuori, naturalmente, dall'art. 15 e trova la sua disciplina nell'art. 84». L'art. 84 del progetto definitivo di codice penale corrisponde al vigente art. 81 c.p. e, quindi, al concorso formale di reati.

<sup>117</sup> *Ivi*, 131: ritenuto il concorso ideale come un'ipotesi in cui con una sola condotta si producono violazioni giuridiche diverse, «appariva necessario, in un nuovo testo legislativo, nettamente distinguere l'ipotesi del concorso ideale di reati da quella del concorso di norme giuridiche, che a poco a poco gli interpreti avevano finito di confondere tra loro».

<sup>118</sup> Si ritiene di fondamentale importanza citare le precise parole di Rocco. *Ibidem*: «Il concorso di norme giuridiche è un istituto del tutto diverso dal concorso di reati. Nell'uno, la tutela dello stesso bene giuridico, o, come dicesi comunemente, della stessa materia, viene regolata da una pluralità di norme, talché sorge il problema della scelta della norma che deve essere applicata, non potendo lo stesso reato essere punito più volte; nell'altro, viceversa, più beni giuridici distinti vengono penalmente tutelati e sorge, quindi, il dubbio se, verificandosi la lesione non di uno soltanto di tali beni, ma di vari fra essi, sia pure per effetto di un'azione o di un'omissione unica, si debba punire il colpevole per ognuna delle lesioni cagionate. Nell'uno, insomma, il reato rimane unico, nonostante la pluralità delle norme giuridiche che lo prevedono, e si è, quindi, fuori dell'istituto del concorso di reati; nell'altro, 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. Ora, tale netta separazione dei due istituti ho creduto ben fissare negli artt. 15 e 84 del Progetto, anche per rendere più chiara ed ovvia la soluzione che l'art. 84, discostandosi dal vigente Codice, adotta in tema di concorso formale di reati. Questa soluzione, lungi dal consacrare la regola dell'assorbimento, riafferma anche in questo istituto l'esigenza di applicare tante pene quante sono le violazioni». Si ribadisce che l'art. 84 del Progetto disciplinava il concorso formale di reati.

<sup>119</sup> *Ivi*, 137.

idonea ad assorbire il disvalore complessivo del fatto realizzato. Il legislatore ha, pertanto, voluto valutare caso per caso l'opportunità di prevedere un assorbimento sanzionatorio<sup>120</sup>.

Del resto, lo stesso art. 15 c.p. fa salvi i casi in cui sia stabilito altrimenti. Al legislatore è chiaro, quindi, che persino il principio generale di prevalenza della norma speciale su quella generale è destinato a cedere il passo rispetto alle esigenze del caso concreto.

#### **4. Il dibattito sui presupposti della convergenza**

L'individuazione dei presupposti della convergenza apparente è indispensabile per individuare le ipotesi rispetto alle quali è possibile applicare i criteri della specialità e, eventualmente, quelli di sussidiarietà e assorbimento.

Sembra pacifico che le norme in concorso apparente debbano essere contemporaneamente vigenti. In caso contrario, si porrebbero esclusivamente problemi di successione di leggi penali nel tempo ai sensi dell'art. 2 c.p.<sup>121</sup>.

Si discute, inoltre, sulla necessaria diversità delle norme in concorso tra loro. Sembra corretta l'opinione prevalente che ritiene logicamente non ammissibile il concorso di una norma con sé stessa<sup>122</sup>. Ragionare sul concorso apparente o reale di norme significa, allora, considerare la sussistenza, o meno, di un concorso di reati eterogenei. L'applicazione unica o plurima di una norma incriminatrice ai fini di un concorso di reati omogenei costituisce, invece, una questione del tutto distinta anche se pur sempre collegata con il problema dell'unità o pluralità di reati<sup>123</sup>.

Parte della dottrina sostiene il contrario, affermando la sussistenza di un concorso apparente di norme ogni qual volta si discute circa l'applicazione unica o plurima di una o più norme. Si potrebbe ben configurare, quindi, un problema di concorso omogeneo apparente<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> ROCCO, *Relazione*, cit., 137: «Riferendomi a valutazioni contingenti, non ho escluso, nella Parte speciale del Progetto, che pur nella ipotesi di violazioni plurime dei beni giuridici diversi, possa talvolta l'applicazione della pena più grave bastare da sola a colpire i vari reati, adottando per tali casi eccezionali il sistema dell'assorbimento, che oggi l'articolo 78 del codice vigente accoglie in via di principio. A indicare tale deroga al criterio direttivo dell'art. 84 del Progetto, ho adoperato, nelle singole disposizioni della Parte speciale, una formula costante, vale a dire locuzione "salvo che il fatto costituisca reato più grave". Per la disciplina dell'art. 78 del c.p. del 1889, che prevedeva un assorbimento sanzionatorio per le ipotesi di concorso ideale di reati, si rinvia a Cap. III, par. 3.

<sup>121</sup> Relazione ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit.57. Sulla successione di leggi penali nel tempo, con particolare riguardo alle fattispecie che sono legate tra loro da rapporti di specialità FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 99 ss.

<sup>122</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., pag. 67, ma anche VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, 189; PAGLIARO, *Concorso di reati*, cit., 546; B. ROMANO, *Guida alla parte generale del diritto penale*, Padova, 2009, 401.

<sup>123</sup> La convergenza di norme va tenuta distinta, infatti, da «l'eterogeneo fenomeno della "apparente moltiplicazione di una stessa fattispecie legale" ad opera di una pluralità di atti concretanti, per la loro contestualità ed identità del fine un'"unica azione"»; così MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit. 67. Conformemente FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit. 501 ss.

<sup>124</sup> VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 267-270.

La questione più dibattuta resta l'interpretazione della nozione di «stessa materia» a cui fa riferimento l'art. 15 c.p. per fondare il rapporto di specialità tra fattispecie.

Poco seguita in dottrina, ma diffusamente utilizzata in giurisprudenza, è la tesi che vuole limitare i casi di concorso apparente di norme e, *in primis*, l'applicazione del principio di specialità alle ipotesi in cui le fattispecie sono poste a tutela del medesimo bene giuridico<sup>125</sup>.

Le origini di tale impostazioni sembrano più chiare in base a quanto detto circa la concezione dell'intero concorso apparente di norme nell'intenzione del legislatore del 1930<sup>126</sup>. Nonostante ciò, tale posizione non può, in alcun modo, essere condivisa.

In primo luogo si consideri che non vi è alcun riferimento nell'ambito dell'art. 15 c.p. che possa far ritenere inapplicabile il principio di specialità per diversità di beni giuridici. Le conseguenze sul piano applicativo, inoltre, sarebbero paradossali, inducendo a dubitare dell'esistenza di un concorso apparente di norme anche rispetto a fattispecie legate da un rapporto di specialità c.d. unilaterale<sup>127</sup>.

Ancora, si obietta che il rapporto di specialità ha natura logico-formale; al contrario, limitare il concorso apparente di norme ai casi in cui le fattispecie tutelano uno stesso bene giuridico, significa introdurre un apprezzamento di valore che ne stravolge la funzione. Si finirebbe, infatti, per valutare la specialità alla luce degli apprezzamenti di valore che fa il legislatore in sede di individuazione dell'oggettività giuridica.

Dottrina risalente intendeva il presupposto della «stessa materia» ex art. 15 c.p., come medesimo fatto concreto qualificabile alla stregua di più norme, anche se queste, in astratto, non erano legate da alcun rapporto di genere a specie<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 717; SPIEZA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937, 576.

<sup>126</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>127</sup> Per tutti, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 578. Si pensi al celebre caso dei rapporti tra ingiuria ed oltraggio a pubblico ufficiale, o, ancora, ai rapporti tra appropriazione indebita e peculato. Si tratta di casi nei quali, pur essendo diverso il bene giuridico tutelato dalle fattispecie, nessun interprete immaginerebbe di ravvisare un concorso formale di reati. Ancora, si pensi ai rapporti tra l'art. 630 in materia di sequestro estorsivo e l'art. 605 relativo al sequestro di persona, posti l'uno nei delitti contro il patrimonio e l'altro nei delitti contro la persona. Parte della dottrina suggerisce, ancora, in tali casi, di considerare una delle due fattispecie plurioffensiva, riconducendo il rapporto strutturale tra fattispecie alla specialità unilaterale e confermando l'applicazione del *ne bis in idem*. Così l'oltraggio a pubblico ufficiale potrebbe essere considerato plurioffensivo, dal momento che non offende solo la pubblica amministrazione, ma anche l'onore del pubblico ufficiale. Così MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 352 ss. *Contra*, DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II, cit., 48, ritiene che, per riconoscere tale plurioffensività, sia indispensabile riconoscere un rapporto di specialità tra le fattispecie.

<sup>128</sup> Tale orientamento è tipico degli aderenti alla, superata, dottrina della specialità in concreto, sulla quale si rinvia *infra*. Un esempio di medesimo fatto concreto potrebbe essere il noto caso dei rapporti tra la truffa e dei reati commessi per realizzarla, quali il millantato credito o un falso. Se pure la truffa, in astratto, non stabilisce alcun elemento legato da una relazione di specialità con le altre figure, nel caso concreto chi truffa millantando il credito o utilizzando un documento falso, specifica in concreto la condotta di indurre un terzo in errore con artifici e raggiri al fine di trarne profitto. Ancora, si potrebbe pensare al caso di un soggetto che, con ripetute percosse contro un familiare, realizza la fattispecie di maltrattamenti in famiglia.

Si obietta a tale tesi che il medesimo fatto concreto è il presupposto del concorso formale di reati e che, quindi, non può essere considerato il presupposto della convergenza apparente, altrimenti l'art. 81 co. 1 c.p. verrebbe svuotato di significato. Ciò sarebbe ancora più evidente se si considera che questa impostazione va di pari passo con la valutazione della specialità in concreto<sup>129</sup>.

L'obiezione non è convincente. Essa sovrappone il concetto di stessa materia con quello di specialità; si sovrappone, cioè, l'identificazione dei presupposti della convergenza con quella dei criteri alla luce dei quali risolvere i rapporti tra le norme, per valutare se la convergenza è apparente o reale<sup>130</sup>. La valutazione dei casi in cui si può porre un problema di concorso apparente di norme non può essere influenzata dalla valutazione sull'esistenza o meno della specialità. Il codice, infatti, prevede esplicitamente delle ipotesi di sussidiarietà che regolano casi in cui le due fattispecie non sono in rapporto di specialità intesa in senso stretto. Ancora, che il concorso formale sottenda un'identità di atti esecutivi, non vuol dire che tale requisito non possa essere presente anche nel concorso apparente di norme<sup>131</sup>. Del resto, se le norme convergono, devono pur convergere rispetto ad uno stesso fatto, sulla cui qualificazione giuridica ci si interroga. Che il concorso sia apparente o meno, poi, deriva dall'operatività del rapporto di specialità o di qualunque altra norma attraverso la quale il legislatore regola i rapporti tra norme convergenti.

Coloro i quali aderiscono alle impostazioni pluralistiche, poi, ritengono che il concetto di stessa materia debba essere interpretato come stesso disvalore. Esse, quindi, danno maggiore rilevanza all'esistenza di un medesimo fatto giuridico piuttosto che all'esistenza di una certa relazione strutturale tra fattispecie.

Vero è che il concorso apparente di norme, contribuendo alla corretta ricostruzione degli ambiti di validità delle norme penali, consente di stabilire quando il reato è unico. Che la condotta dell'agente sia espressione di un disvalore unitario o meno, però, deriva da una

---

<sup>129</sup> DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II, cit., 49: «Non è un caso, in effetti, che secondo alcuni autori il riferimento ad un 'medesimo fatto concreto' andrebbe ulteriormente arricchito dal richiamo alla necessaria presenza di un connotato di 'specialità', anch'esso da valutare in concreto. E tuttavia, se si eccettuano i casi di specialità unilaterale, quale delle norme concorrenti dovrà, da questo punto di vista, essere considerata 'concretamente speciale'? Se, come accade nella specialità reciproca, nessuna delle norme è 'in astratto' speciale (visto che, sia pure sotto profili diversi, sono entrambe speciali), riesce difficile comprendere come una siffatta specialità possa riemergere nella concretezza del fatto storico. A voler essere conseguenti, la 'stessa materia' finirebbe, dunque, col dover essere ravvisata nelle sole ipotesi di specialità unilaterale; ma, se così fosse –oltre a rendere pleonastico il richiamo ad una stessa materia (bastando al riguardo limitarsi a postulare l'esistenza di una specialità unilaterale) – la categoria del fatto in concreto nulla aggiungerebbe al rapporto esistente tra le fattispecie astratte, sì da far apparire tale categoria come un inutile duplicato dell'analisi strutturale delle fattispecie in questione».

<sup>130</sup> Questo stessa ambiguità sussiste nella ricostruzione del concetto di stessa materia operata da chi ha formulato tale obiezione. Sul punto, *infra*, par. 4.1 e 5.

<sup>131</sup> Sul concetto di azione o omissione unica nel concorso formale di reati si rinvia, ancora una volta, al Cap. III, par. 3.

valutazione normativa discrezionale. L'unità di disvalore, allora, non è il presupposto della convergenza, bensì, la conclusione a cui si giunge quando si risolvono gli eventuali problemi di pluralità apparente<sup>132</sup>.

Autorevole dottrina ritiene che tale espressione debba essere intesa come necessaria sussistenza di determinati rapporti strutturali tra fattispecie<sup>133</sup>. Il superamento delle teorie della specialità c.d. in concreto, infatti, ha determinato il ripudio di un concorso apparente di norme determinato dalle concrete modalità di realizzazione delle fattispecie. Quali siano, poi, i rapporti strutturali che fungono da presupposto dell'apparenza del concorso di norme è questione in rapporto alla quale diverse sono le soluzioni dottrinali prospettate<sup>134</sup>. Tendenzialmente, si ritiene che le norme debbano avere degli elementi strutturali comuni, di modo che non si pongano in rapporto di totale eterogeneità.

In particolare, secondo un'opinione diffusa, due norme possono dirsi in concorso apparente se esse sono idonee, in astratto, a regolare un identico sostrato naturalistico, cioè se riescono a regolare una stessa azione o omissione<sup>135</sup>. La norma prevalente, infatti, sarebbe sempre in grado di inglobare in sé quei fatti che, in sua assenza, sarebbero stati ricondotti alla norma soccombente<sup>136</sup>. Secondo tale ricostruzione, se l'agente pone in essere azioni o omissioni distinte sul piano naturalistico, si potrebbero verificare solo problemi attinenti al trattamento sanzionatorio della pluralità di reati, per esempio valorizzando il collegamento esistente tra le violazioni di legge plurime, come avviene per la continuazione o connessione tra reati<sup>137</sup>.

La questione riguarda, in ultima analisi, i rapporti tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati. L'affermazione per cui la convergenza apparente richiede che le fattispecie

---

<sup>132</sup> In termini analoghi DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II, cit., 49, il quale sostiene che, proprio perché il concorso apparente di norme è funzionale ad una qualificazione giuridica unitaria, è l'art. 15 c.p. che deve stabilire quando la norma è unica o plurima.

<sup>133</sup> Così anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 224 ss. La teoria, però, ha trovato la sua più famosa formulazione attraverso il lavoro di DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss., che ha condizionato, profondamente, il dibattito in materia e che è stata, per lo più, accolta dalla giurisprudenza, anche se con esiti non sempre conformi alle intenzioni del suo autore.

<sup>134</sup> Per l'analisi dei rapporti strutturali tra le fattispecie in astratto, quale presupposto della convergenza apparente di norme si rinvia *infra*, par. pag.

<sup>135</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2008, 522, per il quale, ai fini del concorso apparente di norme, è indispensabile l'unità di fatto storico suscettibile di plurime qualificazioni giuridiche su di esso convergenti; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 639, per i quali la convergenza di due o più norme si pone quando, sussiste una medesima situazione di fatto e ciascuna delle norme in concorso, in sé considerata, appare idonea a regolarla.

<sup>136</sup> Per fare un esempio, che la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale *ex art. 341 bis c.p.* sia speciale rispetto a quella di ingiuria prevista dall'art. 594 c.p. fino alla depenalizzazione realizzata col decreto legislativo n. 7 del 15 gennaio 2016, deriva dal fatto che entrambe puniscono l'offesa al decoro di una persona presente. La stessa azione del pronunciare frasi lesive dell'onore del pubblico ufficiale, quindi, viola due norme diverse, tra l'altro volte a tutelare due beni giuridici differenti (l'onore della persona e la pubblica amministrazione).

<sup>137</sup> Si pensi al caso di un soggetto che, dopo aver realizzato una rapina, si dia alla fuga alla guida di un'autovettura, investendo un passante di cui cagiona la morte. Le due condotte tipiche, distinte anche proprio sul piano esecutivo, comportano solo problemi inerenti ai rapporti tra questi reati plurimi realizzati in concorso materiale.

normative abbiano degli elementi strutturali comuni per differenziarsi sotto alcuni aspetti, fa propendere larga parte della dottrina per individuare un rapporto di reciproca esclusione con il solo concorso formale di reati<sup>138</sup>. La questione dipende dai modi in cui si intende il concetto di azione o omissione unica nel concorso formale di reati, cioè se lo si intende come identità di atti esecutivi o come identità di condotta tipica<sup>139</sup>.

Le ripercussioni pratiche di tali riflessioni sono evidenti in materia di progressione criminosa e di antefatto e postfatto.

Se si esclude il rapporto di interferenza tra norme dal novero dei presupposti della convergenza, allora anche la non punibilità dell'antefatto e del postfatto sottende una questione di concorso apparente di norme, perché è possibile riscontrare un'unica norma in grado di assorbire il disvalore dell'intera manifestazione di personalità dell'agente<sup>140</sup>. Dottrina contraria, invece, ritiene che l'antefatto e il postfatto siano autonomamente sussumibili in norme penali valide.

In questi casi, allora, sussisterebbero alcune violazioni di legge che sono fatti tipici non punibili per effetto di una deroga al trattamento sanzionatorio del concorso di reati.

Analogamente, si discute sui rapporti tra il reato complesso e il concorso apparente di norme. Parte della dottrina ritiene che l'art. 84 c.p. costituisca un'eccezione rispetto al trattamento sanzionatorio di un concorso materiale di reati. Ciò sarebbe confermato dalla collocazione sistematica dell'art. 84 c.p. Solo in questo modo si può spiegare l'esigenza di prevedere per le ipotesi complesse una disposizione *ad hoc*, altrimenti tali casi sarebbero rientrati nella disposizione di cui all'art. 15 c.p.

---

<sup>138</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 521, per il quale il concorso apparente di norme si trova in rapporto di stretta contiguità con il concorso formale di reati, perché entrambi richiedono l'unità del fatto storico qualificabile alla stregua di una pluralità di norme giuridiche. Nel concorso apparente di norme, però, non tutte le qualificazioni giuridiche convergenti sullo stesso fatto storico trovano applicazione producendo le proprie conseguenze giuridiche. Esiste, infatti, un rapporto di esclusione tra le stesse. L'inferenza tra norme viene sovente considerata il presupposto del concorso formale tra reati. C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 642: «Essendo contrassegnato nella sua disciplina dalla ricerca dell'unica norma applicabile, fra quelle che apparentemente si presentano idonee a regolare una stessa fattispecie concreta, l'ipotesi del concorso di norme si presenta come rigidamente alternativa alle ipotesi normative del concorso formale di reati, ove una stessa fattispecie concreta dà luogo all'applicazione cumulativa di più norme incriminatrici speciali: il che avviene, in quanto la condotta del soggetto realizza nel mondo esterno più fattispecie legali di reato». MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 85- 88: il concorso ideale si presenta alternativo al concorso ideale di reati. Quest'ultimo sottende lo stesso rapporto strutturale di specialità reciproca che è sotteso alle fattispecie in rapporto di sussidiarietà. In entrambe le ipotesi, infatti, «una fattispecie non comprende quali propri elementi particolari gli elementi costitutivi propri unicamente dell'altra». La sussidiarietà, allora, costituisce un'eccezione rispetto al concorso ideale di reati e deve, necessariamente, rimanere nei limiti di tale eccezione.

<sup>139</sup> Sul concetto di *Handlungseinheit* ed *Handlungsidealität* nel concorso formale di reati si rinvia al Cap. III, par.3.2.

<sup>140</sup> Tale orientamento sembra risentire, ancora una volta, delle influenze della dottrina tedesca che, per lo più, sembra inserire la progressione criminosa nell'ambito di operatività della convergenza apparente di norme - *unechte Gesetzeskonkurrenz*-. Sul punto, *infra*, par.8.

Al contrario, l'opinione maggioritaria ritiene che il reato complesso ben possa costituire un'ipotesi di convergenza di norme. In particolare, si obietta che il problema dell'unificazione legislativa di più fatti criminosi in un'unica fattispecie legale non deve essere confuso con quello dei rapporti tra la norma che descrive la fattispecie che si può definire a struttura complessa e quella che prevede il reato minore<sup>141</sup>. Che l'art. 84 c.p. sia collocato dopo le norme inerenti al concorso di reati è, quindi, dovuto al fatto che esso costituisce una forma di unificazione legislativa di fatti plurimi eterogenei che, in assenza della norma assorbente, sarebbero concorrenti. Una volta riconosciuta l'unificazione legislativa in un unico fatto tipico, però, sussiste un concorso apparente di norme tra la fattispecie complessa e quella semplice soccombente<sup>142</sup>.

Si discute, infine, sulla necessaria problematicità della convergenza apparente. Non sussisterebbe un concorso apparente di norme laddove fosse intuitivamente individuabile l'unica norma applicabile. Si tratta, cioè, di comprendere se la convergenza presuppone solo un certo rapporto strutturale tra le fattispecie o se richiede anche un certo grado di difficoltà nell'individuazione dell'unica norma da applicare.

Aderendo all'idea della necessaria problematicità si dovrebbe arrivare, forse, al paradosso di escludere un concorso apparente di norme in tutti i casi in cui è palese il rapporto di specialità tra fattispecie<sup>143</sup>.

Ulteriori conseguenze si potrebbero prospettare in relazione alle norme che si trovano in una relazione di incompatibilità o di eterogeneità. La dottrina maggioritaria esclude tali rapporti dall'applicazione del concorso apparente di norme, perché essi determinerebbero solo ed esclusivamente problemi di interpretazione degli ambiti di validità di fattispecie<sup>144</sup>. Se, invece, la problematicità fosse uno dei presupposti della convergenza apparente di norme si potrebbero estendere i suoi ambiti applicativi fino a farli coincidere con il, più generale, problema delle qualificazioni giuridiche multiple e della pluralità apparente. Anche le problematiche di corretta interpretazione delle singole fattispecie incriminatrici potrebbero rientrare, allora, nella nozione di concorso apparente<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 69.

<sup>142</sup> Sulla *ratio* del reato complesso come assorbimento di fattispecie eterogenee in virtù dello stretto collegamento esistente tra le stesse, sui rapporti tra l'art. 84 c.p. e la disciplina del concorso apparente di norme, sull'impossibilità di estendere tale disciplina fuori dai casi previsti dal legislatore sulla base di un criterio di assorbimento, Cap. II, par.1.

<sup>143</sup> Si pensi ai rapporti tra le fattispecie di infanticidio per condizioni di abbandono materiale e morale e quella di omicidio.

<sup>144</sup> Così, per tutti, DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss. e MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 178 ss., i quali ritengono che l'eterogeneità o l'incompatibilità tra fattispecie siano rapporti sempre esclusi dal concorso apparente di norme, trattandosi di una materia diversa.

<sup>145</sup> V. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 270 ss.. L'Autore fa rientrare nell'ambito del concorso apparente persino le ipotesi di concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità, ovvero quelle ipotesi in cui

Escludendo la problematicità del rapporto tra norme dal novero dei presupposti, ci si è domandati, poi, se anche i rapporti tra delitto tentato e delitto consumato costituiscono un caso di concorso apparente di norme<sup>146</sup>. In realtà, tali rapporti non hanno nulla a che vedere con il problema della convergenza apparente di norme. Aderendo all'ipotesi per cui il concorso apparente di norme è un problema di validità, per convergenza si deve intendere il fenomeno per cui sussistono due norme, che teoricamente sarebbero entrambe idonee a disciplinare uno stesso fenomeno, ma, per effetto della volontà legislativa, i rispettivi ambiti di rilevanza penale vanno tenuti ben distinti. L'applicazione dell'art. 56 c.p. presuppone che il reato non sia portato a consumazione per interruzione dell'azione esecutiva o per mancata realizzazione dell'evento. In ogni caso il suo ambito di validità è già *ab origine* distinto da quello del delitto consumato, pertanto non sussiste alcun problema di convergenza, neppure apparente<sup>147</sup>.

#### 4.1 I possibili rapporti strutturali tra le fattispecie

Le elaborazioni dottrinali recenti ritengono indispensabile il raffronto strutturale tra le fattispecie in astratto per individuare quei rapporti che possono costituire il presupposto di una convergenza di norme. Tale scelta appare influenzata dal superamento delle teorie naturalistiche dell'unità di reato a favore di un'impostazione normativa<sup>148</sup>. Se, cioè, l'unità di reato dipende da una valutazione normativa, evidentemente la convergenza apparente di norme deve tenere presenti i rapporti esistenti tra fattispecie.

Tale analisi è prodromica rispetto a quella dell'identificazione dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme. Per semplificare la questione, è comune il ricorso alla rappresentazione grafica dell'area di rilevanza penale delle fattispecie come due cerchi.

Alcuni Autori partono dall'analisi della relazione di identità tra fattispecie da rappresentare, graficamente, quali due cerchi in tutto e per tutto sovrapponibili. Quest'ultima relazione, però, nulla avrebbe a che fare con la convergenza apparente di norme. Ed infatti, gli unici casi in cui è utile valutare tale rapporto sono o quelli di abrogazione tacita di una norma,

---

«l'accadimento concreto risulti pienamente “tipico” alla stregua di un'unica fattispecie incriminatrice». Per fare un esempio, mostrare un organo genitale in pubblico simulando una masturbazione senza volontà di offendere l'altrui decoro o onore che costituirebbe il solo fatto tipico *ex art. 527 c.p.* e non anche un'ingiuria *ex art. 594 c.p.* -ad oggi depenalizzato-; ancora, nel caso in cui il soggetto non rivesta contemporaneamente le qualifiche di sottoposto ad indagini preliminari e di condannato in via definitiva, si deve escludere il concorso tra favoreggiamento personale *ex art. 378 c.p.* -che punisce il fatto di chi aiuta taluno ad eludere le investigazioni- e la procurata inosservanza di pena *ex art. 390 c.p.* -che punisce il fatto di chi aiuta taluno a sottrarsi dall'esecuzione di una pena-.

<sup>146</sup> Sul punto ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 151 ss.

<sup>147</sup> Così anche MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 254 ss. il quale ritiene che la non consumazione del reato sia un vero e proprio elemento negativo del delitto tentato che impedisce la configurabilità di un fenomeno di convergenza di norme.

<sup>148</sup> Si veda Introduzione, par. 3.

perché le norme identiche si succedono nel tempo, oppure nel caso di norme identiche appartenenti ad ordinamenti diversi che potrebbero porre problemi di applicazione territoriale<sup>149</sup>.

È ovvio, poi, che le norme di parte speciale possano trovarsi in un rapporto di totale estraneità, senza avere alcun tipo di legame o sovrapposizione<sup>150</sup>. Graficamente, l'area di rilevanza penale delle fattispecie verrebbe rappresentata come due cerchi distinti e separati senza alcuna intersezione. Le fattispecie coinvolte, quindi, non pongono alcun problema di concorso apparente di norme, in quanto i fatti realizzati restano del tutto distinti e si potrebbero porre esclusivamente problemi relativi al trattamento sanzionatorio<sup>151</sup>.

Nell'ambito della relazione di eterogeneità, però, una particolare attenzione va riservata alle ipotesi di alternatività o alterità, che si verificano quando le due norme, apparentemente violate, sono tra loro del tutto incompatibili<sup>152</sup>. Non sempre è semplice distinguere l'area di rilevanza penale dei singoli fatti tipici, ma il problema, secondo la dottrina prevalente, resta sul piano della corretta interpretazione delle fattispecie<sup>153</sup>.

La questione, si ripete, dipende dalla nozione che si assume di convergenza apparente di norme. Se in tale nozione si fanno rientrare i casi in cui un fatto, in assenza della norma prevalente (speciale, sussidiaria, assorbente) sarebbe comunque stato giuridicamente qualificabile alla stregua della norma soccombente, allora le ipotesi di norme tra loro incompatibili devono essere escluse. In tal caso, infatti, concluse le operazioni di interpretazione, una delle due norme non è neanche apparentemente capace di qualificare giuridicamente il fatto<sup>154</sup>. Se invece, per convergenza apparente di norme si intende, più genericamente, il caso in cui, in relazione ad una stessa vicenda concreta, si discute della qualificazione giuridica del fatto alla stregua di una pluralità di norme, per concludere, dopo le operazioni di interpretazione, che una sola è la norma valida ed efficace, allora vi sarebbe spazio per includere anche tali ipotesi nei problemi di concorso apparente di norme<sup>155</sup>.

---

<sup>149</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 403

<sup>150</sup> Si pensi al rapporto tra un furto in appartamento rispetto alla fattispecie di violenza sessuale.

<sup>151</sup> Ci si riferisce alla possibile esistenza di un rapporto di connessione, oppure di un medesimo disegno criminoso ai fini della continuazione. Su questi particolari problemi si veda Cap. III, par. 4 e 5.2.

<sup>152</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 403. Sarebbe questo il rapporto tra appropriazione indebita e furto, ovvero tra concussione e corruzione.

<sup>153</sup> Si pensi ai rapporti strutturali tra la fattispecie di furto e quella di appropriazione indebita, che si differenziano sullo stesso piano della condotta punibile, perché il furto presuppone la sottrazione della cosa da chi la detiene (nel senso di disponibilità materiale), mentre l'appropriazione indebita presuppone una relazione di possesso con la cosa sottratta (da intendersi come esercizio di un autonomo potere sulla cosa, inclusa la nozione civilistica di detenzione, purché esercitata senza la vigilanza di chi, sulla cosa, dispone di un potere giuridico maggiore).

<sup>154</sup> DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 40 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 254 ss.

<sup>155</sup> VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 266 ss.

Esistono, poi, fattispecie che si trovano tra loro in rapporto di specialità. L'area di rilevanza penale delle norme in questione potrebbe essere descritta graficamente come due cerchi concentrici. In assenza della norma speciale, i fatti oggetto di giudizio dovrebbero rientrare nella disciplina della norma di più ampia portata.

A tale tipo di rapporto devono essere, sicuramente, ricondotti i casi che larga parte della dottrina e della giurisprudenza definiscono di specialità c.d. unilaterale o univoca<sup>156</sup>. Con tale espressione ci si riferisce ai casi in cui una sola delle norme convergenti presenta elementi specializzanti rispetto all'altra. Essa si distinguerebbe in specialità unilaterale per specificazione e per aggiunta.

È quasi impossibile dare una definizione di specialità unilaterale per specificazione che non sia tautologica, dovendosi definire in tal modo i casi in cui una norma preveda in sé tutti gli elementi di un'altra norma, ma ne specifica alcuni o tutti gli elementi costitutivi<sup>157</sup>. Sussiste specialità unilaterale per aggiunta, invece, quando una norma prevede tutti gli elementi costitutivi di un'altra, aggiungendo elementi ulteriori non previsti dalla prima fattispecie<sup>158</sup>. Secondo alcuni Autori, inoltre, è possibile che gli elementi aggiuntivi e specializzanti siano presenti congiuntamente, non pregiudicando il fatto che si tratti di un rapporto di specialità di tipo unilaterale<sup>159</sup>. Altri, ancora, condividono, sostanzialmente, la nozione di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta, ma adottano una diversa nomenclatura<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Sulla specialità unilaterale, per tutti, DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss.; VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 271 ss.

<sup>157</sup> Si pensi al caso dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale di cui all'art. 578 c.p. rispetto all'omicidio ex art. 575 c.p. Si tratta pur sempre di un'azione volontaria volta a procurare la morte di un essere umano, ma l'infanticidio specifica tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 575 c.p.: l'agente (la madre), il soggetto passivo del reato (il neonato o il feto), le modalità della condotta (fatto determinato da condizioni di abbandono morale e materiale connesse al parto). È, inoltre, possibile che la fattispecie speciale differisca per un solo elemento rispetto a quella generale; si pensi al caso della violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609 *octies* c.p., rispetto all'ipotesi base monosoggettiva di cui all'art. 609 *bis* c.p.

<sup>158</sup> Possono, forse, essere ricondotti a tale relazione i rapporti tra una fattispecie che prevede un dolo generico, come il sequestro di persona, ed una che prevede uno scopo specifico come il sequestro di persona a scopo di estorsione. Così, DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II, *Forme del reato*, Torino, 2013, 49. Ci si chiede se questo non sia comunque un caso di specificazione, dal momento che si tratta, pur sempre, di una specificazione del dolo che pure è richiesto dal *Tatbestand* del sequestro di persona.

<sup>159</sup> Così secondo C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, op. cit., 640.

<sup>160</sup> Sul punto MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 206 ss., fondamentalmente, aderisce alla distinzione della specialità unilaterale in specialità unilaterale per specificazione e per aggiunta, ma preferisce dare definizioni che meglio spieghino le relazioni strutturali tra le fattispecie. Così egli qualifica la specialità unilaterale per specificazione come casi di coincidenza tra fattispecie e sottofattispecie, perché la fattispecie speciale (per esempio l'oltraggio a magistrato in udienza o l'infanticidio) coincide con un'ipotesi particolare della fattispecie generale (per esempio l'ingiuria o l'omicidio). L'elemento ulteriore previsto dalla norma speciale è una *species* di un elemento generico della fattispecie generale (per esempio la qualifica di magistrato o la qualità di infante rispetto alla generica nozione di persona). Si introduce, quindi, il concetto di sottofattispecie che altro non è se non un caso particolare della fattispecie generale. La specialità per aggiunta, invece, va definita come una specialità per coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo, perché la fattispecie speciale coincide per un elemento costitutivo con quella generale. Il *quid pluris* della fattispecie speciale è un elemento

In relazione alla specialità unilaterale per aggiunta, è opinione unanime che tra le fattispecie in tale rapporto strutturale sussista un concorso apparente di norme. A tale ipotesi sembra, propriamente, rispondere il rapporto tra la fattispecie semplice e quella complessa<sup>161</sup>. Si ricordi, però, che l'art. 84 c.p. è stato voluto dal legislatore per derogare al trattamento sanzionatorio di reati in concorso formale<sup>162</sup>. Evidentemente, l'art. 84 c.p. è stato pensato per applicare un'unica sanzione ad ipotesi che, in assenza di tale disposizione, sarebbero rimaste escluse dall'applicazione del concorso apparente di norme. Se così non fosse, l'art. 84 c.p. costituirebbe una mera ripetizione rispetto all'art. 15 c.p. Si potrebbe sostenere, allora, che, nelle intenzioni del legislatore, il principio di specialità doveva essere rigorosamente limitato ai rapporti di specialità unilaterale per specificazione.

Esistono, infine, casi in cui, a fronte di un nucleo comune, ciascuna norma presenta, rispetto all'altra, uno o più elementi diversi. Tali ipotesi sono convenzionalmente indicate come rapporti di interferenza e, graficamente, potrebbero essere raffigurati come due cerchi tra loro intersecati<sup>163</sup>.

Tale relazione costituisce il punto nevralgico di tutto il dibattito in materia di concorso apparente di norme. L'interferenza tra fattispecie, infatti, dà luogo ad un concorso formale di reati e, quindi, ad un cumulo di pene, che viene percepito come irragionevole in molte occasioni. Si avverte, allora, l'esigenza di applicare una pena unica. Ciò determina il rischio di una pericolosa inversione metodologica. L'esigenza concreta di riscontrare un'unità di reato spinge, infatti, la dottrina a cercare principi generali che possano giustificare l'individuazione di un concorso apparente di norme<sup>164</sup>.

Si cerca quindi di selezionare, fra tutte le ipotesi di interferenza, alcuni casi nei quali appare intollerabile ravvisare il concorso di reati e, quindi, il cumulo di pene. In dottrina si è così giunti ad elaborare la nozione di specialità c.d. bilaterale o reciproca, che si verifica quando le fattispecie, parzialmente sovrapponibili, si differenziano per la presenza di elementi

---

aggiuntivo rispetto a quelli previsti da quella generale. Per esempio, nei rapporti tra rapina e furto, il furto costituisce un elemento costitutivo della fattispecie speciale al quale la rapina aggiunge l'ulteriore elemento della violenza.

<sup>161</sup> Si pensi ai rapporti tra la rapina e il furto. La fattispecie di cui all'art. 628 c.p. prevede tutti gli elementi del furto, aggiungendo gli ulteriori elementi della violenza e della minaccia, pertanto è norma speciale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 624 c.p.

<sup>162</sup> Sul concetto di reato complesso come deroga al concorso formale di reati ROCCO, *Relazione sul Libro I*, cit., 131

<sup>163</sup> Viene tradizionalmente ricondotta a quest'ipotesi la fattispecie dell'incesto ex art. 564 c.p. rispetto a quella della violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p., dal momento che, a fronte del nucleo comune dell'atto sessuale, l'uno richiede l'elemento aggiuntivo del rapporto di parentela e l'altra quello della violenza utilizzata per costringere il soggetto passivo del reato al rapporto sessuale.

<sup>164</sup> DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss.

reciprocamente specializzanti<sup>165</sup>. Tale nozione è fortemente criticata da altra parte della dottrina, proprio perché essa avrebbe l'unico scopo di far rientrare nella specialità anche i casi di interferenza, che, semplicemente, ad essa non appartengono<sup>166</sup>.

I rapporti tra interferenza e specialità bilaterale vengono, poi, variamente articolati nelle singole impostazioni dottrinali che ricorrono a tale nozione<sup>167</sup>.

Secondo alcuni Autori, l'interferenza sarebbe l'ipotesi generale relativa ai casi in cui le fattispecie presentano, in astratto, un nucleo comune e degli elementi differenziali. Nell'ambito di questa macrocategoria, si potrebbero distinguere le ipotesi di specialità bilaterale, appartenenti comunque alle ipotesi di interferenza in astratto, che pongono dei problemi di concorso apparente di norme. Analogamente, problemi di convergenza possono porsi anche nell'ipotesi particolare di interferenza in concreto<sup>168</sup>.

Altra parte della dottrina differenzia la relazione di interferenza dalla specialità reciproca. La prima costituirebbe la tipica espressione di un concorso formale di reati, poiché le fattispecie coinvolte presentano un nucleo di elementi comuni e degli elementi tra loro eterogenei. La specialità reciproca, invece, costituirebbe campo di applicazione della disciplina della convergenza. Tutta la disciplina si spiega, in ogni caso, alla luce dei principi sottesi a tale rapporto strutturale. I casi che rientrano nella specialità, unilaterale o reciproca, sarebbero espressione del principio del *ne bis in idem*. Al contrario, l'interferenza sottende il diverso criterio dell'integrale valutazione giuridica<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Un esempio, tra tutti quelli di specialità bilaterale, può essere riscontrato nella vecchia disciplina dell'aggiotaggio, in base alla quale l'art. 501 co. 1 c.p. rendeva punibile l'ipotesi dell'aggiotaggio comune, contrassegnato dal dolo specifico consistente nel fine di turbare il mercato interno e l'art. 2628 c.c., aggiotaggio societario, connotarsi per la qualifica propria dell'agente nell'ambito di una società per azioni (per esempio amministratore, sindaco, direttore generale).

<sup>166</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 14 ss.

<sup>167</sup> *Ex multis*, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 524-525 il quale distingue tra interferenza e specialità bilaterale nei termini sin qui riportati. L'interferenza, allora, corrisponderebbe a quel rapporto che DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss. definirebbe specialità bilaterale per aggiunta e che giustifica un concorso formale di reati. La specialità bilaterale, invece, sembra coincidere con ciò che l'Autore della dottrina definisce specialità bilaterale per specificazione. Ci si riferisce all'impostazione di tale Autore, dal momento che le definizioni da questo utilizzate nella descrizione dei rapporti strutturali delle fattispecie in astratto sono, ormai, entrate a far parte del lessico comunemente utilizzato dalla giurisprudenza per riferirsi ai fenomeni di concorso apparente di norme.

<sup>168</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 404. Per un esempio di interferenza in concreto, si pensi ai rapporti tra truffa e millantato credito che, in astratto, non sono in rapporto di specialità, ma che, in concreto, potrebbero essere realizzati con una sola violazione. Alla sovrapposibilità in concreto fa riferimento, altresì, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 523, secondo il quale per aversi concorso apparente di norme è sufficiente che le norme non si trovino in una situazione di totale eterogeneità. Se, infatti, violenza sessuale e falso ideologico non potranno mai trovarsi in un rapporto di parziale sovrapposibilità, vi sono fattispecie quali l'omicidio e il danneggiamento che potenzialmente potrebbero essere sovrapposibili in concreto.

<sup>169</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 224 ss., definisce la specialità reciproca come l'ipotesi in cui ciascuna fattispecie è speciale rispetto all'altra, perché ognuna ha elementi comuni ed elementi specifici e generici rispetto agli elementi dell'altra fattispecie. Nell'ambito della specialità reciproca si dovrebbero distinguere la specialità reciproca "per coincidenza tra sottofattispecie" e quelle di "coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare". La prima ipotesi si realizza nel caso in cui ciascuna fattispecie ha degli elementi speciali rispetto all'altra. La sottofattispecie è una modalità concreta di realizzazione della fattispecie; ogni fattispecie,

Va eccepcito, a questo punto, che non risulta convincente ricostruire il rapporto di specialità tra norme collegandola alle modalità di realizzazione del fatto concreto<sup>170</sup>. L'identità, in concreto, della condotta criminale nella realizzazione di più fattispecie è il fondamento del concorso formale di reati e, pertanto, sembra doversi escludere che essa possa essere sintomatica di un concorso apparente di norme<sup>171</sup>.

Celebre, anche per il riscontro che ha avuto in giurisprudenza, è quell'interpretazione che fa rientrare tanto le ipotesi di interferenza che quelle di specialità reciproca nell'unica macrocategoria della specialità bilaterale<sup>172</sup>. Secondo tale orientamento, tutti i rapporti strutturali tra fattispecie vanno studiati tenendo presente che, ai fini della sussistenza di un concorso apparente di norme, l'art. 15 c.p. richiede la sussistenza di una «stessa materia». Occorre dunque valutare, in astratto, quando sussiste tale presupposto. In particolare, si dovrebbe tener presente che «stessa» non vuol dire identica, essendo sufficiente che la materia non sia «diversa»: quando gli elementi di due fattispecie sono tra loro in una relazione di genere a specie, essi appartengono ad un'unica macrocategoria, quindi essi, pur non essendo identici, non sono diversi; allo stesso modo, se una fattispecie aggiunge un elemento strutturale rispetto ad un'altra, continua a sussistere la relazione di specialità, perché quell'elemento non ha termini di paragone nell'altra fattispecie, per cui non è possibile definirlo né identico, né diverso; solo nel caso in cui ciascuna fattispecie contenga un elemento aggiuntivo rispetto all'altra, non è dato riscontrare una relazione di specialità, perché i due elementi sono, sicuramente, diversi tra loro. La «stessa materia», allora, sussiste sia quando tutti gli elementi di due fattispecie possono essere ricondotti ad un'unica categoria generica, sia quando le fattispecie contengono degli elementi identici e degli elementi

---

quindi, comprende tante sottofattispecie quante sono le modalità concrete della sua realizzazione. Nei casi di specialità reciproca è possibile, allora, che i fatti realizzati integrino tanto gli elementi speciali dell'una che dell'altra fattispecie. Le sottofattispecie, quindi, coincidono. È questo il caso dell'aggiotaggio comune rispetto a quello societario secondo la disciplina anteriore ai reati societari. Esiste, infatti, un caso concreto in cui le due fattispecie si sovrappongono, cioè quando le condotte di aggiotaggio al fine di turbare il mercato sono poste in essere da un soggetto che ricopre una determinata qualifica. L'ulteriore caso di concorso apparente di norme è quello della specialità reciproca per "coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare", come avviene nel caso di emissione di assegni a vuoto rispetto all'ipotesi della truffa. Una fattispecie contiene un elemento speciale rispetto all'altra e quest'ultima comprende un elemento ulteriore rispetto a quelli previsti dalla prima.

<sup>170</sup> La stessa nozione di sottofattispecie, formulata da MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 206 ss., altro non è se non un'ipotesi particolare di realizzazione del fatto di reato. La coincidenza di sottofattispecie, quindi, appare un concetto difficilmente distinguibile dalla nozione di specialità in concreto. Si tratta, infatti, di un unico fatto storico che viola due o più fattispecie. Identici presupposti sono richiesti per la determinazione di un concorso formale; adottando questa nozione di specialità, allora, i due istituti sono difficilmente distinguibili. Per un'obiezione analoga PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 14 ss.

<sup>171</sup> Sulla nozione di unità di azione o di omissione unica nel concorso formale come identità di atti esecutivi, Cap. III, par. 3. Un'obiezione analoga viene mossa da DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II, cit., 48 alla teoria della specialità in concreto. Affermare che la specialità dipenda dalla concreta modalità di estrinsecazione della condotta equivale a svuotare di significato l'art. 81 c.p.

<sup>172</sup> DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss.; per i riferimenti alla giurisprudenza che ha accolto tale nozione VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 267 ss.

riconducibili ad uno stesso genere, sia quando un elemento di una fattispecie non trova alcun corrispondente in nessun altro elemento dell'altra. In quest'ultimo caso, poiché mancherebbe un termine di paragone, gli elementi non possono dirsi diversi. Se, invece, le norme presentano, reciprocamente degli elementi tra loro diversi, allora la convergenza è reale. Tale circostanza si viene a determinare nell'ipotesi residuale della specialità bilaterale "bilateralmente per aggiunta"<sup>173</sup>. Anche in tali casi, comunque, nulla esclude che possa trovare applicazione una specifica disposizione di legge, quale una clausola di sussidiarietà indeterminata, a mitigare il trattamento sanzionatorio.

*De iure condito*, quest'ultima soluzione appare, sicuramente, idonea a rispondere all'esigenza di limitare i casi di concorso di reati. Essa, inoltre, nel suo rigore, ha il pregio di fornire un metodo rigoroso di analisi dei rapporti strutturali in astratto che dovrebbe limitare gli arbitri giurisprudenziali<sup>174</sup>. Residuano, però, delle perplessità. La ricostruzione del

---

<sup>173</sup> DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss. Quest'ultimo distingue la specialità bilaterale in tre categorie. La specialità bilaterale è "bilateralmente per specificazione" quando ogni fattispecie è caratterizzata da elementi speciali rispetto all'altra. Nei citati rapporti tra aggrottaggio comune e societario, il dolo specifico dell'uno è speciale rispetto al dolo generico dell'altro, ma la qualità personale richiesta da una fattispecie è speciale rispetto al fatto che l'altro costituisce un'ipotesi di reato comune. Ne consegue, però, che gli elementi per cui differiscono le due fattispecie non sono tra loro identici, ma neppure diversi, perché sono riconducibili ad una stessa categoria più generale, quindi sussistono i presupposti per la convergenza apparente di norme. La specialità bilaterale, poi, è "unilateralmente per specificazione (o per aggiunta)" quando una fattispecie richiede un elemento speciale rispetto a quello di un'altra fattispecie, ma quest'ultima richiede un elemento ulteriore rispetto alla prima. Tale rapporto di specialità sarebbe quello che, più di frequente, può venirsi a determinare tra fattispecie di parte speciale; ne costituisce un esempio il rapporto tra violenza privata ex art. 610 c.p. e la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato ex art. 611 c.p. L'art. 610 c.p., infatti, oltre alla violenza e alla minaccia, richiede l'elemento aggiuntivo dell'effettiva coazione dell'offeso a fare, tollerare o omettere qualcosa; ai sensi dell'art. 611 c.p., invece, è sufficiente che la violenza o la minaccia siano solo finalizzati alla costrizione, ma viene specificata la condotta, perché la costrizione dev'essere finalizzata alla commissione di un reato. Anche in tale caso è ammissibile un concorso apparente di norme ed è possibile ricondurre le fattispecie ad una stessa materia, perché, valutando gli elementi per cui le due fattispecie differiscono, quelli legati da un rapporto di genere a specie sono comunque riconducibili ad una stessa materia e l'elemento aggiuntivo non può essere considerato un elemento di diversità rispetto all'altra fattispecie, perché non trovando alcun corrispettivo, semplicemente non sussiste alcun termine di paragone. Cosa ben diversa, invece, sarebbe la specialità bilaterale "bilateralmente per aggiunta", destinata ad essere esclusa dalla convergenza apparente ed a determinare un'ipotesi di concorso formale di reati. Ne è un esempio il rapporto tra incesto e violenza sessuale. Rispetto al comune nucleo di condotta (rapporto di natura sessuale), ciascuna fattispecie aggiunge un elemento assente nell'altra (la relazione di parentela e la violenza), sicché tali due elementi aggiuntivi sono tra loro diversi. Per questo motivo, in questo specifico caso, non si può parlare di stessa materia. Lo stesso ragionamento viene formulato per il, più facile, caso della specialità unilaterale per aggiunta o per specificazione, casi che sicuramente determinano un problema di concorso apparente di norme. Nel primo caso, gli elementi di una fattispecie appartengono al *genus* degli elementi dell'altra fattispecie, ragion per cui essi non costituiscono un'identica materia, ma certamente non costituiscono una materia diversa. Per esempio, l'uccisione di un neonato in condizioni di abbandono, non è identica alla, generale, uccisione di un uomo, ma costituiscono la stessa materia. Nel secondo caso, affianco ad elementi analoghi, sussiste un elemento ulteriore. Nel citato esempio del sequestro di persona e con scopo di estorsione, le fattispecie coincidono salvo che per la presenza di un dolo specifico. Quest'ultimo elemento, però, non troverebbe un suo corrispondente in nessun altro elemento della fattispecie a dolo generico e, pertanto, non essendovi alcun termine di paragone, non è possibile dire che si tratti di una materia diversa.

<sup>174</sup> È ovvio che residuano gli ineliminabili rischi di «ineffettività» e «*praeter*-effettività». Su tali nozioni PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 101 ss. La giurisprudenza, infatti, ricorre spesso alla teoria del raffronto strutturale delle fattispecie in astratto, ma ciò non toglie che, quasi sempre, ritiene il rapporto riconducibile ad una specialità bilaterale "bilateralmente per specificazione".

presupposto della «stessa materia» attraverso la scomposizione atomistica di tutti gli elementi della fattispecie, seppur utile sul piano dei risultati, non riesce a superare l'obiezione di voler far rientrare nella specialità ciò che, in definitiva, specialità non è. In particolare, nelle ipotesi di specialità “unilaterale per aggiunta” e di specialità bilaterale “bilateralmente per aggiunta”, mancando un termine di paragone, affermare che la materia è la stessa, perché non si può dire che sia diversa, appare una forzatura. Si consideri, poi, che il rigore di tale metodo si perde nell'individuazione della norma prevalente, suggerendo all'interprete di valutare quale norma è più speciale rispetto alle altre<sup>175</sup>. Infine, si consideri che la terminologia utilizzata per la classificazione delle ipotesi di specialità reciproca resta, comunque, non agevolmente intelligibile.

In ogni caso, a prescindere dalla diversità di definizioni, è utile sottolineare la similitudine, sul piano dei presupposti, tra la dottrina che contrappone l'interferenza alla specialità reciproca e quella del raffronto strutturale delle fattispecie in astratto. La convergenza di norme sarebbe apparente, oltre che nei casi di specialità unilaterale, anche nei casi di norme contenenti elementi, reciprocamente, speciali l'una rispetto all'altra e nel caso di norme che contengono l'una un elemento speciale e l'altra un elemento aggiuntivo. Gli unici casi che restano esclusi dal concorso apparente di norme sono quelli relativi alle fattispecie che, reciprocamente, prevedono un elemento costitutivo che manca nell'altra fattispecie<sup>176</sup>.

Questa sintetica ricognizione delle posizioni dottrinali inerenti ai presupposti strutturali della convergenza mostra che non sussiste una nomenclatura univoca, circostanza che già pone numerosi problemi di chiarezza del sistema. Le iperanalitiche soluzioni prospettate non sono idonee ad eliminare ogni tipo di contrasto interpretativo nella valutazione dei casi concreti. Ne consegue che, se pure tutti gli operatori giuridici adottassero una sola ricostruzione, sorgerebbero nuovi dubbi sulla collocazione di un caso concreto in una categoria piuttosto che in un'altra.

---

<sup>175</sup> Una volta affermato che la materia deve essere la stessa e che il criterio da utilizzare è solo quello della specialità, la determinazione della norma prevalente viene determinata attraverso l'identificazione di alcuni indici di specialità. Sul punto, *infra*, par. 5.

<sup>176</sup> Cfr. *supra* note n. 170 e n. 174. La nozione di specialità reciproca “per coincidenza tra sottofattispecie” coincide con quella di specialità bilaterale “bilateralmente per specificazione”, così come quella di specialità per “coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare” coincide con quella di specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta. Restano esclusi dalla convergenza apparente di norme i casi di norme eterogenee ed incompatibili nonché quei casi che Mantovani definisce di interferenza e De Francesco di specialità bilaterale “bilateralmente per aggiunta”. In questi ultimi casi, il rapporto strutturale tra le norme può dar luogo esclusivamente ad un concorso formale di reati. Mantovani, inoltre, esclude dai presupposti del concorso apparente di norme anche le clausole di sussidiarietà espresse. Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 473. Al contrario, DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss., include le clausole di sussidiarietà determinate, ma esclude quelle indeterminate dal momento che sarebbero espressione di una mera deroga al trattamento sanzionatorio della pluralità di reati. Dietro tale ultimo assunto, si nasconde l'idea per cui ciascuna violazione di legge costituisce un autonomo reato anche se il legislatore prevede un assorbimento sanzionatorio.

## 5. Il criterio della specialità. Cenni alle principali tesi monistiche.

Affrontato il problema dell'individuazione dei presupposti e, in particolare, dei rapporti strutturali rispetto ai quali si può porre un problema di concorso apparente di norme, resta il difficile compito di individuare i criteri in base ai quali risolvere i problemi di convergenza e l'individuazione della norma effettivamente prevalente.

Il principio in base al quale *lex specialis derogat legi generali* è generalmente riconosciuto nell'ordinamento tra i criteri di soluzione delle antinomie normative<sup>177</sup>.

Si è visto che non è per niente chiaro che cosa si debba intendere per rapporto di genere a specie<sup>178</sup>. In ogni caso, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla portata dell'art. 15 c.p. ha indiscutibilmente individuato un nucleo forte di significato in relazione ai casi, definiti nel paragrafo precedente, di specialità unilaterale<sup>179</sup>.

Gli Autori che ritengono la questione risolvibile alla luce di un criterio unico, valorizzano l'art. 15 c.p. e ritengono che tutti i casi di concorso apparente vadano risolti alla luce del rapporto di specialità tra fattispecie<sup>180</sup>. Le stesse clausole di sussidiarietà altro non sarebbero, così come espressamente previsto nei lavori preparatori, che l'esplicitazione di rapporti di specialità<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> BIN – PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 300: «Questo principio non è ben codificato, né sotto il profilo concettuale, né sotto quello legislativo. Vi è un accenno ad esso, per scopi molto precisi, nell'art. 15 c.p. (...) Perché questa difficoltà di codificazione? Anzitutto perché cosa sia “genere” e cosa sia “specie” è spesso questione di opinioni»

<sup>178</sup> La manualistica tedesca, invece, che si caratterizza per l'ordine concettuale e la schematicità delle sue elaborazioni, sembra aver individuato delle vere e proprie categorie di casi che rientrano nell'ambito della specialità. Sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 849 ss. Ovviamente anche nella dottrina tedesca esistono elaborazioni dottrinali monistiche che estendono l'applicazione del criterio della specialità, facendovi rientrare anche i casi che le tesi pluralistiche vorrebbero rientranti nella sussidiarietà o nella consunzione. Sul punto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991, 864 ss. In generale, però, sussiste unità di vedute rispetto ad alcuni casi. Sul punto, WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 345 ss. In particolare, il caso più facile di specialità sarebbe costituito dai casi di *qualifizierte und privilegierte Tatbestände* che costituiscono delle varianti della fattispecie base. La giurisprudenza sul punto arriva, talvolta, a conclusioni diverse; per esempio, talvolta viene riscontrata un'ipotesi di concorso ideale di reati *-Tateinheit-* e un concorso apparente di norme *-Gesetzeseinheit-* tra *Mord* (uccisione) e *Totschlag* (omicidio). Ancora, rientrerebbero nei casi di specialità i rapporti tra fattispecie base e reato complesso *-Zusammengesetzte Tatbestände-* (che espressamente Roxin definisce una *lex specialis* rispetto ai delitti di cui si compone), nonché i casi di reati propri *-Delikte mit qualifizierenden Tätermerkmalen-*. A tali casi parte della dottrina aggiunge quelli di reati aggravati dall'evento *-erfolgsqualifizierte Delikte-* sempre che l'evento non sia stato cagionato con dolo.

<sup>179</sup> L'espressione nucleo forte di significato è mutuata dalle teorie eclettiche dell'interpretazione, sulle quali si veda GUASTINI, *L'interpretazione dei testi normativi*, Milano, 2004, 28 e ss.

<sup>180</sup> Tra questi anche DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, 487 ss. L'Autore però in ID., *Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 250, ora *Raccolta degli scritti*, I, 497 ss. sembra aver fatto riferimento anche ai diversi criteri di sussidiarietà e consunzione.

<sup>181</sup> In particolare le clausole di sussidiarietà risolverebbero la gran parte dei rapporti tra fattispecie che si trovano in rapporto di specialità bilaterale.

Inoltre, le tesi monistiche ritengono, tendenzialmente, che il fondamento della specialità possa essere individuato nel principio del *ne bis in idem* sostanziale e, quindi, nell'esigenza di non muovere più volte un rimprovero allo stesso autore per lo stesso fatto<sup>182</sup>.

L'unico limite posto alla specialità sarebbe costituito dalla necessità di non svuotare di significato la portata dell'art. 81 c.p., quindi delle disposizioni in materia di concorso formale.

La giurisprudenza sembra aver accolto gran parte delle osservazioni delle tesi monistiche più moderne, seppur in maniera semplicistica, affermando che l'unico criterio utile ai fini del concorso apparente di norme è quello della specialità.

In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che l'unico criterio utilizzabile ai fini del concorso apparente di norme sia quello della specialità a nulla valendo quelli della sussidiarietà e della consunzione tacite, perché, quando l'art. 15 c.p. stabilisce il criterio della specialità «salvo che sia diversamente stabilito», si riferisce alle clausole di riserva espressamente previste dalla legge. L'utilizzo di principi diversi da quello di specialità sarebbe in contrasto con le esigenze di tassatività e determinatezza. Anche il principio di specialità lascia impregiudicata un'ineliminabile margine di discrezionalità, ma questo deve mantenersi nei limiti dell'attività interpretativa. Sussidiarietà e assorbimento richiederebbero, invece, autonome scelte di valore<sup>183</sup>.

## 5.1 La dottrina della specialità in concreto

---

<sup>182</sup> In questo senso FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 645: la specialità deve essere utilizzata in tutte le sue possibili implicazioni quindi non solo come specialità unilaterale, ma anche come bilaterale o reciproca valorizzando altri elementi di specializzazione, come quello della specialità dei soggetti coinvolti e delle leggi che disciplinano i fatti oggetto di giudizio. Interpretare la volontà del legislatore di unificazione del disvalore unitario realizzato dall'agente in termini di offese ai beni giuridici da tutelare è proprio il senso della specialità anche secondo la moderna dottrina tedesca. Sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 849, il quale afferma che l'accertamento della specialità non è sempre una questione prettamente logica, ma richiede una riflessione teleologica sugli *Unrechtsvolumen des verdraengenden Tatbestandes*.

<sup>183</sup> Si vedano Cass. SS.UU. n. 12-23427 del 7.6.2001, in *CED Cass. Rv.* 218771, la quale ha affermato che il confronto strutturale tra le fattispecie di ricettazione ex art. 648 c.p. e quella di commercio di prodotti con segni falsi ex art. 474 c.p. rivela una tale diversità tra le condotte che le due fattispecie possono concorrere per assenza di un rapporto di specialità e perché tutelano oggettività giuridiche diverse. Cass. SS.UU. n. 47164 del 20 dicembre 2005, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 4, 730 ss. sul concorso materiale tra ricettazione e fattispecie criminose che sanzionano la commercializzazione delle cose di provenienza illecita, dopo che l'agente le abbia ricevute. In estrema sintesi, la Cassazione conferma che l'unico criterio utilizzabile ai fini del concorso apparente di norme è quello della specialità, salvi i casi di sussidiarietà espressi dalle clausole di riserva. Inutilizzabili, invece, sarebbero i criteri di assorbimento e consunzione, perché non trovano fondamento normativo e richiedono incontrollabili giudizi di valore, in contrasto con il canone della determinatezza e della tassatività della norma penale. Cass. SS. UU. n. 1235 del 19 gennaio 2011, in *Dir. pen. cont.* 28 gennaio 2011, che non solo ha confermato il canone della specialità come unico criterio utile a risolvere i casi di convergenza di norme, ma ha anche stabilito che essa deve esistere in astratto tra le fattispecie e non ha come punto di riferimento la valutazione del medesimo bene giuridico. Alla luce di tale principio è stato escluso il concorso tra i reati di truffa aggravata ai danni dello Stato di cui all'art. 640 co. 2 e i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. 74 del 2000. Questi ultimi infatti sono reati speciali rispetto a quello di truffa; pertanto, qualora il profitto sia consistito solo ed esclusivamente nel risparmio fiscale, i fatti vanno qualificati solo alla luce delle norme speciali previste in materia fiscale.

Dottrina risalente, ormai superata, riteneva che la specialità tra fattispecie dovesse essere valutata in concreto<sup>184</sup>.

Tali orientamenti sarebbero espressione di una valutazione dell'unità di reato in senso naturalistico, dal momento che essa viene riscontrata nell'unità del fatto umano concretamente verificatosi. Per «stessa materia» ai sensi dell'art. 15 c.p. dovrebbe intendersi, allora, lo stesso episodio concreto. In tal modo, seppure le fattispecie si trovassero in rapporto di specialità reciproca, la norma applicabile resterebbe unica se il fatto concretamente realizzato rientra nella previsione di entrambe.

Dovrebbe, in tal caso, applicarsi solo la legge che può ricomprendere in sé tutti gli elementi del caso concreto senza lasciarne alcuno 'scoperto'. Se poi non fosse possibile individuare una norma prevalente, si dovrebbe comunque applicare quella che commina la sanzione più grave<sup>185</sup>.

Si contesta, a tale ricostruzione, la confusione tra il momento normativo astratto del fenomeno giuridico, che deve essere indagato a livello scientifico, e il momento concreto, che attiene alla sola fase applicativa<sup>186</sup>. L'art. 15 c.p. non darebbe alcun motivo per pensare di dover valutare in concreto la specialità tra fattispecie, essendo chiaro che si debba trattare pur sempre di una valutazione in astratto.

L'obiezione più difficile da superare, in ogni caso, resta la non esaustività e precisione del criterio della specialità in concreto. Non è chiara la *ratio* in base alla quale riscontrare tra le fattispecie questo tipo di rapporto. Si tratterebbe, in definitiva, di un criterio che risponde a logiche di buon senso dettate dalle caratteristiche dell'episodio umano sottoposto a giudizio dell'interprete, pertanto destinato a rimanere ambiguo e rimesso all'arbitrio giurisprudenziale.

Altrettanto ambiguo è il criterio di determinazione dell'unica norma da applicare. Alcuni autori utilizzano il criterio della specialità tra le leggi, avendo riguardo al complesso normativo in cui la norma è inserita, ovvero della specialità tra soggetti, facendo prevalere la norma che individua le caratteristiche proprie dei suoi destinatari<sup>187</sup>. Il più delle volte, però, la selezione della norma prevalente si riduce all'applicazione di quella che comporta la sanzione più grave.

---

<sup>184</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 115; M. GALLO, *Appunti*, cit., 71 ss; MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 262. Per la più risalente dottrina tedesca e italiana si vedano le indicazioni bibliografiche in FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 288.

<sup>185</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 115, però, 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, non indica un criterio di individuazione della norma prevalente.

<sup>186</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 136 e FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 288 ss.

<sup>187</sup> Così una norma del codice penale militare sarebbe speciale rispetto all'equivalente del c.p.; così anche il c.c. e le singole leggi speciali rispetto alle disposizioni del c.p. perché destinate a regolare rapporti peculiari, estranei alla disciplina codicistica comune.

L'aver considerato la differenza tra specialità in astratto e specialità in concreto, inoltre, comporterebbe, di fatto, la moltiplicazione dei criteri di soluzione della convergenza, non potendosi più affermare che si tratti di una tesi monistica.

Infine, l'adesione a tale teoria comporterebbe, di fatto, l'impossibilità di riscontrare casi di concorso formale eterogeneo, rendendo inutile la disposizione di cui all'art. 81 c.p.<sup>188</sup>.

Non manca chi ritiene del tutto oziosa la discussione sull'astrattezza o concretezza della specialità. Infatti, sebbene il fatto concreto sia il problema dal quale parte la necessità di individuare l'unica norma applicabile, dall'altro resta evidente che per parlare di concorso apparente di norme, c'è bisogno di un riferimento alle norme in astratto<sup>189</sup>.

## 5.2 Il raffronto strutturale tra le fattispecie in astratto.

Le posizioni monistiche più recenti ricostruiscono la specialità partendo dall'analisi del raffronto strutturale delle fattispecie in astratto. Il concetto di «stessa materia» si dovrebbe riferire, allora, agli stessi elementi tipici presi in considerazione da una pluralità di norme<sup>190</sup>.

Stando a questa ricostruzione, la clausola, contenuta nell'art. 15 c.p., non fa riferimento a criteri diversi da quello di specialità, come invece vorrebbero assumere i sostenitori delle tesi pluralistiche. Il fenomeno di convergenza apparente di norme si riscontra sempre solo laddove esiste una relazione di specialità in astratto tra le fattispecie. Cosa diversa è stabilire qual è la norma prevalente. La regola generale imposta dall'art. 15 c.p. afferma che, quando le norme si trovano a regolare la stessa materia, la norma generale prevale su quella speciale. Nei casi in cui è diversamente stabilito dal legislatore, invece, accadrebbe il contrario. La clausola «salvo che la legge disponga altrimenti», allora, va riferita interpretata come soluzione della convergenza, determinando la prevalenza della norma speciale su quella generale.

Ora, è impossibile che ciò accada nei casi di specialità unilaterale, altrimenti il legislatore non avrebbe proprio introdotto la norma speciale. Si comprende, allora, che la deroga a cui accenna l'art. 15 c.p. è riferita ai casi di specialità bilaterale “bilateralmente per specificazione” e di specialità bilaterale “unilateralmente per aggiunta”. Solo in questi casi, infatti, non essendo palese quale sia la norma speciale e quale, invece, quella generale, esiste una norma che ha un maggior numero di elementi di specificazione rispetto all'altra. Il legislatore, allora, in virtù delle caratteristiche del caso concreto, può derogare all'applicazione della regola generale e stabilire che debba essere applicata la norma con il minor numero di elementi di specificazione. Tale deroga sarebbe visibile nella *ratio* delle

---

<sup>188</sup> DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 119 ss.

<sup>189</sup> FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 640 ss. Non si può parlare di concorso di norme, infatti, se non è possibile differenziare l'ambito di validità delle norme già a livello delle fattispecie legali astratte.

<sup>190</sup> V. per tutti, DE FRANCESCO, *Lex specialis*, 119 ss.

clausole di riserva previste, caso per caso, dal legislatore. La ricostruzione dei rapporti strutturali tra fattispecie, quindi, costituirebbe l'unico modo per riempire di contenuti la clausola contenuta nell'art. 15 c.p.

Il problema principale, però, resta quello di individuare la norma prevalente nei casi di specialità reciproca ammessi alla disciplina della convergenza apparente, laddove non sussistano indicazioni legislative esplicite. A tal proposito si suggerisce una graduazione di criteri di specializzazione. Occorrerebbe partire, quindi, dalla valutazione della norma propria rispetto a quella comune, nonché dalla valutazione della specialità della disciplina. Si dovrebbe, poi, valutare il rapporto gerarchico tra beni protetti. Se in questo modo non fosse possibile individuare la norma prevalente, si dovrebbe valutare, allora, quale norma contiene il maggior numero di elementi di specializzazione. Se, neanche in questo modo, fosse possibile individuare la norma prevalente, ci si dovrebbe limitare ad applicare quella con il trattamento sanzionatorio più severo.

## 6. Cenni alle principali teorie pluralistiche

Alcuni Autori aderiscono ad un'impostazione pluralistica, ispirata alle soluzioni della dottrina attualmente maggioritaria nel sistema tedesco<sup>191</sup>. Essi ritengono che il criterio della specialità sia palesemente insufficiente a dirimere tutti i casi controversi di concorso apparente di norme. Lo stesso codice confermerebbe che il legislatore ha ritenuto che alcuni casi potessero essere risolti alla stregua di criteri diversi dalla specialità e per questo, nell'art. 15 c.p., ha introdotto la clausola «salvo che sia diversamente stabilito». In particolare, nei casi in cui le fattispecie non possono essere ricondotte ad un rapporto di genere a specie, dovrebbero trovare applicazione i criteri della sussidiarietà e della consunzione o assorbimento, siano essi espressi o taciti.

Si riconosce l'importanza del criterio della specialità *ex art. 15 c.p.*, ma tale criterio si manifesta insufficiente in molteplici casi. Si critica l'impostazione monistica, quindi, nella misura in cui ritiene che con l'introduzione di tale norma di parte generale il legislatore abbia voluto selezionare l'unico parametro valido per la soluzione di tutti i variegati problemi inerenti alla convergenza apparente di norme<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, op. cit., 408 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 679 ss.; PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1955-2008*, II, Milano, 2009, 235 ss.; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 467 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 75 ss.

<sup>192</sup> Si ricordi la posizione di B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 407, il quale ritiene che la specialità debba essere riferita ai rapporti strutturali tra fattispecie in astratto, a prescindere dalla tutela dello stesso o di diversi beni giuridici. La specialità, quindi, risolverebbe solo i casi di continenza logica, espressi dallo stesso legislatore nella determinazione delle fattispecie.

Partendo da presupposti teleologici, viene data grande rilevanza alla valutazione dell'oggettività giuridica tutelata dalle norme penali violate dalla consumazione del fatto. Il minimo comune denominatore di tutte le ipotesi di convergenza apparente di norme non è la continenza strutturale tra fattispecie, bensì un assorbimento per continenza di valore, canone logico che deve indirizzare l'interpretazione<sup>193</sup>.

Il criterio ispiratore delle valutazioni teleologiche viene, tendenzialmente, riscontrato nel principio del *ne bis in idem* sostanziale. In tale ricostruzione l'*idem* viene considerato, più genericamente, uno stesso illecito per il quale non è possibile attribuire una plurima risposta sanzionatoria. Parte della dottrina ritiene tale criterio complementare rispetto a quello dell'integrale valutazione giuridica del fatto<sup>194</sup>.

Partendo da tali premesse comuni, le teorie pluralistiche combinano in modo diverso il criterio di specialità con il criterio di sussidiarietà e di assorbimento taciti, ai quali alcuni Autori aggiungono quello di alternatività<sup>195</sup>.

Le critiche, che tali teorie pluralistiche non sembrano essere riuscite a superare, riguardano, innanzitutto, la scarsa rigosità dei principi posti alla base delle valutazioni di valore. In particolare, parte della dottrina, ritiene le impostazioni pluralistiche non sarebbero riuscite, nonostante gli sforzi, ad individuare dei criteri distintivi della sussidiarietà e della consumazione tali da poterli applicare analogicamente<sup>196</sup>. Ne consegue che la loro applicazione

---

<sup>193</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 45 ss., 79 ss. e 84 ss. Sul punto anche B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 407: poiché la specialità si occupa solo della continenza logica, essa è del tutto insufficiente. Pertanto occorre considerare il criterio dell'assorbimento e, limitatamente, quello della sussidiarietà, per risolvere i problemi di specialità in concreto e di specialità bilaterale. Occorre, cioè utilizzare altri criteri per individuare un concorso apparente di norme in tutti i casi in cui le fattispecie si trovano in un rapporto di continenza di valore.

<sup>194</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 542 ss. Secondo L'Autore questi due principi complementari ed ispiratori devono comunque essere supportati dall'applicazione degli specifici criteri di specialità, sussidiarietà e consumazione.

<sup>195</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, op. cit., 410-411. L'Autore ritiene che il criterio principale sia quello della consumazione o assorbimento. Al contrario, la sussidiarietà e l'alternatività avrebbero un ruolo del tutto marginale. La sussidiarietà sarebbe chiamata a svolgere la sua funzione solo laddove una norma avesse una funzione suppletiva rispetto ad un'altra principale; più specificamente, solo le clausole di riserva determinate sarebbero riconducibili a tale principio dal momento che quelle relativamente indeterminate o indeterminate sarebbero ispirate dal generale criterio di consumazione. L'alternatività, invece, sarebbe utile per quei casi in cui l'applicazione di una norma permette di escludere quella di un'altra secondo un rapporto di *aut aut*. Sostanzialmente d'accordo sulla scarsa rilevanza della sussidiarietà, perché altro non sarebbe se non un'ipotesi di assorbimento tacito, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. 686. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 548 ss., ritiene operanti i criteri di specialità, sussidiarietà e consumazione. In particolare, quest'ultimi due casi risolverebbero i problemi della specialità in concreto per mezzo di valutazioni di tipo sostanziale. La questione è resa più complessa dal fatto che le nozioni di sussidiarietà e consumazione non sono univoche. Sul punto MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 76 sottolinea come Beling chiami consumazione, ciò che Frosali e Lent definiscono sussidiarietà.

<sup>196</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 475-476. L'Autore muove questa critica, poiché egli imposta tutta la disciplina del concorso apparente di norme sul ricorso all'analogia *in bonam partem*. In particolare, l'analisi sistematica di varie disposizioni del codice penale, consentirebbe di individuare nel principio del *ne bis in idem* sostanziale la regola generale di disciplina dei casi di convergenza apparente di norme. Essendo chiara la *ratio* di tale principio, esso si può essere applicato analogicamente a tutti i casi in cui, pur sussistendo i presupposti strutturali della di convergenza apparente di norme, non esiste una norma di legge che esplicitamente consenta di

viene, generalmente, ritenuta preludio di forti arbitri giurisprudenziali con conseguente perdita di certezza del sistema<sup>197</sup>. Nel voler sindacare nel merito il disvalore unitario o plurimo del fatto e in assenza di criteri formalistici che regolino i rapporti tra le norme, la sussidiarietà e la consunzione taciti vengo vissuti come criteri attraverso i quali l'interprete pretende di esercitare un potere che, invece, spetta discrezionalmente al legislatore.

## 6.1 Il criterio di sussidiarietà

Secondo il principio *lex primaria derogat legi subsidiariae*, la norma sussidiaria cede rispetto alla norma primaria<sup>198</sup>.

Il principio sostanziale sotteso alla sussidiarietà andrebbe riscontrato nell'esistenza di un rapporto di valore esistente tra le due disposizioni. Secondo le impostazioni più risalenti, la specialità presuppone un rapporto di diversità, mentre 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»<sup>199</sup>. Nel rapporto di specialità, le situazioni vengono trattate in un modo differente in virtù delle caratteristiche peculiari del fatto che esprimono un disvalore maggiore o minore. La norma speciale, infatti, può essere più o meno grave di quella generale. La sussidiarietà, invece, presuppone uno stesso disvalore che si manifesta secondo differenti modalità. Le varie fattispecie, quindi, si trovano tra loro in un rapporto di gerarchia.

Dottrina più recente afferma che è «sussidiaria la norma che tutela un grado inferiore dell'identico bene tutelato dalla norma principale in un grado superiore»<sup>200</sup>. La norma primaria sarebbe l'unica applicabile perché esaurisce, da sola, l'intero disvalore del fatto<sup>201</sup>.

---

applicare una sola norma. Partendo da tali presupposti egli ritiene che i criteri di consunzione e di sussidiarietà taciti siano inapplicabili in materia di concorso apparente di norme, dal momento che non è stata sufficientemente spiegata la *ratio* ad essi sottesa così che non è possibile ricavarne una regola da applicare ai casi non previsti dal legislatore.

<sup>197</sup> DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss.

<sup>198</sup> GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 1952, 416 ss.; BETTIOL – PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 718; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 467 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 76 ss.

<sup>199</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 78. In termini analoghi FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit. 400 ss.

<sup>200</sup> FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit. 640 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit. 386. Presupposti della sussidiarietà sarebbero, pertanto, il rapporto di specialità reciproca tra fattispecie, nonché l'assorbimento dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra norma. È proprio nella gradualità di offesa ad uno stesso bene giuridico che deve essere riscontrato l'unico carattere distintivo delle clausole di sussidiarietà che, per il resto, hanno una natura variegata. Riferendosi a fattispecie convergenti rispetto alla stessa oggettività giuridica, anche le clausole di sussidiarietà sarebbero, quindi, espressione del *ne bis in idem sostanziale*. Sulla questione della gradualità dell'offesa ad uno stesso bene giuridico FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 686, secondo i quali la sussidiarietà implica stadi o gradi diversi di offesa ad un medesimo bene; l'offesa maggiore assorbe la minore e, quindi, l'applicabilità di una norma è condizionata alla non applicazione di un'altra.

<sup>201</sup> Il riferimento ai diversi gradi di gravità di manifestazione del reato è presente anche nella dottrina tedesca. Così WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 317 ss., per i quali sussiste sussidiarietà, nel

Le clausole di riserva previste dal legislatore nella disciplina dei rapporti tra le fattispecie di parte speciale, quindi, altro non sarebbero che clausole di sussidiarietà espressa<sup>202</sup>. Queste andrebbero classificate in determinate, relativamente indeterminate e indeterminate<sup>203</sup>.

La *ratio* di tali disposizioni normative, però, consentirebbe di applicare il principio di sussidiarietà ben oltre i casi previsti esplicitamente dal legislatore. Tra i criteri di soluzione del concorso apparente di norme, allora, dovrebbe essere incluso quello di sussidiarietà tacita<sup>204</sup>. Ricorrendo a tale principio, la norma prevalente verrebbe individuata ricostruendo il rapporto gerarchico tra le fattispecie di parte speciale.

Molte sono le obiezioni che si oppongono alla possibilità di desumere dalle clausole di riserva un principio di sussidiarietà tacita. Si è già avuto modo di sottolineare che parte della dottrina nega l'autonomia del criterio. La sussidiarietà non sarebbe altro che la manifestazione di un rapporto di specialità<sup>205</sup>. Altri, inoltre, criticano proprio il fondamento della sussidiarietà tacita. Questa, così come la consunzione tacita, si fonderebbe sull'estensione analogica e l'art. 14 delle Preleggi, esplicitamente, esclude tale tecnica di integrazione normativa rispetto alle norme penali. Le clausole di riserva, infatti, stabilendo delle regole sull'applicazione o meno di talune norme di legge, determinano l'applicazione di una sanzione penale piuttosto che un'altra e, quindi, devono essere ritenute delle norme penali. Se pure si volesse negare la natura penale di tali norme, comunque non sarebbe ammissibile il ricorso al procedimento analogico, perché le clausole di riserva si riferiscono ad ipotesi così eterogenee che non è possibile ricavarne un principio unitario. La sussidiarietà, infatti, costituirebbe una deroga al concorso formale di reati, rispetto al quale condivide il rapporto di interferenza tra fattispecie. Proprio per questo, tale criterio deve essere interpretato in modo restrittivo e può essere

---

caso in cui una norma trova applicazione nell'impossibilità di applicarne un'altra. Sarebbero questi i casi dei rapporti tra forme più gravi e meno gravi di manifestazione del reato; fattispecie di pericolo astratto rispetto a quelle di pericolo concreto; tra tentativo e reato consumato, tra delitto doloso e delitto colposo; istigazione o complicità e autoria. Per ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 851, la sussidiarietà si realizza allorché una fattispecie prevede la punizione solo nel caso in cui non si possa applicare una diversa e più severa pena.

<sup>202</sup> Nell'ordinamento tedesco le clausole di sussidiarietà espressa *-formelle Subsidiarität-*, cioè quelle che espressamente prevedono la retrocessione *-das Zurücktreten-* di un *Tatbestand*, si distinguono in clausole di sussidiarietà espressa generale *-allgemeine formelle Subsidiarität-*, che rendono la fattispecie sussidiaria rispetto a tutte quelle per cui è prevista una pena più severa, e clausole di sussidiarietà espressa speciali *-spezielle formelle Subsidiarität-* che si riferiscono a specifiche fattispecie. In ogni caso le clausole di sussidiarietà espressa generiche vengono intese in senso stretto. Sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 852.

<sup>203</sup> Per tutti, FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 639 ss.

<sup>204</sup> Anche nella dottrina tedesca, che, in assenza di una norma di parte generale paragonabile all'art. 15 c.p., è costretta a fondarsi su giudizi di valore, si distingue tra sussidiarietà espressa *-formelle/ausdrueckliche Subsidiarität-* e tacita *-materielle/sachgebene Subsidiarität-*. Sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 852.

<sup>205</sup> Così, non solo ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., pag., ma anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 141, secondo il quale la sussidiarietà, dal punto di vista del contenuto, finisce per sovrapporsi alla specialità e per esserne un doppione, perché i fatti compresi nella norma sussidiaria sarebbero ricompresi nella norma principale. Secondo altri, tale obiezione non coglie il segno, perché la sussidiarietà sussiste anche tra norme che hanno strutturalmente elementi diversi; così FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 686.

riconosciuto solo laddove sia identica la natura degli interessi protetti dalle singole fattispecie<sup>206</sup>.

In ogni caso, la giurisprudenza, sulla scorta del criterio dell'identità del bene giuridico, tende a limitare la portata delle clausole di sussidiarietà indeterminate o relativamente indeterminate, ritenendo che non tutte le fattispecie per cui è prevista una pena più grave possano essere identificate come prevalenti, ma solo quelle riferibili ad offese analoghe.

Questo assunto, però, non sembra corretto. Innanzitutto, va considerato che sussistono delle clausole esplicite di sussidiarietà che regolano i rapporti tra fattispecie poste a tutela di oggettività giuridiche distinte<sup>207</sup>. Inoltre, si è già detto che le intenzioni del legislatore, in sede di lavori preparatori al vigente codice penale, erano quelle di intendere le clausole di sussidiarietà che qui si intendono come relativamente determinate o del tutto indeterminate, come degli strumenti per ricondurre ad una valutazione unitaria, e quindi all'applicazione di un'unica pena, quelle violazioni di legge eterogenee, anche poste a tutela di beni giuridici diversi, perché espressione di un disvalore unitario.

---

<sup>206</sup> Sul punto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 475: l'applicazione della sussidiarietà oltre i casi esplicitamente previsti dalle clausole di riserva, è ammissibile solo nei limiti in cui è possibile riscontrare la violazione del *ne bis in idem* in ipotesi di fattispecie poste a tutela dello stesso bene giuridico, dal momento che questo principio costituisce la regola dell'intera disciplina del concorso apparente di norme.

<sup>207</sup> Si pensi alla clausola di sussidiarietà espressa prevista dall'art. 379 c.p. in materia di favoreggiamento reale che rende punibile la condotta di chiunque aiuti il soggetto ad assicurarsi il prodotto, il profitto, il prezzo del reato, «fuori dai casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648, 648 bis e 648ter». Il favoreggiamento reale è fattispecie posta a tutela della corretta amministrazione della giustizia, mentre ricettazione, riciclaggio e impiego di danaro, beni o utilità di provenienza illecita sono collocate nel titolo dei delitti posti a tutela del patrimonio. Vale, pertanto, quanto già detto in riferimento alle fattispecie in rapporto di specialità unilaterale che tutelano beni giuridici differenti. Si veda, *supra*, par. 2.5, pag. Nel dibattito dottrinale tedesco esistono riflessioni analoghe. Sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 852-853. Si discute se nel caso di clausole di sussidiarietà generiche siano prevalenti tutte le norme che comminano una pena più grave oppure solo quelle prescrizioni che si riferiscono ad "analoghe offese" -*Handlungen gleicher krimineller Angriffsrichtung*-. La giurisprudenza del BGHSt si è espressa sulla lettura restrittiva delle clausole di sussidiarietà espressa generiche affermando che esse non costringono alla non applicazione di una disposizione per il concorso (*das Zusammentreffen*) con un'altra che prevede una sanzione più grave. Bisogna piuttosto interrogarsi sullo scopo e sulla funzione di protezione della prescrizione desumibile dalla volontà della legge o dalla sola disposizione valida; così Bghst 6,298. Esistono però delle sentenze contrarie che richiamano il vincolo del giudice alla legge. Così BGHSt 43, 238: «*der Richter ist an das Gesetz gebunden*». Il senso letterale delle disposizioni segna il limite (invalicabile) dell'interpretazione delle disposizioni penali contro l'imputato. Tale sentenza ritiene che l'orientamento giurisprudenziale precedente esposto sia da considerarsi superato. Anche in dottrina le opinioni sono controverse. In particolare non è chiaro se, nei casi dubbi, si debba propendere per il riconoscimento di una *Idealkonkurrenz* dei reati ovvero per la soccombenza della norma sussidiaria. Per Roxin, la soluzione corretta media tra queste due posizioni estreme. Non si deve limitare l'operatività delle clausole di sussidiarietà ai soli casi in cui le norme prevalente e sussidiaria proteggono lo stesso bene giuridico altrimenti le clausole di sussidiarietà non avrebbero senso. Del resto, non sempre esiste una norma che protegge lo stesso bene giuridico, che prevede una sanzione più grave. Allo stesso modo è inadeguato ritenere una sussidiarietà rispetto a qualsiasi altra norma che prevede una sanzione più grave che va in tutt'altra direzione incriminatrice. Pertanto, nei casi di clausole di sussidiarietà generica si dovrebbe accertare che la norma che prende il posto di quella sussidiaria tuteli almeno parzialmente lo stesso bene giuridico. Questo non contraddice il senso letterale della norma, perché ogni concetto giuridico ha in uno specifico contesto uno specifico significato. Lo stesso concetto di *Tat* nella *Konkurrenzlehre* ha un significato diverso.

## 6.2 Il criterio dell'assorbimento o consumzione

Il più criticato dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme è quello dell'assorbimento tacito, basato sui rapporti di consumzione tra fattispecie e quindi sui rapporti di «meno-più»<sup>208</sup>.

Il criterio in base al quale *lex consumens derogat legi consumptae* è il principale criterio di valore ed è espressione di un *ne bis in idem* sostanziale, cioè del divieto di attribuire più volte ad uno stesso autore un accadimento unitariamente valutabile da un punto di vista normativo<sup>209</sup>. In virtù di tale principio si esclude il concorso di reati ogni qual volta la commissione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la commissione anche di un altro reato. Il legislatore, quindi, nel prevedere il reato più grave fissa una sanzione adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave, che normalmente vi si accompagna<sup>210</sup>.

Tale criterio sembrerebbe il fondamento dell'unificazione di offese diverse nel reato complesso *ex art. 84 c.p.* Larga parte della dottrina riconduce allo stesso principio anche l'assorbimento di circostanze voluto dall'art. 68 c.p. nei casi in cui una circostanza ne comprenda in sé un'altra<sup>211</sup>. Oltre questi due casi di assorbimento espresso, le dottrine pluralistiche che danno rilevanza al criterio della consumzione ritengono ammissibile un

---

<sup>208</sup> Per tutti, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 1952, 416 ss. Secondo MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 474 la consumzione tra fattispecie presuppone un rapporto di *minus-maius* tra fattispecie, nel senso che la fattispecie consumata costituirebbe una offesa minore allo stesso bene giuridico. Pertanto, anche l'applicazione di tale criterio non sarebbe altro che un'espressione del *ne bis in idem* sostanziale.

Anche nella dottrina tedesca il criterio della *Konsumtion* è il più dibattuto, perché è quello che si basa esclusivamente su valutazioni politico-criminali, trovando minori riferimenti normativi. Esso dovrebbe riconoscersi laddove un fatto tipico, anche se non espressamente contenuto in un altro, ne costituisce la normale modalità di realizzazione così che il suo contenuto di illecito e colpevolezza *-Unrechts- und Schuldgehalt-* si consuma attraverso la punizione del reato più grave. Nonostante tali affermazioni di principio, restano incerti e fortemente discussi i presupposti e i confini di applicazione di tale parametro. Non è sempre chiaro a quali condizioni e alla luce di quali requisiti, fatti, come la violazione di domicilio o il danneggiamento, possano essere considerati 'fatti di accompagnamento' di un altro reato *-Begleitaten-*. Sul punto WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 317 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 859. Quest'ultimo sottolinea come parte della dottrina non riconosca l'autonomia di tale criterio, ritenendo i casi di assorbimento quali espressioni di specialità o sussidiarietà. L'Autore, inoltre, ritiene che nell'ambito di applicazione dell'assorbimento rientri anche la questione del post fatto non punibile che altro non sarebbe se non un fatto il cui disvalore è già assorbito in altra fattispecie.

<sup>209</sup> Si pensi ai rapporti tra atti osceni e contravvenzione di atti contrari a pubblica decenza, prima della depenalizzazione ad opera del d.lgs. n. 8/2016.

<sup>210</sup> BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 718 ss.; PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 551; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 686: la commissione di un secondo reato «finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'apparire assorbita dal primo»; è un rapporto di «implicazione o compresenza tra più reati suffragato dall'esperienza».

<sup>211</sup> A questi casi espressi parte della dottrina aggiunge i casi di consumzione eventuale. Secondo questa nozione un reato viene assorbito dall'altro, perché esso, in virtù del principio del *ne bis in idem* sostanziale, costituisce uno dei possibili modi di realizzazione di una fattispecie assorbente. Così MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 428 ss.

assorbimento tacito, come ulteriore principio a fondamento di un concorso apparente di norme.

L'assorbimento tacito presupporrebbe un rapporto di valore e non un rapporto strutturale tra le fattispecie. A questo si aggiunge un'identità normativo-sociale del fatto a differenza del principio di specialità che richiede una identità naturalistica<sup>212</sup>. In virtù di tale identità normativo-sociale è possibile unire anche condotte naturalisticamente diverse, purché espressione di un significato omogeneo avvertito come tale dalla stessa coscienza sociale<sup>213</sup>.

La norma prevalente dovrebbe essere riconosciuta come quella in grado di esaurire la risposta penalistica al disvalore del fatto realizzato. Ciò, non solo quando un reato è elemento costitutivo di un altro reato, ma anche quando la realizzazione dell'uno richiede la realizzazione dell'altro, facendo riferimento all'*id quod plerumque accidit*.

Molti sono i criteri che sono stati individuati per selezionare la norma da applicare. Si è proposto il ricorso alla comparazione tra i beni giuridici tutelati, la maggiore o minore specificazione del soggetto attivo o, in mancanza, una valutazione quantitativa degli elementi specializzanti presenti nelle fattispecie considerate, in subordine il principio del *favor rei* con applicabilità della norma più favorevole<sup>214</sup>. Poiché nessuno sembra idoneo a dare una risposta certa, il criterio più accreditato resta quello dell'identificazione della norma che appresta il trattamento penale comparativamente più severo e comprensivo. Anche in questo modo non sono risolti tutti i problemi, perché potrebbero essere in discussione fattispecie con minimo e massimo diversi per gravità. Parte della dottrina, allora, suggerisce una valutazione in concreto della severità del trattamento sanzionatorio<sup>215</sup>. Altri, invece, riferendosi alla dottrina tedesca, preferiscono dare rilevanza al massimo edittale e, se questo fosse uguale per entrambe le fattispecie, occorrerebbe integrare tale criterio con quello della comparazione della qualità e del rango dei beni giuridici tutelati<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> MUSCO, *il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 811; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 686-687. In particolare, secondo quest'ultima impostazione, il criterio di consunzione sarebbe il più importante in materia di convergenza apparente di norme, perché è l'unico che riesce a limitare gli effetti pregiudizievoli dell'ipertrofia legislativa che comporta l'entrata in vigore di norme di parte speciale superflue e in violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>213</sup> Si pensi ai rapporti tra furto e danneggiamento della cosa sottratta, ovvero tra truffa e millantato credito, oppure a quelli favoreggiamento personale e falsa testimonianza nel caso in cui un soggetto menta prima alla polizia e poi ad un giudice in relazione ad una stessa vicenda.

<sup>214</sup> B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 411.

<sup>215</sup> *Ivi*, 410. Ciò sarebbe confermato dai criteri desumibili dalle clausole di sussidiarietà relativamente indeterminate, nonché dall'art. 68 c.p., dalla figura della progressione criminosa, antefatto e postfatto non punibili. La necessità di una valutazione in concreto sarebbe avvalorata dalla necessità che la norma continente possa effettivamente essere applicata in concreto. Se, per esempio, mancasse una condizione di procedibilità, quale la querela, tale fattispecie, seppur continente, non potrebbe essere applicata. Analogamente, se la norma continente non garantisse il risarcimento del danno per i soggetti danneggiati, non potrebbe trovare applicazione.

<sup>216</sup> FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit. 687.

Parte della dottrina, inoltre, sottolinea che tale criterio consente l'applicazione di un'unica norma non solo nei rapporti di continenza necessaria, ma anche in quelli più controversi di continenza non necessaria, cioè quando il reato è solo una delle possibili modalità di realizzazione dell'altro, nonché nei casi di progressione criminosa. In applicazione di tale ultimo parametro si dovrebbe riscontrare un concorso apparente di norme tanto nel caso di assorbimento c.d. eventuale, cioè quando la fattispecie è solo una eventuale modalità di esecuzione del fatto di reato consumante, quanto nel caso di antefatti e postfatti. Quest'ultimi rimarrebbero impuniti, perché il loro disvalore resta assorbito nel disvalore della fattispecie principale realizzata<sup>217</sup>.

I confini applicativi di tale criterio sono molto vaghi, pertanto, anche nell'ambito delle teorie pluralistiche, vi è chi lo rinnega ritenendo che solo la sussidiarietà possa aggiungersi alla specialità quali criteri di soluzione del concorso apparente di norme<sup>218</sup>.

Sono già state anticipate le obiezioni che la dottrina muove all'identificazione di tale criterio. Esso risulta eccessivamente vago e non dà alcuna indicazione circa i parametri che dovrebbero essere tenuti presente per valutare quando effettivamente il disvalore deve essere considerato unitario. Si finisce, inevitabilmente, per aprire le porte all'arbitrio giurisprudenziale e per sconfinare nell'ambito di valutazioni che spettano, più propriamente, al legislatore. Secondo parte della dottrina, poi, tale criterio sarebbe del tutto inutile, dal momento che specialità e sussidiarietà sono di per sé idonei a risolvere tutti i casi che la dottrina vuole far rientrare nella consunzione tacita. Rispetto ai casi di concorso di reati che non possono essere risolti attraverso il ricorso alla specialità ed alla sussidiarietà, il ricorso alla consunzione tacita si rivelerebbe un'applicazione analogica ingiustificata degli artt. 84 e 68 c.p.<sup>219</sup>.

Sembrirebbe, allora, più opportuno ritenere l'assorbimento ammissibile nei limiti in cui esso è posto dal legislatore a fondamento dell'unificazione legislativa di fattispecie diverse<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Secondo questo criterio, la realizzazione di una truffa dovrebbe assorbire il disvalore dell'eventuale reato di falso realizzato per eseguire gli artifici e raggiri utili a indurre in errore la vittima. Tale facile esempio fa comprendere come, in realtà, le implicazioni pratiche di tale principio siano strettamente collegate alle riflessioni in materia di reato complesso e sua configurabilità. Lo stesso MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 474 ss., che critica fortemente le teorie pluralistiche e, in particolare il ricorso al criterio dell'assorbimento tacito, ritiene ammissibile, però, la configurabilità di un reato eventualmente complesso. Analogamente sarebbero assorbiti nel reato di furto in appartamento, la violazione di domicilio e il danneggiamento della serratura realizzati per commettere il reato principale.

<sup>218</sup> Gli stessi FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 729 ss. e MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 89 ss., ritengono utili solo specialità e sussidiarietà, rinnegando la consunzione.

<sup>219</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 474 ss.

<sup>220</sup> Sul punto si veda FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 646 ss., per cui l'assorbimento è ammissibile nei limiti in cui è previsto il reato complesso. Questi, però, aggiungono che l'art. 84, che costituisce un tipico caso di assorbimento, conferma *in re ipsa* la «scarsa autonomia di questo criterio (al pari della sussidiarietà) rispetto alla regola della «specialità», che domina l'intera materia del concorso di norme, e di cui sussidiarietà e assorbimento sembrano esprimere determinati momenti di rilevanza. Sembra infatti innegabile che la rapina

L'ambiguità nasce dal fatto stesso di considerare tale principio un criterio utile ai fini del concorso apparente di norme. La consunzione, infatti, non è un parametro di convergenza, ma il presupposto del rapporto di specialità che sussiste tra fattispecie assorbente e fattispecie assorbita. Esso, pertanto è il risultato della valutazione legislativa dell'unitarietà del disvalore d'azione e d'evento. Una volta che questi ha individuato una fattispecie assorbente, sussiste tra questa e la fattispecie base assorbita un rapporto di specialità o, se sussiste una specifica clausola, di sussidiarietà<sup>221</sup>.

### 6.3 Il criterio dell'alternatività

Per esigenze di completezza, si cita il criterio dell'alternatività, in realtà mai recepito pienamente dalla dottrina italiana e, sembrerebbe, superato anche nella dottrina tedesca.

Secondo questo criterio, si avrebbe un concorso apparente di norme quando una stessa azione viene considerata dal legislatore sotto diversi aspetti o nel senso che, rispetto ad essa, sussistono una pluralità di leggi che comminano una sanzione criminale, oppure perché le due fattispecie sono poste in rapporto di interferenza<sup>222</sup>.

L'applicazione di tale principio manifesterebbe la sua valenza laddove le pene comminate dalle fattispecie convergenti sono uguali. In tale caso, l'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie è indifferente ed alternativa, dovendosi applicare comunque una sola sanzione. Se, invece, le fattispecie comminassero sanzioni tra loro diverse, si riterrebbe comunque sufficiente la sola applicazione della pena più grave.

La dottrina obietta che nel caso in cui lo stesso fatto venga previsto da diverse leggi e punito con la stessa sanzione, evidentemente si è trattato di una mera ripetizione legislativa, pertanto non si dovrebbero avere più norme concorrenti ma una stessa norma diversamente formulata. Se, invece, le sanzioni comminate sono diverse, si hanno rapporti del tutto analoghi a quelli di specialità e di sussidiarietà non essendo necessario creare un ulteriore principio.

Tale criterio, quindi, sarebbe stato accantonato, per l'inesistenza di uno spazio di operatività.

Parte della dottrina, invece, ritiene che nel nostro ordinamento con il termine alternatività venga indicato un diverso tipo di rapporto tra norme, cioè quello in base al quale le fattispecie

---

possa configurarsi come ipotesi speciale, da un lato rispetto al furto (...), dall'altro rispetto alla violenza privata (...).» Tale sillogismo può risultare ambiguo. Che la fattispecie complessa sia speciale rispetto alle fattispecie semplici di cui si compone e che sia questa la ragione per cui prevale sulle fattispecie delle singole figure criminose, è indiscutibile. Cosa diversa è affermare che l'assorbimento possa essere considerato per ciò solo un criterio appartenente al più ampio *genus* della specialità.

<sup>221</sup> Sul reato complesso e sul dibattito dottrinale il reato eventualmente complesso, Cap. II, par. pag.

<sup>222</sup> Per i riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca, in particolare alle tesi di Binding e Mezger, si vedano i riferimenti in MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 97, nota n. 164, nonché FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 605.

prevedono degli elementi contrastanti; pertanto sono in rapporto di esclusione reciproca e solo una può essere applicata. Tale sarebbe, per esempio, il rapporto tra furto ed appropriazione indebita<sup>223</sup>.

## **7. Il *ne bis in idem* come possibile fondamento del concorso apparente di norme**

Partendo dai limiti delle precedenti elaborazioni monistiche, ma anche di quelle pluralistiche, e da un'accurata ricostruzione dei presupposti della convergenza, è nota la tesi che ha fondato il proprio sistema sulla riconduzione di tutte le ipotesi di concorso apparente di norme al principio del *ne bis in idem* sostanziale<sup>224</sup>. Come il conflitto di norme è regolato dal criterio di non contraddizione, così il concorso apparente di norme sarebbe regolato dalle applicazioni del divieto di punire più volte uno stesso soggetto per lo stesso fatto.

La validità e la cogenza di tale criterio si ricaverebbero da tutte le norme previste dal codice in materia di concorso apparente di norme, non solo l'art. 15 c.p. relativo ai rapporti di specialità, ma anche dall'art. 84 c.p. e 68 c.p. Tali ultimi articoli consentono di affermare che alcune fattispecie sono eventualmente complesse, perché l'una costituisce ordinaria modalità di realizzazione dell'altra. Il *ne bis in idem* sarebbe confermato, poi, dalle clausole di riserva, stabilite dal legislatore in casi eccezionali per ampliare la convergenza di norme ai casi di specialità bilaterale esclusi dalla portata applicativa dell'art. 15 c.p. Se si considerano gli art. 61 e 62 c.p., inoltre, l'intera disciplina delle circostanze sembra confermare la vigenza di tale principio.

Tale teoria muove dall'idea che il concorso di norme deve, necessariamente, rispettare il principio di equità in base al quale deve riscontrarsi un concorso apparente di norme non solo nei casi di specialità unilaterale, ma anche in tutti quegli altri casi in cui un medesimo fatto rientra sotto la vigenza di più norme. Oltre l'equità, il sistema deve garantire la certezza giuridica, che può essere assicurata solo da un sistema le cui soluzioni siano prevedibili<sup>225</sup>. Queste due esigenze sono ugualmente soddisfatte dall'applicazione del *ne bis in idem* sostanziale, che vieta di punire più volte il soggetto per lo stesso fatto, giustificando, quindi, la convergenza di norme anche nei casi di specialità reciproca tra fattispecie ed anche in assenza di una clausola esplicita di riserva.

Pertanto, ricostruiti correttamente i presupposti della convergenza, e individuato il *ne bis in idem* sostanziale quale unico principio giuridico operativo in materia, i criteri in base ai quali riconoscere la convergenza apparente di norme sarebbero, innanzitutto, tutti quelli regolanti i

---

<sup>223</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 99.

<sup>224</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 387 ss.

<sup>225</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 471, l'Autore afferma la necessità di eliminare incertezze «che fanno del concorso di norme il fianco più vulnerato del principio costituzionale di legalità».

rapporti formali tra fattispecie, quindi non solo quello della specialità, ma anche quello cronologico e gerarchico. A questi si aggiungerebbero le clausole di riserva, che, riferendosi a fattispecie che sono tra loro in un rapporto strutturale di interferenza, costituisce una deroga legislativa al concorso formale di reati che, pertanto, non è passibile di interpretazione analogica<sup>226</sup>. Per quanto riguarda il criterio dell'assorbimento o consunzione, questo opererebbe nei limiti dell'art. 84 c.p.<sup>227</sup>. Per tutti gli altri casi opererebbero delle complesse operazioni ermeneutiche volte a ricostruire l'ambito di validità tra fattispecie, partendo sempre dal presupposto del divieto di doppio punizione per uno stesso fatto.

Che il criterio di specialità sia il criterio primario al quale fare riferimento in materia di convergenza, che la sussidiarietà e l'assorbimento debbano essere applicati nei limiti previsti dal legislatore e che, in qualche modo, la disciplina convergenza sia strettamente legata con il principio del *ne bis in idem*, appare corretto<sup>228</sup>. Quali siano, però, i limiti di operatività e coerenza nel nostro ordinamento, e come debbano essere effettivamente interpretate le nozioni di *bis* e di *idem*, restano questioni ancora fortemente dibattute.

## 8. Cenni alla disciplina tedesca della *Gesetzeskonkurrenz*

Il costante riferimento della dottrina italiana alla dottrina tedesca, in particolare in tema di concorso di reati, impone un breve raffronto tra la disciplina di questi due ordinamenti, in materia di unità e pluralità di reati.

Nell'ordinamento tedesco, le questioni inerenti al tema del concorso di norme sono rimesse esclusivamente all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Il codice penale tedesco, infatti, non prevede delle norme di parte generale che regolino la convergenza apparente, ma solo clausole di sussidiarietà tra norme incriminatrici<sup>229</sup>.

Autorevole dottrina sottolinea come il legislatore abbia consapevolmente rinunciato a dare precise linee giuridiche in materia di *Gesetzeskonkurrenz*. In primo luogo per l'impossibilità di affermare, in astratto, che il contenuto illecito della realizzazione di un fatto tipico sia già contenuto in quello della trasgressione ad un'altra norma giuridica. Inoltre, i problemi

---

<sup>226</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 475 sussidiarietà e concorso formale di reati, infatti, avrebbero la stessa struttura basata sulla specialità reciproca; pertanto «mentre la specialità ha carattere regolare e su di esso si incentra il concorso apparente, la sussidiarietà ha carattere eccezionale, perché parteciperebbe alla struttura del concorso formale di reati (specialità reciproca) e quindi sussiste solo nei casi suddetti».

<sup>227</sup> Si tenga presente, però, che lo stesso Autore ritiene possibile estendere la disciplina di cui all'art. 84 c.p. anche alle ipotesi di reato eventualmente complesso. Sul punto si veda *infra* Cap. II, par. 1.

<sup>228</sup> Per le critiche alla nozione di reato eventualmente complesso di rinvia alla più ampia trattazione sul tema, Cap. II, par. 1.

<sup>229</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2013, 317 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2003, 846 ss. Tale caratteristica sembrerebbe comune anche ad altri ordinamenti, quali quello anglosassone, che pure non prevedono una disciplina specifica in materia di concorso apparente di norme, nonostante l'importanza del problema riscontrata nella prassi. Così B. ROMANO, *Guida alla parte generale*, cit., 408.

interpretativi inerenti all'alternativa tra applicazione di un'unica norma e concorso ideale di reati di cui al § 52 StGB, vanno risolti in virtù del principio generale in base al quale nessuno può essere responsabilizzato in base a uno stesso "fatto"<sup>230</sup>.

Anche nella dottrina tedesca si riscontrano ambiguità terminologiche. Il dibattito dottrinale fa, generalmente, riferimento al concorso di norme -*Gesetzeskonkurrenz*-. Quest'espressione è stata assorbita dal legislatore che, talvolta, la utilizza nei testi normativi. Non manca, però, chi sottolinea come tale generica definizione possa indurre a fraintendimenti, se utilizzata per riferirsi a casi in cui, in realtà, è unica la norma di legge da applicare, non sussistendo, di fatto, alcun concorso tra norme<sup>231</sup>.

Parte della dottrina preferisce distinguere tra concorso effettivo e apparente di norme -*echte und unechte Gesetzeskonkurrenz*-<sup>232</sup>. Seguendo questa interpretazione, quindi, si potrebbe dire che la generica *Gesetzeskonkurrenz* dovrebbe corrispondere a ciò che qui si è inteso per convergenza di norme.

Nell'ambito di tale categoria generale, poi, si definirebbero casi di *echte Gesetzeskonkurrenz*, quelli in cui le violazioni di legge effettivamente concorrono, a prescindere dall'applicazione di una pena unica o di un cumulo giuridico -*Gesamtstrafe*-<sup>233</sup>.

Per *unechte Gesetzeskonkurrenz*, invece, si dovrebbero intendere tutti quei casi in cui la convergenza si rivela apparente e il fatto oggetto di giudizio deve essere qualificato alla stregua di un'unica norma di legge. Questa stessa impostazione dottrinale, ritiene che un concorso apparente di norme si possa verificare tanto con riferimento ad ipotesi in cui l'azione tipica è unica (*Handlungseinheit*), quanto rispetto a quelle in cui le azioni tipiche sono plurime (*Handlungsmehrheit*)<sup>234</sup>. Con ciò si vorrebbe affermare che l'esistenza di un concorso effettivo di norme penali è richiesta quale presupposto sia dell'*Idealkonkurrenz* di cui al § 52 StGB, sia della *Realkonkurrenz* disciplinata dal § 53 StGB.

Quando le plurime violazioni di legge sono realizzate attraverso una pluralità di azioni tipiche, è possibile che l'analisi dei rapporti tra esse riveli che sia comunque unica la norma

---

<sup>230</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 846 «es läßt sich schon aus allgemein rechtsstaatlichen Grundsätzen ableiten, daß jemand nicht wegen desselben Vorwurfs mehrfach zur Verantwortung gezogen werden darf». Il *ne bis in idem*, quindi, viene considerato anche dalla dottrina tedesca il criterio principale utile a risolvere i problemi relativi al concorso apparente di norme.

<sup>231</sup> *Ivi*, 847. L'Autore sottolinea che il generico riferimento al concorso di norme non aiuta a comprendere la distinzione tra l'ipotesi del concorso ideale di cui al § 52 StGB, in cui concorrono più norme violate anche se la pena da applicare è una sola, e quelle in cui, invece, pur essendo astrattamente concorrenti più norme, è unica la norma che effettivamente è chiamata a disciplinare il caso concreto. Egli, però, definisce secondaria la disputa terminologica sull'argomento.

<sup>232</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 330 ss.

<sup>233</sup> Per l'analisi dei problemi inerenti al concorso di violazioni legislative nel sistema tedesco si rinvia al Cap. IV, par. pag.

<sup>234</sup> Sui concetti di azione unica o plurima nel concorso ideale e concorso reale di reati nel sistema tedesco e sulla differenza tra *Handlungseinheit* e *Handlungsidentität* si rinvia, ancora una volta, a Cap. IV, par. pag.

da applicare, dal momento che una è la fattispecie tipica che assorbe tutto il disvalore del fatto, mentre le altre non costituiscono reati concorrenti, bensì antifatti e postfatti non punibili (*mitbestrafte Vor- und Nachtat*)<sup>235</sup>.

Se l'azione è unica, sussiste concorso apparente di norme quando, apparentemente, si realizzano più fattispecie, ma lo studio dei rapporti tra esse dimostra che una è prevalente rispetto alle altre. Parte della dottrina utilizza, a tal proposito, la più chiara definizione di unità di norma applicabile (*Gesetzeseinheit*)<sup>236</sup>. Altra parte della dottrina preferisce indicare tale caso come concorrenza apparente (*Scheinkonkurrenz*).

Il dibattito dottrinale tedesco si concentra sui rapporti tra la *Gesetzeseinheit* e il concorso ideale di reati (*Idealkonkurrenz*) di cui al § 52 StGB. La difficoltà di distinguere in modo univoco le due ipotesi deriva dal dato di fatto che, in termini di ripercussioni pratiche, non vi è alcuna differenza tra le due ipotesi, dovendosi comunque applicare un'unica sanzione<sup>237</sup>.

I parametri da tener presente nell'individuazione dell'unica norma applicabile, sarebbero costituiti dai beni giuridici contro cui si rivolge l'aggressione, dai *Tatbestände* che la legge predispone per la loro protezione, nonché dalle offese concretamente realizzate. Quest'ultime possono essere considerate assorbite in un'unica disposizione normativa quando esse costituiscono forma di manifestazione necessaria o, almeno, regolare di realizzazione di un altro reato.

Tendenzialmente, però, la giurisprudenza tende a qualificare i fatti oggetto di giudizio in termini di *Tateinheit*, quindi di concorso ideale di reati e non di concorso apparente di norme, nei casi in cui è più opportuno chiarire, nella motivazione della sentenza, quali norme siano state violate dall'agente<sup>238</sup>. Il vero criterio discrezionale tra la qualificazione giuridica di una

---

<sup>235</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 330 ss. Analogamente ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 847 sostiene che non sia ancora stato individuato un vero confine tra la *Gesetzeskonkurrenz* rispetto a l'*Idealkonkurrenz* e la *Realkonkurrenz*. L'Autore ritiene che la pena debba essere unica quando non necessariamente, ma regolarmente un reato è forma di manifestazione dell'altro. Questi sarebbero casi in cui il contenuto illecito di un fatto è esaurientemente assorbito in uno dei molteplici *Tatbestände*.

<sup>236</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 342 è unica la norma applicabile - *Gesetzeseinheit* - quando il contenuto illecito di un fatto è completamente travolto da uno dei vari fatti tipici applicabili secondo il tenore della legge. L'espressione - *Gesetzeseinheit* - dalla giurisprudenza del BGHSt 11,17; 25,373, perché nella condanna emerge solo una violazione di legge.

<sup>237</sup> Il § 52 StGB, infatti, dedicato alle ipotesi di *Tateinheit*, cioè di fatto tipico unico, stabilisce che quando con una sola azione si violano più disposizioni di legge o più volte una sola disposizione di legge, si applica un assorbimento sanzionatorio nella sanzione più grave. Sul punto Cap. III, par. 3.2.

<sup>238</sup> Questo accade, in particolare, quando rispetto alla fattispecie che potremmo definire assorbente o prevalente si realizza solo un tentativo, mentre la fattispecie base risulta effettivamente consumata. Così, per esempio, in materia di tentato omicidio risoltosi in una lesione personale. Tale caso, che nel nostro ordinamento comporta l'applicazione del solo tentato omicidio, nel sistema tedesco costituisce un caso di *Idealkonkurrenz*. L'applicazione della sola fattispecie di tentato omicidio, infatti, non farebbe comprendere se questo è rimasto, o meno, del tutto privo di conseguenze lesive. A conclusioni analoghe giunge la giurisprudenza nei casi in cui concorrano un reato base e il tentativo di reato qualificato dall'evento - *Versuch der Erfolgsqualifikation* -; per esempio, si realizza una *Tateinheit* tra la fattispecie di incendio e quella di incendio con conseguenze mortali,

*unechte Gesetzeskonkurrenz* o una *Idealkonkurrenz*, quindi, consisterebbe nella funzione di chiarificazione svolta dalla disciplina di cui al § 52 StGB<sup>239</sup>.

L'opinione prevalente della dottrina tedesca segue un'impostazione di tipo pluralistico, risolvendo i casi di concorso apparente di norme attraverso i principi di *Spezialität*, *Subsidiarität* e *Konsumtion*<sup>240</sup>.

Secondo la definizione più accreditata in dottrina, si ha una relazione di *Spezialität* quando un fatto illecito ha tutti gli elementi costitutivi di un altro e si differenzia da questo solo perché contiene almeno un elemento specializzante<sup>241</sup>. Nell'ambito della specialità, quindi, rientrerebbero anche i rapporti tra reato complesso e fattispecie semplici<sup>242</sup>. La *Subsidiarität* si riferisce ai casi in cui esiste un *Tatbestand* che funge da "fatto tipico di raccolta" - *Auffangtatbestand*- nel caso in cui il comportamento dell'agente non sia compreso in una fattispecie per cui sia prevista una pena più grave. Per *Konsumtion*, infine, si intende che il fatto soccombente non è strettamente necessario, ma normalmente si accompagna ad un altro fatto tipico<sup>243</sup>.

Esistono, in ogni caso, sostenitori di teorie monistiche, secondo i quali la *Gesetzeskonkurrenz* dovrebbe essere risolta attraverso il solo criterio di specialità. Le argomentazioni in proposito sono diverse. Alcuni autori giustificano il ricorso a tale unico criterio per il fatto che gli altri criteri di sussidiarietà e consunzione altro non sono che ipotesi

---

qualora l'evento morte non si sia verificato, pur costituendo il risultato a cui era finalisticamente indirizzata la condotta dell'agente. Specularmente, il § 52 StGB costituisce la risposta idonea alla qualificazione giuridica dell'ipotesi inversa in cui si realizzano le conseguenze ulteriori del reato, ma non la fattispecie base - *erfolgsqualifizierter Versuch*-; si pensi al caso di un tentativo di rapina, durante il quale qualcuno abbia perso la vita. Infine, costituiscono ipotesi di *Idealkonkurrenz* quelle in cui concorrono il tentativo di un reato complesso e la realizzazione della fattispecie base; per esempio, la realizzazione di una minaccia nel tentativo di realizzare un'estorsione, oppure nel caso di un tentativo di rapina che si conclude con una lesione personale senza che si sia realizzata la sottrazione patrimoniale. Sul punto, WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 340 ss.

<sup>239</sup> *Ivi*, 342. Tali osservazioni confermano quanto si affermerà a proposito dell'*Idealkonkurrenz* nel diritto penale tedesco. L'applicazione dell'unica norma più grave tra tutte quelle comminate dal legislatore costituisce, comunque, espressione di un'unità di reato, perché unico è il disvalore del fatto, sebbene esso sia comprensibile solo attraverso il riconoscimento di una violazione plurima di norme. Sul punto Cap. III, par. 3.2. Esiste, pertanto, una differenza tra un unico fatto che viola più norme, ma è comunque espressivo di un disvalore meritevole dell'applicazione di una sola sanzione (come avviene nel nostro ordinamento in tutti i casi di unificazione legislativa di plurime violazioni di leggi) e un unico fatto che realizza una pluralità di fatti tipici perché realizza eventi giuridici da valutare autonomamente (che, nel nostro ordinamento, costituiscono un concorso formale o ideale di reati e in quello tedesco costituiscono, comunque forme di *Tatmehrheit*, quindi di pluralità di fatti tipici e di sanzioni).

<sup>240</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 848; secondo tale Autore sussiste specialità quando il fatto soccombente è contenuto in quello prevalente, dal quale differisce per l'inesistenza di alcune caratteristiche e condizioni. L'Autore sottolinea che la definizione dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme, la loro differenziazione, così come il loro utilizzo ai fini della *Gesetzeskonkurrenz*, siano aspetti ancora estremamente discussi. Egli aggiunge, lo si ripete, che le distinzioni concettuali tra criteri non hanno alcuna rilevanza pratica dal momento che la soluzione è sempre la stessa.

<sup>241</sup> Così Honig, citato da Roxin, *ibidem*.

<sup>242</sup> *Ibidem*. Per esempio la fattispecie di rapina è considerata speciale rispetto a quelle di violenza privata e di furto.

<sup>243</sup> *Ibidem*. Ciò accade, per esempio, tra violazione di domicilio e furto in appartamento.

di specialità<sup>244</sup>. Al contrario vi è chi sostiene che le uniche ipotesi di *Gesetzeskonkurrenz* siano quelle che rispondono alle caratteristiche di specialità, mentre tutte le altre ipotesi devono ricadere nell'ambito di applicazione della *Tateinheit* di cui al § 52 StGB<sup>245</sup>.

## 9. Ulteriori cenni di comparazione

Nello studio delle qualificazioni giuridiche multiple, non manca chi si è posto il problema della comparazione anche con ulteriori sistemi europei ed angloamericani<sup>246</sup>. Tali riflessioni si rivelano utili considerando che, anche *de iure condendo*, si prendono in considerazione le soluzioni adottate in altri ordinamenti<sup>247</sup>. L'esperienza comparatistica sembra mettere in evidenza il dato per cui un ordinamento giuridico, nella gestione del problema dell'unità o pluralità di reati, utilizza la combinazione di molteplici istituti sostanziali ed anche processuali<sup>248</sup>. Il problema, quindi, non si risolve nella mera alternativa tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati. Ancora, la scelta tra sistemi formalistici e sistemi che lasciano spazio alla discrezionalità dell'interprete nella gestione del caso concreto, sembra influenzata dal modo di intendere i rapporti tra legislatore e magistratura<sup>249</sup>.

Nel sistema francese non esiste un'espressione equivalente al concorso apparente di norme e ci si riferisce, più in generale, ai problemi di qualificazione giuridica, cioè al *concours de qualifications* o *qualifications multiples*. In tale ordinamento, l'ipotesi in cui uno stesso fatto violi più norme penali realizza la figura dottrinale del *concours ideal d'infractions* e, quindi,

---

<sup>244</sup> JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 864 ss. il quale intende la specialità in modo estensivo, così da comprendervi i casi di sussidiarietà e consunzione.

<sup>245</sup> PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden, 2011, 381 ss. la quale ritiene che tutti i casi di - *Unrechtsverwandtschaft*- "disvalori collegati", non rientranti nella specialità, dovrebbero essere trattati come ipotesi di concorso ideale di reati.

<sup>246</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'analisi comparatistica di PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 223 ss. al quale si rinvia per i riferimenti bibliografici alla dottrina francese e angloamericana in materia di qualificazioni giuridiche multiple e divieto di doppio giudizio.

<sup>247</sup> Ciò è evidente, in particolare, nei lavori della Commissione Grosso che, aderendo alla volontà di armonizzare le scelte comunitarie, ha dato ampio spazio a valutazioni comparativistiche ed ha cercato di adeguare la legislazione italiana a scelte già effettuate dalla legislazione europea. Cfr. Relazione finale della Commissione Grosso del 15 luglio 1999, consultabile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), e pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 600 ss.

<sup>248</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 232. L'analisi comparatistica ha consentito di rilevare che «al di là delle ipotesi in cui sussista un rapporto di vera e propria specialità unilaterale tra fattispecie, i problemi relativi all'individuazione della pena per uno o più fatti suscettibile/i, anche solo in apparenza, di qualificazione giuridica multipla trovano soluzione, nei diversi sistemi, attraverso l'operare degli istituti penalistici più disparati». Ci si riferisce, in particolare ad istituti quali il concorso ideale di reati (inteso quale assorbimento sanzionatorio di plurime violazioni di legge realizzate tramite gli stessi fatti), il reato continuato (come istituto utile per mitigare sul piano sanzionatorio il rigore della disciplina delle qualificazioni giuridiche multiple), la commisurazione della pena, ma anche e soprattutto istituti di rilevanza processuale quali la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, ed i riti processuali alternativi intesi come espressione di una giustizia contrattata.

<sup>249</sup> Gli ordinamenti che fanno molto affidamento sulla valutazione del giudice rispetto al caso concreto, infatti, sono maggiormente predisposti all'introduzione di criteri di valore e, più in generale, di istituti che consentano al giudice di parametrare la risposta sanzionatoria rispetto alle esigenze del caso concreto.

un assorbimento sanzionatorio, laddove la fattispecie più grave sia capace di esaurire, da sola, il disvalore del fatto<sup>250</sup>. La giurisprudenza, però, esclude il concorso ideale di infrazioni qualora il fatto offenda beni giuridici diversi<sup>251</sup>. Va notato, però, che l'assorbimento sanzionatorio costituisce la regola generale del trattamento del concorso di violazioni di leggi penali dal momento che, ai sensi degli artt. da 132-2 a 132-6 del c.p. francese, quando concorrono reati punibili con sanzioni omogenee, si applica la sola pena più grave nel limite previsto dal suo massimo edittale. Il sistema francese, inoltre, sembra concedere ampi margini di discrezionalità nella commisurazione della pena e nell'esercizio dell'azione penale<sup>252</sup>. Esso, pertanto, sembra risolvere il problema dell'unità o pluralità di qualificazioni giuridiche sul piano dell'interpretazione del fatto concreto, nonché sul piano sanzionatorio e processuale.

L'art. 8 del codice penale spagnolo, invece, aderisce ad una soluzione pluralista per disciplinare le ipotesi di *concurso de leyes penales*, prevedendo una serie di criteri successivi per individuare l'unica norma applicabile tra quelle violate. Qualora i fatti siano qualificabili alla stregua di due o più precetti penali, la legge speciale prevale su quella generale, il precetto sussidiario si applica solo se quello principale non è applicabile (sia nel caso di sussidiarietà espressa che tacita), il precetto più ampio e completo assorbe quelli in esso consumati e, in caso di insufficienza dei criteri predetti, si applica il precetto che prevede la pena più grave. Dalla lettura delle norme del codice, inoltre, sembrerebbe evincersi che il concorso apparente di norme, anche in questo sistema, è una questione di validità e non di efficacia e, quindi, una questione di unità di reato. L'art. 8 c.p. spagnolo, infatti, fa esplicitamente salva l'applicazione delle regole sul concorso di reati di cui agli artt. 73-77 c.p. spagnolo. Si tratta di norme che regolano il caso di concorso materiale e formale omogeneo o eterogeneo di reati, prevedendo dei limiti massimi per il cumulo delle pene, il reato continuato (come strumento di mitigazione del trattamento sanzionatorio di una pluralità di reati omogenei), e la connessione tra reati. La disciplina sul concorso apparente di norme, allora, sembra presupporre l'esistenza di criteri sostanziali che consentano di affermare quando il reato è unico; ad una prima lettura della disciplina del concorso di reati, sembra che tali criteri discretivi vadano identificati nel numero di offese realizzate e nel numero di soggetti che sono stati offesi dal reato, discriminando anche tra delitti contro il patrimonio ed altri delitti.

---

<sup>250</sup> *Ivi*, 227. L'Autore ricorda che l'espressione *concurso apparent* ricorre solo sporadicamente nella letteratura specialistica francese e che il concorso ideale di infrazioni è un istituto che ancora non ha trovato una sua collocazione dogmatica precisa tra il concorso di reati e l'interpretazione delle fattispecie di parte speciale.

<sup>251</sup> GENINET, *L'indispensable du droit penal*, Levallois - Perret, 2004, 33, cita il caso di *Cass. crim. 3 mars 1960, Bull. crim.* 138: se un soggetto con una bomba distrugge la vetrina di un bar e ferisce alcune persone, il fatto va qualificato sia come danneggiamento che come tentato omicidio e non è ammissibile un concorso ideale di infrazioni.

<sup>252</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 236.

Per intuibili motivi, completamente diversa è l'esperienza anglosassone, che non conosce istituti paragonabili al concorso apparente di norme. Anche in tali sistemi, però, si discute dell'esistenza di principi generali che vietino di duplicare le conseguenze penalistiche attribuibili ad un soggetto per uno stesso fatto. In particolare, il raffronto con gli ordinamenti di *common law* mette in evidenza che tale principio opera su tre piani distinti: quello processuale, quello della qualificazione giuridica e quello sanzionatorio. L'espressione ricorrente nella letteratura americana è il *double jeopardy*, che sembrerebbe interpretato, prevalentemente, come un equivalente del principio di *ne bis in idem* processuale<sup>253</sup>. Sempre sul piano processuale, si discute circa l'esistenza di un divieto di *duplicative charge*, il *prosecutor*, infatti, non può formulare delle imputazioni che realizzano doppie incriminazioni di uno stesso fatto. Dallo stesso principio del *double jeopardy*, inoltre, deriverebbe il principio per cui al giudice è preclusa la moltiplicazione delle condanne per uno stesso fatto. Sul piano sanzionatorio, nella fase del *sentencing*, è il giudice stesso che non può punire più volte un soggetto per un diverso fatto. Tale *multiple punishment* è vietato dall'esistenza di un rapporto di specialità tra le norme o di continenza, perché una delle fattispecie costituisce una *lesser included offense*.

## 10. Le soluzioni *de lege ferenda* in materia di concorso apparente di norme

Quasi tutti i progetti di riforma che si sono susseguiti a partire dalla nomina della Commissione Pagliaro nel 1988 e che, per varie vicende politico-istituzionali, non sono stati tradotti in un nuovo codice penale, si sono posti il problema di riscrivere la disciplina del concorso apparente di norme<sup>254</sup>. È chiaro che il vero significato delle disposizioni inerenti alla convergenza apparente può essere compreso solo se interpretato, sistematicamente, insieme alle altre disposizioni che incidono sul trattamento giuridico dell'unità o pluralità di reati<sup>255</sup>. Il

---

<sup>253</sup> Sul punto PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 228. Tale principio è codificato nel *Fifth Amendment to the U.S. Constitution*, il quale stabilisce che: «*No person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*». Vi è, però, chi sostiene che il *double jeopardy* si articola in due corollari di pari importanza: il divieto di un secondo processo per la stessa offesa e il divieto di una molteplice punizione per la stessa offesa. Sul punto HALL, *Criminal law and procedure*, Seventh edition, Stamford 2014, 292: «*There are actually two prohibitions in the Double Jeopardy clause. The clause prevents: a second prosecution for the same offense and a second punishment for the same offense*». In ogni caso, si sottolinea che il principio non impedisce un doppio giudizio per perseguire le diverse conseguenze civili e penali di uno stesso fatto; così DUIGNAN, *The Us Constitution and Constitutional law*, New York 2013, 37.

<sup>254</sup> Ci si limita, per ovvie ragioni, all'analisi dei soli progetti più discussi di riforma al codice penale. Per una ricostruzione storica di tutti i tentativi di riforma del codice penale dal 1945 al 1998 si rinvia alla pag. 5 *Relazione introduttiva* al d.d.l. 2038/1995 per la riforma del Libro I del codice penale (Progetto Riz) consultabile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it), nell'archivio dei testi dei disegni di legge.

<sup>255</sup> L'interpretazione sistematica consente, infatti, di cercare i comuni principi ispiratori e le contiguità logico-funzionali tra gli istituti; così PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 232. Così anche PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 343: «Nessuna progettazione legislativa in materia penale dovrebbe

dato che qui si vuole mettere in risalto, però, è il riferimento costante, *de iure condendo*, al principio del *ne bis in idem* sostanziale.

La Commissione Pagliaro, composta da autorevoli esponenti della dottrina italiana, è stata incaricata di elaborare principi e criteri direttivi di uno Schema di legge delega al Governo per la riforma della parte generale e della parte speciale del codice<sup>256</sup>. Gli obiettivi principali della Commissione sono stati: l'attuazione di una politica criminale moderna secondo le indicazioni della Costituzione e del diritto internazionale, la realizzazione di un sistema penale improntato alla certezza e all'eguaglianza del diritto, ma, soprattutto, la riduzione del numero delle incriminazioni allo stretto indispensabile e l'adeguamento delle sanzioni penali e della loro tipologia all'effettivo disvalore di ogni singolo fatto<sup>257</sup>.

Lo strumento dello Schema di delega si è rivelato molto limitato. La Commissione non ha potuto scrivere il vero e proprio articolato di un nuovo codice penale, perché una disciplina esaustiva e determinata sarebbe risultata incostituzionale ai sensi dell'art. 76 Cost.<sup>258</sup>. Per questo motivo essa si è limitata ad effettuare delle dichiarazioni di principio, talvolta eccessivamente scarse, come nel caso del concorso apparente di norme.

L'art. 4 co. 2 dello Schema ha stabilito l'obbligo di «risolvere il concorso di norme prevedendo che la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla legge o disposizione di legge generale e comunque nel rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale»<sup>259</sup>. Tale disposizione è stata collocata nel Libro I, dedicato alla legge penale, in particolare dopo la previsione del principio di stretta legalità, con tutti i suoi corollari, e di quello di offensività.

Come le analoghe disposizioni presenti in altri articolati di riforma al codice penale, l'art. 4 dello Schema non ha previsto alcun riferimento alla «stessa materia» e parte della dottrina ha

---

essere intrapresa senza la conoscenza della (e la sensibilità per la) trama complessiva in cui la modifica viene fatalmente ad inserirsi».

<sup>256</sup> PAGLIARO, *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 374 ss.; Schema elaborato dalla Commissione ministeriale nominata con decreto ministeriale dell'8 febbraio del 1988, presieduta da Pagliaro e composta da Bricola, Fiorella, Mantovani, Padovani, ultimato nel 1992 e pubblicato in *Documenti giustizia* 1992, fasc. 3.

<sup>257</sup> Così si esprime la *Relazione sullo schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale*, consultabile, insieme al relativo articolato finale, nella sezione Pubblicazioni, studi e ricerche sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). In particolare, per quanto riguarda l'esigenza di rendere la sanzione proporzionata rispetto al disvalore del fatto, possono, forse, essere lette in questo senso l'eliminazione dell'elemento psicologico della preterintenzione e l'eliminazione delle figure di reato aberrante. Per un'elencazione esaustiva e sintetica di tutti i criteri fondamentali tenuti in conto dalla Commissione, si veda PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società*, in *Scritti 1956-2008*, Volume 2, Milano, 2009, 200 e 201.

<sup>258</sup> Così si esprime la stessa *Relazione sullo schema di delega*, cit.

<sup>259</sup> Non sorprende l'inserimento di tale principio nell'articolato dello Schema di delega Pagliaro dal momento che, della Commissione riformatrice faceva parte il più convinto sostenitore della sua vigenza quale principio fondamentale sotteso a tutta la disciplina della convergenza apparente di norme: MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 352 ss.

sottolineato, favorevolmente, questa scelta<sup>260</sup>. Essa sarebbe frutto della volontà di superare il criterio giurisprudenziale dell'identità del bene giuridico, quale criterio di selezione dei casi di concorso apparente di norme. Tale *ratio* non sembra sufficiente per giustificare questa omissione. In sede di riforma sarebbe auspicabile, invece, che si chiarisse la nozione di stessa materia, tra le varie prospettate dalla dottrina, o, comunque, che il legislatore desse delle indicazioni precise circa i presupposti di sussistenza della convergenza apparente di norme.

Più complessa è la riflessione sul *ne bis in idem* sostanziale. Una mera traduzione in legge dell'art. 4 dello Schema avrebbe, sicuramente, dato forza cogente a tale principio in materia di concorso apparente di norme, ma non avrebbe risolto i dubbi circa le nozioni di *bis* e di *idem*<sup>261</sup>. In particolare, non avrebbe spiegato in quale modo esso dovrebbe essere sotteso a tutta la materia del concorso apparente di norme e, quindi, allo stesso criterio di specialità. Una disposizione del genere, però, avrebbe confermato l'insufficienza del criterio di specialità ed avrebbe dato libero accesso ai criteri di valore utilizzati dai sostenitori delle tesi pluraliste<sup>262</sup>.

Vero è che la Commissione era incaricata di redigere un mero Schema di delega, ma ci si chiede come avrebbe potuto mai il Governo risolvere i problemi relativi ai presupposti, ai criteri risolutivi e alla determinazione della norma prevalente, senza un'indicazione della Commissione.

Il vero punto di forza della riforma, in relazione al problema delle qualificazioni giuridiche multiple, poteva essere, invece, la riforma della parte speciale. La Commissione si è proposta, nel rispetto dei principi di frammentarietà e di *extrema ratio*, di prevedere solo i reati strettamente necessari e di codificare frammentariamente solo i fatti effettivamente offensivi<sup>263</sup>. Premesso che, per il suo stretto collegamento sistematico con la parte speciale, non è pensabile realizzare un'effettiva riforma del sistema penale modificando la sola parte generale del codice, ciò è ancora più evidente in materia di concorso apparente di norme<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE-MOCCIA-CAVALIERE a cura di, *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli 2010, 311 ss., con particolare riferimento all'art. 4 dell'articolato della Commissione Grosso.

<sup>261</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 11.

<sup>262</sup> *Ivi*, 18. L'Autore sottolinea, in particolare, il rischio che la codificazione del *ne bis in idem*, senza la specificazione del contenuto, possa solo peggiorare i problemi in materia di concorso apparente di norme, rendendo astrattamente e indistintamente ammissibili tutte le soluzioni prospettate dalla dottrina.

<sup>263</sup> PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società*, cit., 201, lettere d), f), g), i). La Parte speciale del Progetto Pagliaro è stata pensata divisa in libri relativi ai reati contro la persona, reati contro il patrimonio individuale, reati volti alla tutela della persona nei rapporti civili, sociali ed economici, reati volti alla tutela della persona proiettata nella comunità dei soggetti ed infine reati volti alla tutela della persona proiettata nella repubblica italiana come collettività. Si vedano, infatti, gli artt. 59 e ss. dello Schema di delega elaborato dalla Commissione Pagliaro.

<sup>264</sup> Così RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 288, ma lo stesso BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 8 ss. affermava il nesso indissolubile esistente tra parte generale e speciale del codice.

Gran parte dei problemi relativi alle qualificazioni giuridiche multiple potrebbero essere risolti, in radice, da una nuova sistemazione dei beni giuridici da tutelare e dalla razionalizzazione dei tipi di reato, diminuendo sensibilmente i casi di sovrapposibilità tra fattispecie. I casi residui di sovrapposibilità potrebbero essere risolti attraverso l'introduzione, sempre nella parte speciale, di clausole di riserva espresse che regolino i rapporti tra fattispecie espressive di uno stesso disvalore. Al contrario, la maggior parte dei progetti di riforma si è limitata alla modifica del Libro I del codice penale.

Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso del Comitato per la riforma del codice penale istituito presso la Commissione giustizia del Senato nel dicembre del 1995, meglio conosciuto come progetto Riz, dal nome del senatore primo firmatario del disegno di legge presentato a conclusione dei lavori<sup>265</sup>. Sebbene questo progetto di riforma si sia fortemente basato sui lavori della Commissione Pagliaro e sui pareri espressi da alcune Università su di esso<sup>266</sup>, l'art. 9 dell'articolo presentato dal Comitato a conclusione dei lavori si è limitato a riprodurre il disposto del vigente art. 15 c.p. Allo stesso modo gli artt. 68 e ss. dell'articolo hanno, fondamentalmente, riprodotto le norme del codice Rocco in materia di concorso di reati, incluse le ipotesi di *aberratio* e reato complesso. Tale Comitato, quindi, non si è per nulla soffermato sulle esigenze di riforma in materia di unità o pluralità di reati, tant'è vero che nessuna menzione viene fatta, a tali argomenti, nella relazione introduttiva.

Anche la Commissione Grosso, nominata nel 1998 e composta da professori ed esercenti professioni forensi, si è concentrata, per ragioni di tempo, sulla sola parte generale del codice<sup>267</sup>. Tale progetto è stato ispirato da una generale idea di mitigazione del trattamento sanzionatorio, abolendo l'idea del carcere come sanzione principale e sfruttando l'efficacia preventiva di altri rimedi sanzionatori e, soprattutto, della certezza della pena. Il Progetto è stato, poi, accantonato per il mancato rinnovo della Commissione con il cambio del governo a seguito delle elezioni legislative del 2001<sup>268</sup>.

Recependo un'indicazione dello stesso progetto Pagliaro, l'art. 3 co. 2 dell'articolo Grosso ha tentato di arginare il fenomeno della decodificazione, stabilendo che «nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi

---

<sup>265</sup> Il Progetto è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 927 ss.

<sup>266</sup> Così la relazione introduttiva al d.d.l. 2038/1995, cit., 5.

<sup>267</sup> Nella Relazione finale della Commissione Grosso del 15 luglio 1999, consultabile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), e pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 600 ss., si legge che: «La Commissione è convinta che, se esistessero le condizioni, sarebbe in effetti preferibile esaminare congiuntamente l'intero tessuto del codice penale, poiché le connessioni fra parte generale e parte speciale sono innegabili e numerose. Ritiene tuttavia che, non essendovi tali condizioni, di fronte ad una disciplina codicistica vigente di parte generale che, nonostante i ritocchi, rivela tutte le sue rughe, all'inerzia sia comunque preferibile l'avvio del lavoro: evidentemente sul presupposto che chi lavora non sia così sprovveduto da non farsi costantemente carico dei possibili riflessi sulla parte speciale, prospettandosi possibili implicazioni e possibili scenari di soluzione».

<sup>268</sup> PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, Torino 2013, 258.

disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»<sup>269</sup>. La Commissione era ben consapevole del fatto che una norma del genere, in quanto prevista da una fonte di rango primario, sarebbe stata facilmente derogabile con una norma di pari rango. Nonostante ciò la Commissione ha ritenuto opportuno inserirla, auspicando «una progressiva modificazione di una situazione che vede una parte consistente della legislazione penale affidata alla casualità e disorganicità delle leggi speciali, all'impiego di tecniche incriminatrici poco confacenti con l'esigenza di una corretta tipizzazione dei reati, ed estesa sovente ad abbracciare fatti di scarsa rilevanza»<sup>270</sup>. Tale indicazione è, comunque, attinente al problema del concorso apparente di norme, perché espressione, ancora una volta, dell'esigenza di semplificazione normativa e di un limite alla proliferazione delle fattispecie.

Con specifico riferimento al concorso apparente di norme, l'art. 4 co. 1 dell'articolo finale, nel titolo dedicato alla legge penale, ha ribadito l'operatività del tradizionale principio di specialità, generalmente riconosciuto dalle legislazioni europee per regolare i rapporti di specialità in astratto tra fattispecie. Poiché tale criterio si è rivelato insufficiente, come dimostrato dal ricorso giurisprudenziale e dottrinale ai criteri della specialità in concreto, della specialità bilaterale, dell'assorbimento o consunzione e della sussidiarietà tacita, al secondo comma di tale articolo, sulla scorta delle indicazioni dello Schema Pagliaro, è stato previsto che «quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore». Dai commenti a tale disposizione, presenti nella Relazione finale, si comprende che tale criterio di valutazione unitaria del disvalore del fatto è stato utilizzato quale sinonimo del *ne bis in idem* sostanziale<sup>271</sup>.

Nel progetto Grosso, pur senza fare riferimento alla stessa materia, si è stabilito che la convergenza di norme si verifica laddove vi sia un fatto riconducibile a più disposizioni di legge. Si tratta di un'espressione utilizzata da sistemi penali che non disciplinano specificamente il concorso apparente di norme e si limitano a prevedere un concorso ideale di reati, come l'abrogato codice Zanardelli o il vigente codice penale tedesco. Tale norma, in ogni caso, avrebbe lasciato forti dubbi sull'interpretazione del «medesimo fatto»; ci si sarebbe chiesti, infatti, se tale nozione dovesse essere intesa come “stesso fatto giuridico” o “stesso fatto naturalistico” e, pertanto, non avrebbe avuto una vera idoneità di selezione dei presupposti del concorso apparente di norme.

---

<sup>269</sup> Analogamente, l'art. 2 dello Schema di delega previsto dalla Commissione Pagliaro ha previsto che il codice penale deve «porsi come testo centrale e punto di riferimento fondamentale dell'intero ordinamento penale, in modo da contrastare il pericolo di decodificazione».

<sup>270</sup> *Relazione finale* della Commissione Grosso, cit. Analoga indicazione è presente nella Relazione al progetto Nordio, consultabile sul sito [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it) (aree studio/giuridici/riforma/nordio), *Introduzione ai lavori della Commissione*, 17 e 18.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

Allo stesso modo, ancora una volta, ci si è limitati a dare coerenza al criterio del *ne bis in idem* sostanziale, senza dare alcuna indicazione all'interprete sui criteri di selezione dei fatti espressivi di un disvalore unitario e dell'unica norma applicabile. Secondo parte della dottrina, da un lato, la disposizione, dando via libera al ricorso a criteri di valore, avrebbe potuto produrre forti arbitri giurisprudenziali, dall'altro la giurisprudenza, intimidita dall'ampiezza della norma, sarebbe stata indotta ad un atteggiamento prudentiale, interpretandola restrittivamente<sup>272</sup>. Si ritiene, invece, che tale disposizione non avrebbe introdotto, di fatto, alcuna innovazione. Nella Relazione finale della Commissione Grosso si legge che il giudice avrebbe dovuto valutare in concreto se «una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la, o le offese, realizzate dal fatto posto in essere» anche se le norme non sono in rapporto di specialità<sup>273</sup>. Se si dà per scontato che ad un medesimo fatto possono corrispondere anche più offese, evidentemente la giurisprudenza, come in altri ordinamenti giuridici, avrebbe continuato a riscontrare una pluralità di qualificazioni giuridiche in caso di diversità di beni giuridici tutelati dalle norme. Solo il legislatore, infatti, può stabilire quando le varie offese realizzate da un fatto devono essere considerate un'unica fattispecie plurioffensiva. Che il disvalore di un fatto sia unitario, quindi, è una valutazione che compete al legislatore in sede di selezione dei fatti offensivi e non al giudice in sede di interpretazione delle norme.

Il riferimento al *ne bis in idem* sostanziale non manca neanche nell'articolato proposto dalla Commissione Nordio, nominata nel 2001 e composta, per la maggior parte, da esponenti della magistratura e dell'avvocatura<sup>274</sup>. L'art. 8 dell'articolato ha previsto tre commi per la disciplina dei casi di materia regolata da più norme penali<sup>275</sup>: il primo comma ha ribadito la vigenza del principio di specialità tra norme, «salvo che sia diversamente stabilito»<sup>276</sup>; il secondo comma, con una disposizione analoga al vigente art. 84 c.p., ha previsto l'applicazione del solo reato complesso nei casi in cui «più norme prevedano come reato fatti diversi che costituiscono insieme un reato complesso», salvi sempre i casi in cui sia previsto

---

<sup>272</sup> RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 311. La disposizione, infatti, avrebbe rimesso al giudice la valutazione sul grado e sul tipo di disvalore insiti nel fatto criminoso in assenza di un criterio univoco. Ciò avrebbe comportato una violazione dello stesso principio di legalità.

<sup>273</sup> *Relazione finale* della Commissione Grosso, cit.

<sup>274</sup> *La Introduzione ai lavori della Commissione*, il *Commento alla riscrittura del Codice penale articolo per articolo* (che costituisce una sorta di Schema di delega) e *Il nuovo articolato della prima parte del Codice penale*, sono consultabili sul sito [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it) (areestudio/giuridici/riforma/nordio).

<sup>275</sup> Le disposizioni contenute in questo articolo sono essenzialmente analoghe a quelle contenute nei tre commi dell'art. 6 dello schema di delega proposto dalla stessa commissione.

<sup>276</sup> Tale clausola era presente anche nell'art. 9 dell'articolato Riz e nell'art. 3 dell'articolato Grosso, ma non nell'art. 4 dello Schema Pagliaro.

diversamente; infine, il terzo comma ha previsto che «in ogni caso nessuno può essere punito più di una volta per il medesimo fatto»<sup>277</sup>.

Ancora una volta, nella relazione si sottolinea l'insufficienza del criterio della specialità che impone la previsione di un ulteriore criterio generale che possa risolvere i problemi di sovrapposibilità tra norme penali, inevitabili nonostante la previsione di una razionalizzazione della parte speciale a causa della complessità dei sistemi penali moderni<sup>278</sup>. Tale criterio poteva essere riscontrato solo nel principio del *ne bis in idem* sostanziale come codificato nel terzo comma dell'articolato.

Vari sono i problemi che porrebbe una disposizione del genere. Secondo parte della dottrina va, innanzitutto, precisato che il *ne bis in idem* è un principio generale e, in quanto tale, deve essere tenuto ben distinto dai criteri di individuazione di un concorso apparente di norme<sup>279</sup>. Come principio generale, infatti, esso non sarebbe capace di identificare una relazione tra norme, né di dare indicazioni su quale sia la norma prevalente. Manca, inoltre, ogni indicazione sulla nozione di medesimo fatto, alimentando la possibilità di forti arbitri giurisprudenziali<sup>280</sup>. Si specifica, su quest'ultimo punto, che il vero problema di un'eccessiva discrezionalità della giurisprudenza non è tanto il rischio, favorevole al reo, che un magistrato riconosca un concorso apparente di norme laddove non vi siano i presupposti per riconoscerlo, oppure che applichi la norma che preveda il trattamento sanzionatorio più mite ritenendola espressiva dell'intero disvalore del fatto. Il vero dilemma sarebbe la totale incertezza del sistema su un tema basilare come quello dell'unità o pluralità di reati, che neutralizzerebbe ogni fiducia dei consociati nel sistema penale ed ogni effetto di prevenzione generale positiva che pure è implicito nella funzione della pena come prevista dall'art. 27 Cost alla luce di un'interpretazione sistematica. Si consideri, inoltre, che l'incertezza del sistema rende anche più difficile la funzione di rieducazione, perché l'autore non è posto in condizioni di prendere piena coscienza del significato giuridico della propria condotta e di responsabilizzarsi per averlo commesso.

Va notato, infine, che limitandosi ad escludere la doppia punibilità per uno stesso fatto, una tale disposizione non avrebbe preso alcuna posizione in merito alla natura unitaria o meno del

---

<sup>277</sup> Tale disposizione è stata approvata in Commissione dalla maggioranza. Non ha, invece, incontrato il favore della maggioranza la seguente formula: «Al di fuori dei casi di specialità, non si applicano le norme penali che prevedono una condotta il cui significato offensivo è parte costitutiva essenziale di quello descritto da un'altra norma che preveda una pena più grave». Questa avrebbe dovuto sostituire i commi 2 e 3 dell'art. 8 dell'articolato, quindi anche quella sul reato complesso.

<sup>278</sup> *Introduzione ai lavori della Commissione*, cit., 16.

<sup>279</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 11.

<sup>280</sup> Nello stesso senso, RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 311 ss. il quale ritiene che il principio del *ne bis in idem* non si sia tradotto in una norma codificata, ma sia rimasto una direttiva generale di interpretazione come nel sistema vigente.

reato nel caso di qualificazioni giuridiche multiple. Il riferimento alla punibilità, infatti, non chiarisce se si sta parlando di un mero trattamento mitigato per una pluralità di reati in concorso previsti dal legislatore, oppure dell'individuazione dell'unica norma applicabile perché il reato è unico.

Per quanto riguarda gli interventi sulla parte speciale del codice va sottolineato che, sebbene la Commissione non sia riuscita a portare a termine la sua opera di riforma, anch'essa aveva sottolineato come fosse fondamentale una razionalizzazione delle fattispecie di reato e una migliore individuazione dei beni giuridici da tutelare<sup>281</sup>.

Nel 2006, la Commissione Pisapia ha tentato un'ulteriore ricodificazione, che si è conclusa, nel 2007, con la presentazione di una proposta di legge contenente la delega al Governo per la riforma della parte generale<sup>282</sup>. Come i progetti Pagliaro e Grosso, la riforma Pisapia è stata ispirata alla realizzazione di un sistema penale coerente con i principi previsti dalla Costituzione, dall'Unione europea, nonché dagli atti internazionali ratificati dall'Italia. L'articolato, quindi, è stato orientato al rispetto dei principi di legalità, colpevolezza (con totale ripudio della responsabilità oggettiva) e offensività<sup>283</sup>. La Commissione, inoltre, si è proposta di realizzare un «diritto penale “minimo, equo ed efficace”, in grado di invertire l'attuale tendenza “panpenalistica” che mostra, ogni giorno di più, il suo fallimento»<sup>284</sup>. Infine, si è ribadita la necessità di una riserva di codice a livello costituzionale, prima ancora che legislativo<sup>285</sup>.

La peculiarità del Progetto Pisapia sta nell'aver esplicitamente collocato il problema delle qualificazioni giuridiche multiple nell'art. 5 dell'articolato allegato allo Schema di delega, recante la rubrica «interpretazione e applicazione della legge penale», insieme al divieto di analogia e all'applicazione delle norme di parte generale a tutte le norme penali anche se non

---

<sup>281</sup> *Introduzione ai lavori della Commissione*, cit., 17 e, per l'individuazione dei beni giuridici da tutelare, 7.

<sup>282</sup> Anche tale riforma, indirizzata verso la discussione parlamentare, si è bloccata per la fine anticipata della legislatura, risultando archiviata al nuovo cambio di maggioranza. Così PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, cit., 259. La *Relazione* e l'*Articolato* (o, meglio, lo Schema di d.d.l.) sono disponibili sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (Itinerari a tema/Riforma della giustizia/Archivio Commissioni di studio). Anche tale Commissione ha avuto una composizione alquanto variegata, tra autorevoli esponenti della dottrina italiana, magistrati e avvocati.

<sup>283</sup> *Relazione*, cit., 1, in cui, in particolare, si legge che «compito principale del legislatore penale deve essere quello di garantire la salvaguardia dei beni giuridici di rilevanza costituzionale (...). Se si considera che l'art. 13 Cost. assegna un valore preminente alla “libertà personale” - bene di rango costituzionale sul quale incide la sanzione penale - ne dovrebbe coerentemente conseguire il fatto che la sanzione penale, che incide su tale libertà, sia prevista solo per la tutela di beni che, se pur non di pari grado rispetto al valore sacrificato (la libertà personale), siano almeno dotati di rilievo costituzionale». Si vedano, inoltre, i principi di codificazione espressi nell'art. 2 co. 2 dello Schema di legge delega.

<sup>284</sup> *Relazione*, cit., 1 e, in particolare, sull'offensività e la tenuità dell'offesa, 3.

<sup>285</sup> *Ivi*, 3. Si veda, inoltre, l'art. 2 co. 1 dello Schema di legge delega: «Il codice penale (...) si pone come testo centrale e punto di riferimento dell'intero ordinamento penale». Concetto analogo è espresso dall'art. 2 dell'Articolato allegato allo Schema di legge delega: «Prevedere che le nuove disposizioni penali siano inserite nel Codice Penale ovvero in leggi che disciplinano organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti».

contenute nel codice. In particolare, il co. 2 del citato art. 5 ha previsto che «in caso di concorso di norme, nel rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia diversamente stabilito, e che quando un medesimo fatto sia riconducibile a più disposizioni di legge, si applichi la norma che ne esprime per intero il disvalore»<sup>286</sup>.

Anche tale progetto, quindi, come quello Pagliaro, fa riferimento al *ne bis in idem* sostanziale, senza spiegarne la nozione, come principio generale sotteso all'intera questione del concorso apparente di norme, quindi anche al principio di specialità. Ancora una volta si forniscono all'interprete criteri vaghi che fanno riferimento ad una valutazione caso per caso, chiedendogli di entrare nel merito di valutazioni, come quella dell'unità di disvalore, che, almeno nel nostro sistema, sono richieste al legislatore.

## 11. Unità o pluralità di illecito e doppio binario sanzionatorio

Il problema dei rapporti tra illecito penale ed amministrativo potrebbe sembrare del tutto estraneo al tema dell'unità o pluralità di fatti tipici e di reati. Che uno stesso fatto possa costituire fonte di responsabilità per diversi settori dell'ordinamento giuridico è pacifico. Tali profili sono destinati a rimanere, per lo più, autonomi tra loro<sup>287</sup>.

Molti, però, sono gli aspetti che impongono, in questa sede, la riflessione su tale questione. Si consideri, innanzitutto, che l'art. 9 l. n. 689/1981 disciplina il rapporto di specialità tra norme penali e norme punitive amministrative, determinando un'ipotesi di concorso apparente. A ciò si aggiunga che il legislatore ricorre, sempre più frequentemente, all'applicazione di sanzioni amministrative, sia *ab origine* che in sede di depenalizzazione. Tali sanzioni amministrative sono, talvolta, così afflittive che la dottrina è ricorsa all'espressione di «truffa delle etichette»<sup>288</sup>. Inoltre, in alcuni settori (come in quello tributario, degli abusi di mercato e della circolazione stradale), la legge prevede un vero e proprio doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) e la giurisprudenza comunitaria ha criticato tale disciplina, ritenendo che essa possa rivelarsi foriera di un *bis in idem* in contrasto con i principi espressi dalle Carte europee.

---

<sup>286</sup> Tale disposizione, così come i principi espressi dalla Relazione della Commissione Pisapia, sono stati pedissequamente ripresi nell'art. 5 e nella relazione del d.d.l. S. 735 attualmente in corso di esame in Commissione., consultabile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it)

<sup>287</sup> Basti pensare al regime delle scusanti e dei limiti istituzionali della punibilità che, seppure escludono l'applicazione della sanzione criminale, lasciano inalterate le conseguenze per gli altri settori dell'ordinamento. Sulla classificazione delle esimenti in cause di giustificazione, scusanti e limiti istituzionali della punibilità si veda FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 325 ss.

<sup>288</sup> Così CANESTRARI, *Commento alla legge 40/2004*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, II, 416 in relazione alle ingenti sanzioni amministrative previste per i trasgressori delle norme in materia di fecondazione assistita.

Data l'attuale importanza degli illeciti amministrativi, parte della dottrina sostiene che il sistema generale del diritto punitivo si stia «sempre più articolando (...) sul doppio binario dei due sottosistemi» quello del diritto criminale o penale in senso stretto e quello del diritto punitivo amministrativo o diritto penale amministrativo<sup>289</sup>.

Tali problemi sono assenti, invece, sul piano dei rapporti tra illecito penale ed illecito civile. Gli artt. 185 ss c.p. disciplinano esplicitamente le conseguenze del reato sul piano civilistico, obbligando alle restituzioni civili e al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali. Altrettanto chiari sono i rapporti tra il processo civile e quello penale per effetto degli artt. 75 c.p.p. e 2947 co. 3 c.c.. Questa chiarezza di rapporti è attribuibile alla netta distinzione esistente tra la funzione della pena e la funzione del risarcimento del danno<sup>290</sup>.

Per comprendere se determinati fatti debbano essere considerati come un disvalore unitario di illecito e se ci siano gli spazi per inibire l'applicazione congiunta di una sanzione amministrativa o penale in virtù del principio del *ne bis in idem*, allora, occorre avere chiari i principi fondamentali in materia di illecito amministrativo, i criteri di selezione degli stessi, le modalità di accertamento dell'infrazione e di applicazione della sanzione, nonché la funzione della sanzione amministrativa.

Il codice penale del 1930 ha voluto ricondurre anche le contravvenzioni di polizia al diritto penale sostanziale e processuale. Nei primi anni di vigenza del codice, il ricorso alla sanzione

---

<sup>289</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 963.

<sup>290</sup> È noto che il risarcimento del danno svolge una funzione prevalentemente riparatorio-compensativa nei confronti del soggetto che ha subito un danno ingiusto. Vero è che il c.p. ha previsto il risarcimento e le restituzioni civili nell'ambito del titolo VII del Libro I c.p., intitolato "Delle sanzioni civili" e che, ancora oggi vi è qualche Autore che attribuisce una funzione sanzionatoria al risarcimento del danno. Sulla natura sanzionatoria o riparatoria del risarcimento del danno BOCCHINI-QUADRI, *Diritto privato, Quinta edizione*, 2014, Torino, 1194 ss.; MASTROPAOLO, *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. X*, Roma, 1988, 1-2; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. XVI*, Torino, 1969, 20. In ogni caso, il risarcimento, come riparazione per il «danno ingiusto» subito, resta su un piano completamente distinto rispetto a quello dell'applicazione di una sanzione penale. A supporto di tale tesi si consideri la diffidenza con cui si esprime la Casazione in relazione al riconoscimento di sentenze straniere che condannano al risarcimento dei danni punitivi (non previsti dal nostro ordinamento). Sul punto: Cass. 19 gennaio 2007 n. 118,3 che ha negato l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, dei *punitive damages*; Cass. 8 febbraio 2012, che ha ammesso la possibilità di riconoscere una sentenza straniera di condanna ai danni punitivi se conforme ai parametri interni di ragionevolezza e proporzionalità della somma; Cass., ordinanza n. 9978 del 16 maggio 2016 di remissione alle SS. UU. della questione di compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico interno. In senso conforme PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 345 ss., secondo i quali illecito penale e amministrativo risultano teleologicamente omogenei e divergono, in modo netto, dall'illecito civile (il quale ha una finalità risarcitoria e solo eventualmente ed indirettamente preventiva) e dalle misure ripristinatorie amministrative (che pure seguono criteri e modelli di responsabilità di tipo civilistico). Allo stesso modo non devono indurre in confusione le disposizioni in materia di sanzione pecuniarie previste dai d. lgs. nn. 7 e 8/2016 in materia di depenalizzazione. Si è, infatti, posto il dubbio che si potesse trattare dell'introduzione di danni punitivi, ma essi costituiscono, semplicemente, una sanzione che può essere applicata dal giudice civile nei confronti del condannato e che deve essere devoluta alla cassa delle ammende. Al contrario i danni punitivi presuppongono che la somma liquidata dal giudice venga pagata al soggetto danneggiato per punirlo dell'illecito arricchimento ottenuto. In relazione a tale riforma, GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016.

amministrativa è stato privo di regole generali; nonostante ciò, la dottrina ha percepito l'esigenza di ricostruire, dai singoli casi concreti, i principi di riferimento<sup>291</sup>. La moltiplicazione delle fattispecie incriminatrici, però, ha comportato un problema di sovraccarico del sistema penalistico, soprattutto da un punto di vista processuale, tanto da dover ricorrere ad un'operazione di semplificazione. Sulla scorta dell'esempio tedesco<sup>292</sup>, tale semplificazione è stata realizzata per mezzo di una depenalizzazione attuata con la l. n. 689/1981<sup>293</sup>. Quest'ultima legge è il frutto di una lunga elaborazione legislativa e costituisce una vera e propria parte generale del diritto amministrativo punitivo<sup>294</sup>.

L'art. 12 l. n. 689/1981 limita il suo ambito di applicazione ai casi in cui è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, anche se non prevista quale sostituzione di una sanzione penale. Sono escluse le sanzioni disciplinari e le altre ipotesi previste dalla legge. Sulla scorta di tale disposizione, si ritiene che la l. n. 689/1981 si riferisca solo al diritto amministrativo punitivo, cioè quello che, al pari del diritto penale, prevede sanzioni per la violazione di regole generali. Questo andrebbe tenuto distinto sia dal diritto amministrativo di prevenzione, che prevede le norme di applicazione delle misure amministrative di prevenzione, sia dal diritto amministrativo disciplinare, che disciplina i rapporti di supremazia particolare<sup>295</sup>.

Gli artt. 1-12 l. n. 689/1981 disciplinano i principi generali in materia di illecito amministrativo, attraverso norme simili a quelle previste in materia di illecito penale<sup>296</sup>. Di

---

<sup>291</sup> PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit. 345 ss. Gli Autori sottolineano l'importanza del lavoro di ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924. Quest'ultimo, ricostruendo i principi fondamentali dell'illecito amministrativo, orientò il legislatore nelle riforme in materia finanziaria del 1929.

<sup>292</sup> Per il riferimento all'esperienza tedesca si veda MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale sull'illecito depenalizzato*, in *Arch. pen.* 1986, 518.

<sup>293</sup> PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994, 952 ss. sottolinea che la legge del 1981 è intervenuta dopo i tentativi di depenalizzazione del 1975 ed ha costituito un forte progresso, introducendo una parte generale non solo sul piano materiale, ma anche su quello dell'accertamento e delle sanzioni. Sulla legge di depenalizzazione anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 964, il quale ritiene che la depenalizzazione abbia perseguito gli scopi di: ridurre l'area dell'illecito penale nel rispetto del principio fondamentale di necessità; diminuire il carico della giustizia; potenziare il sistema di prevenzione generale e speciale attraverso la comminatoria di pene pecuniarie elevate e pene accessorie. Tale ultima finalità sarebbe visibile soprattutto a partire dalla seconda operazione di depenalizzazione del 1999, che ha previsto sanzioni pecuniarie più elevate rispetto a quelle previste dalla l. 689/1981.

<sup>294</sup> Per i riferimenti al dibattito relativo a tale legge, considerata, da alcuni, creatrice di un vero e proprio sottosistema penale e, da altri, creatrice di un sistema intermedio tra diritto penale e diritto amministrativo: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 965. Per una critica a tale legge e per l'analisi degli errori tecnici in essa contenuti, MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale*, cit., 519.

<sup>295</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 963

<sup>296</sup> Ci si riferisce alla necessità di accertamento della capacità di intendere e di volere, alla non punibilità per errore sul fatto, alla previsione di alcune cause scriminanti che inibiscono la punibilità, all'applicazione dell'intera pena anche ai concorrenti, all'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligo di pagamento della sanzione, alla disciplina dei casi di reiterazione e, soprattutto, alla disciplina delle ipotesi di "concorso formale" e "continuazione" tra illeciti amministrativi, ipotesi per le quali è previsto il cumulo giuridico di sanzioni amministrative. Non è, invece, prevista la punibilità del tentativo.

primaria importanza, ovviamente, è il principio di legalità, con i suoi corollari della irretroattività e del divieto di analogia di cui all'art. 1 l. n. 689/1981<sup>297</sup>. Dubbia è la possibilità di dare rilievo costituzionale a tali principi in materia di illecito amministrativo<sup>298</sup>.

Differenze significative tra illecito penale ed illecito amministrativo risiedono nelle modalità di accertamento del fatto, nonché sotto il profilo sanzionatorio. Rispetto al primo profilo, gli artt. 14 e ss. l. n. 689/1981 stabiliscono che è l'amministrazione stessa che è competente per la fase istruttoria e, nell'esercizio dei poteri che le sono consentiti, valuta la sussistenza dell'infrazione ed applica la sanzione. Il momento del controllo giurisdizionale, quindi, è rimesso ad una fase successiva ed eventuale, in caso di opposizione all'ordinanza-ingiunzione emessa dall'amministrazione stessa. Ai sensi dell'art. 22 l. n. 689/1981, come modificato dal d. lgs. n. 150/2011, l'autorità giudiziaria competente è quella ordinaria con rito del lavoro, salvi i casi previsti dalla legge e quelli di giurisdizione esclusiva previsti dall'art. 133 d. lgs. 104/2010, come in materia di illeciti amministrativi previsti dal t.u. bancario.

Sul piano dei rapporti tra processo penale e processo amministrativo, ai sensi dell'art. 24 l. n. 689/1981, la competenza del giudice penale a conoscere dell'illecito amministrativo e ad applicare la sanzione sussiste solo quando sussiste un vincolo di connessione con un reato e sempre che non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta<sup>299</sup>. La legge, però, prevede dei casi in cui tali rapporti sono regolati da norme specifiche<sup>300</sup>.

La principale sanzione amministrativa è una sanzione pecuniaria, ma sono previste anche sanzioni interdittive e la confisca<sup>301</sup>. Essa può essere prevista in misura fissa tra un minimo e un massimo, in misura proporzionale rispetto ad un determinato valore (in tale ultimo caso la legge non prevede la fissazione di un massimo), oppure può essere prevista come sanzione

---

<sup>297</sup> Cfr. PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par 13, per i quali la legalità comporterebbe, anche in materia di illecito amministrativo, la riserva assoluta di legge, tassatività e determinatezza.

<sup>298</sup> Secondo BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 47 e 53, la riserva di legge relativa si ricava dagli artt. 23, 27 e 28 Cost., mentre la colpevolezza deriverebbe dalla funzione retributiva della sanzione amministrativa. In generale, però, secondo l'illustre Autore, l'illecito amministrativo è un illecito con minori garanzie da un punto di vista costituzionale. Tentano una ricostruzione costituzionale dei principi in materia di illecito amministrativo con particolare riferimento agli artt. 25, 23, 97 Cost. PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par 12.

<sup>299</sup> Il giudice penale conosce dell'illecito amministrativo e irroga la sanzione quando l'accertamento dell'illecito amministrativo è presupposto necessario per l'accertamento del reato v. per esempio Cass. 20 dicembre 1996 n. 11.

<sup>300</sup> È questo il caso della manipolazione del mercato e dei reati fiscali, attualmente oggetto di attenzione presso le Corti europee. In materia di *market abuse*, infatti, è prevista dalla stessa legge la possibilità di sovrapposizione tra il processo penale e quello amministrativo. L'187 *duodecies* del t.u.f. in materia di rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione, infatti, vieta la sospensione del procedimento amministrativo in attesa della definizione del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti. Analoga disposizione è prevista, in materia fiscale, dall'art. 20 d.lgs. n. 74/2000, nel disciplinare i rapporti tra processo penale e processo tributario.

<sup>301</sup> ANDREIS, *Le altre tipologie di sanzione*, in CAGNAZZO (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 439 ss.

fissa<sup>302</sup>. Le differenze tra la sanzione penale e quella amministrativa risiedono nel fatto che quella amministrativa non è neanche astrattamente convertibile in una sanzione detentiva, inoltre la sanzione penale produce i c.d. effetti penali e si traduce in uno *status* di condannato particolarmente afflittivo.

La sanzione amministrativa sembra svolgere una funzione deterrente a livello generale e di incentivazione a non reiterare la violazione a livello speciale<sup>303</sup>. Da questo punto di vista secondo parte della dottrina essa sarebbe analoga alla sanzione criminale<sup>304</sup>. Tale affermazione non è del tutto peregrina se si considera che la sanzione amministrativa è caratterizzata da una, seppur temperata, personalità, è intrasmissibile agli eredi, e, in caso di concorso di persone nell'illecito amministrativo, essa viene applicata per intero a tutti i concorrenti. Nonostante le similitudini e le analogie funzionali, però, l'illecito amministrativo dovrebbe essere considerato appartenente ad una categoria ben distinta da quella dell'illecito penale<sup>305</sup>.

Data l'incertezza della legislazione in materia di illecito normativo, però, la funzione della relativa sanzione è dibattuta in dottrina e in giurisprudenza<sup>306</sup>.

In particolare, la dottrina meno recente ha discusso sulla possibilità di distinguere una pluralità di funzioni tra le varie sanzioni amministrative previste dalla legge<sup>307</sup>. Secondo un primo orientamento, la violazione di un precetto è il dato costante della sanzione amministrativa, che la distingue dagli altri mezzi di coazione diretta dell'amministrazione. Tale violazione può essere l'unico presupposto di esercizio del potere (a fondamento di un

---

<sup>302</sup> In particolare, secondo PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 11, la sanzione che fissa dei limiti minimi e massimi risponde ai criteri di razionalità e garanzia ed è caratterizzata da una elasticità vincolata. Essa, pertanto, essendo espressione della personalità della responsabilità da illecito, non è riconducibile ad uno strumento meramente risarcitorio. La sanzione proporzionale ha un'elasticità legata alla valutazione del danno obiettivo. La più criticabile è quella fissa che, pur avendo una finalità punitiva, non ha dei criteri di personalizzazione e di adattabilità.

<sup>303</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 963. Conf. PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14, i quali ritengono il modello sanzionatorio delineato nella l. n. 689/1981 finalisticamente orientato alla prevenzione generale e speciale negativa, cioè allo scoraggiamento dei singoli e della collettività da comportamenti indesiderati lesivi o pericolosi per gli interessi generali. Sottolinea la funzione retributiva della sanzione amministrativa BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 53. Sostiene, invece, che la sanzione amministrativa svolge una funzione preventiva MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale*, cit., 520.

<sup>304</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 963, il quale ritiene che sanzione amministrativa punitiva e sanzione penale si riferiscano pacificamente ad un'unica categoria ontologica di pena. Ciò perché si riferiscono entrambe alla tutela di un interesse riferibile all'ordinamento generale dello Stato e non all'ordinamento particolare dell'amministrazione procedente.

<sup>305</sup> PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14. Nonostante l'omogeneità di funzioni, l'illecito amministrativo non può essere assorbito nel diritto penale, neanche come una sua branca. Data la sua totale autonomia, infatti, le lacune della l. n. 689/1981 non possono essere colmate facendo riferimento al diritto penale. In senso contrario MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 963, secondo il quale si dovrebbe parlare di un vero e proprio diritto penale amministrativo e quando gli illeciti amministrativi vengono previsti in sede di depenalizzazione si dovrebbe parlare, più correttamente, di mera decriminalizzazione.

<sup>306</sup> Sul dibattito circa la nozione di illecito amministrativo prima dell'entrata in vigore della legge di depenalizzazione del 1981 CANNADA-BARTOLI, *Illecito (dir. ammin.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, 122 ss.

<sup>307</sup> Su tale dibattito PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit. par. 3.

illecito di mera disobbedienza), può dipendere dal fatto che il soggetto abbia determinato una situazione non conforme al diritto rispetto alla quale l'amministrazione deve porre rimedio, oppure può essere il presupposto di individuazione del soggetto che è parte del rapporto con l'amministrazione (come oggi avviene, ad esempio, in materia tributaria). Di conseguenza, si potrebbero distinguere varie categorie di sanzioni amministrative (sanzioni punitive, ripristinatorie, risarcitorie, decadenze e revoche sanzionatorie ed altre), dal momento che la sanzione amministrativa talvolta presuppone una condotta illecita, altre volte ripristina o conserva interessi sostanziali devoluti all'amministrazione prescindendo da ogni qualificazione della condotta tenuta dal soggetto<sup>308</sup>. A tale orientamento si è contrapposta l'idea di una nozione unitaria di sanzione amministrativa, da intendere quale violazione di un precetto *tout court*<sup>309</sup>.

La giurisprudenza risente ancora di tale dibattito ed infatti continua a distinguere tra sanzioni amministrative a carattere ripristinatorio e sanzioni a carattere punitivo. Tale distinzione sembra avere delle ripercussioni anche sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>310</sup>. Anche per questo, la nozione di sanzioni ripristinatorie sembra riguardare, pacificamente, sanzioni che esulano dall'ambito di applicazione della l. n. 689/1981<sup>311</sup>.

In ogni caso, con l'introduzione di tale legge di depenalizzazione, si è delineato con sempre maggiore chiarezza il carattere propriamente sanzionatorio e punitivo degli illeciti amministrativi che ricadono nel suo ambito di applicazione.

Secondo parte della dottrina, per ragioni di razionalità sistematica, tutto il sistema degli illeciti amministrativi si dovrebbe adeguare a questa nozione unitaria; una nozione omogenea

---

<sup>308</sup> Il riferimento è a SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo* 3, Milano, 1912, 244 ss. Si tratterebbe di categorie tra loro autonome e diverse anche se riconducibili all'unica nozione di sanzione amministrativa. Nell'ambito delle sanzioni amministrative, allora, dovevano essere incluse anche le misure di polizia.

<sup>309</sup> TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, 90 ss. e 107 ss.; ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative*, in *Dig. it.*, XI, 1939, 1084 ss.

<sup>310</sup> *Ex multis*, Tar Veneto, sentenza n. 790/2005, in *Foro Ammin.* Tar 2005, 2, 362 ss. secondo cui in presenza di sanzioni amministrative a carattere ripristinatorio la giurisdizione è del g.a. Queste sono tese a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico a cui tende la funzione amministrativa e, rispetto alla loro applicazione, il soggetto vanta una situazione giuridica di interesse legittimo. Al contrario, sussiste la giurisdizione del g.o. quando la sanzione amministrativa svolge una funzione punitiva e, quindi, sottende un diritto soggettivo; conf. Tar Molise, sentenza n. 217 del 2016 in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com) che ha ritenuto punitiva la sospensione della licenza comunale per la somministrazione di cibi e bevande ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998; Cass., sezione 3 penale, sent. n. 28978 del 12 luglio 2016 in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com) che, in materia di abusi edilizi, ha richiamato la copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo la quale l'ordine di demolizione del manufatto abusivo è sanzione amministrativa a carattere ripristinatorio, priva di finalità punitive e «con effetti che ricadono sul soggetto che è in rapporto col bene, indipendentemente dal fatto che questi sia l'autore dell'abuso», con conseguente esclusione dalla nozione di pena come elaborata dalla Corte EDU.

<sup>311</sup> L'esistenza di tale dibattito giurisprudenziale testimonia che, nonostante l'art. 12 della l. n. 689/1981, l'ambito di applicazione di tale legge è una questione discussa. In particolare, è discussa la validità della clausola di riserva ai casi in cui la legge stabilisce diversamente, contenuta nello stesso art. 12. Così PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 13.

e pregnante di illecito amministrativo sarebbe più utile alle indagini dottrinali rispetto ad un'altra più ampia ma vaga ed eterogenea<sup>312</sup>. Le uniche violazioni destinate a rimanere fuori da tale nozione sarebbero quelle disciplinari, per espressa disposizione dell'art. 12 l. n. 689/1981. Ed infatti, anche da un punto di vista sostanziale, esse sono caratterizzate dall'esistenza di uno *status* o una qualifica che influisce in modo determinante sulla rilevanza della violazione. Secondo tale dottrina, la stessa previsione dell'art. 9 della l. n. 689/1981 e la previsione del criterio di specialità per determinare il concorso apparente di illeciti comproverebbe che, per il legislatore, norme penali e norme amministrative hanno identiche finalità sanzionatorie. Se, infatti, sanzioni amministrative e penali avessero funzioni diverse, non vi sarebbe motivo per escludere il cumulo di illeciti pure in presenza di uno stesso ed identico fatto<sup>313</sup>. Tale impostazione, quindi, rifiuta ogni distinzione tra l'illecito amministrativo depenalizzato e l'illecito amministrativo *tout-court*.

Un diverso orientamento, invece, a prescindere dalla nozione unitaria o meno della sanzione amministrativa, sottolinea che la l. n. 689/1981 ha dimostrato che l'illecito amministrativo si può rivelare uno strumento fondamentale, per il legislatore, per esercitare il suo potere sanzionatorio rispetto agli atteggiamenti socialmente intollerabili, limitando le sanzioni penali ai soli casi in cui siano necessarie in virtù del principio dell'*extrema ratio*<sup>314</sup>. Pertanto, il legislatore deve selezionare con attenzione i fatti previsti come illecito amministrativo, sia *ab origine* che in sede di depenalizzazione, perché essi devono essere, necessariamente, espressivi di un disvalore diverso e minore rispetto a quello che giustifica l'applicazione di una sanzione penale<sup>315</sup>. Seguendo un criterio di individuazione ontologico, gli illeciti amministrativi dovrebbero essere illeciti offensivi di interessi costituzionalmente

---

<sup>312</sup> Così PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit. par. 3, riprendendo le tesi di Zanobini sulla sanzione amministrativa come pena in senso tecnico che, pertanto, non può essere assimilata agli strumenti utili a conservare o ripristinare interessi sostanziali lesi dall'infrazione. Secondo tali Autori il carattere propriamente punitivo della sanzione amministrativa sarebbe avvalorato dal fatto che la l. di depenalizzazione del 1981 definisce come pena la sanzione pecuniaria.

<sup>313</sup> *Ivi*, par. 14.

<sup>314</sup> Sottolinea la maggiore efficacia preventiva di una sanzione amministrativa pecuniaria certa ed applicata nel rispetto delle garanzie fondamentali, rispetto ad un uso indiscriminato della sanzione penale. MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale*, cit., 515 ss. Occorre considerare, inoltre, che lo stesso processo è, di per sé, un'esperienza afflittiva e traumatica.

<sup>315</sup> *Ibidem*. Si sottolinea, in particolare, come la sanzione amministrativa possa costituire un'utile risposta sanzionatoria per tutte le microviolazioni autonome, cioè per tutte quelle ipotesi criminose bagattellari il cui disvalore è sempre al di sotto di una soglia tale da giustificare l'intervento di una legge penale. Se ne differenziano quelle non autonome, che a seconda delle modalità di realizzazione, possono essere espressive di uno scarso disvalore o di un disvalore tale da richiedere la risposta sanzionatoria penalistica. In ogni caso, lo strumento del diritto amministrativo non va limitato alle sole ipotesi bagattellari, ma a tutte le ipotesi espressive di un minor disvalore. Così anche PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali*, cit., 954.

non incompatibili e, comunque, connotati strutturalmente di uno scarso contenuto di illiceità, oppure quali forme di tutela anticipate di interessi protetti anche dal diritto penale<sup>316</sup>.

Tali conclusioni sono coerenti con le disposizioni di una circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983 sui criteri di definizione dei due tipi di illecito<sup>317</sup>. Quest'ultima, nel tentativo di orientare nella scelta tra sanzione amministrativa e sanzione penale, aveva individuato due criteri: quello della proporzione e quello della sussidiarietà. Questi due parametri sono cumulativi ed esprimono, secondo l'insegnamento della Costituzione, la necessità di tutelare la libertà personale. La mancanza di proporzione o necessità impone l'adozione della sola sanzione amministrativa. Quindi, innanzitutto, la sanzione penale deve essere stabilita quando l'offesa al bene giuridico ha un disvalore corrispondente alla compressione della libertà personale tutelata dall'art 13 Cost. Poiché la pena pecuniaria è, astrattamente, convertibile in una sanzione detentiva in caso di insolubilità, essa può colpire la libertà personale. Solo se la sanzione è proporzionata al fatto, essa può svolgere la sua funzione di rieducazione di cui all'art. 27 co. 3 Cost.<sup>318</sup>. Sulla proporzione, a loro volta, incidono la rilevanza dell'interesse tutelato e la gravità dell'offesa<sup>319</sup>. Anche la sussidiarietà discende dall'art. 13 Cost., perché solo l'assenza di altre misure adeguate di controllo sociale giustifica la compressione del bene della libertà personale. Non va valutata la sola efficienza repressiva, ma anche «la maggiore o minore attitudine dell'uno o dell'altro dei due “modelli sanzionatori” ad assicurare un controllo sociale adeguatamente formalizzato se questo sia necessario in rapporto agli interessi coinvolti in una determinata situazione conflittuale»<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale*, cit., 526: la norma penale, «in coerenza con il principio dell'*extrema ratio*, va approntata se non ci sono altri validi strumenti d'intervento per la difesa di interessi particolarmente significativi e per essi vanno intesi quelli di rilievo costituzionale. Per altri interessi non incompatibili con la Costituzione e per una difesa anticipata dei primi, ci si dovrebbe servire di un articolato e ben coordinato sistema d'illeciti e sanzioni amministrative». In senso del tutto conforme PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14.

<sup>317</sup> PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali*, cit., 952 ss. L'Autore sottolinea che, sebbene tale circolare fosse destinata solo agli uffici legislativi dei ministeri e non avesse, né potesse avere carattere vincolante per il legislatore, le indicazioni in essa contenute erano da considerarsi di fondamentale importanza.

<sup>318</sup> *Ivi*, 954: «l'art. 27 della Costituzione italiana (...), impone alla sanzione penale una funzione che in realtà non potrebbe essere nemmeno perseguita, se la sanzione fosse intrinsecamente sperequata rispetto al contenuto di illecito. In questo senso si ritiene che il criterio di proporzione assuma rilevanza costituzionale».

<sup>319</sup> *Ivi*, 954 ss. In particolare, si dovrebbe distinguere tra beni primari e beni secondari. I primi sarebbero quelli senza i quali il soggetto non potrebbe realizzarsi nelle forme esistenziali minime, quelli collettivi modellati su quelli individuali e quelli pubblici senza i quali sarebbe compromesso lo Stato sociale di diritto. Possono, però, esistere beni secondari per i quali non è sufficiente una sanzione amministrativa e, viceversa, l'appartenenza alla categoria dei beni primari non impone, aprioristicamente, la previsione di una sanzione penale. Occorre, poi, valutare la gravità dell'offesa (in termini di danno, di pericolo e delle varie forme che questo può assumere) e il grado di anticipazione della tutela del bene. Più è importante il bene tutelato, più è giustificato il ricorso alla sanzione penale anche per forme anticipate di offesa e di modesta entità. In linea di principio, però, la sanzione penale presuppone offese gravi ed attuali del bene stesso.

<sup>320</sup> *Ivi*, 955.

Tali riflessioni evidenziano che gli illeciti penali e gli illeciti amministrativi, che rientrano nell'ambito di applicazione della l. n. 689/1981, sono espressione di una medesima funzione di controllo sociale, seppur modulati secondo il diverso grado di disvalore di illecito. La sanzione amministrativa, seppur dotata, in generale, di una minore afflittività, svolge una funzione *latu sensu* punitiva per la violazione di una regola di interesse generale che sottende una lesione di interessi rilevanti per l'ordinamento oppure una messa in pericolo, anche remota, degli stessi. In materia di unità o pluralità di illecito, allora, si potrebbe operare una distinzione. Se la sanzione amministrativa è esclusa dall'ambito di applicazione della l. n. 689/1981, perché attinente alla tutela degli interessi particolari dell'amministrazione, oppure al piano disciplinare o a quello del controllo di requisiti formali, non vi è alcuna difficoltà ad ammettere un cumulo di illeciti<sup>321</sup>. In caso contrario, nella previsione di illeciti in concorso, il legislatore dovrebbe incontrare gli stessi limiti costituzionali che si presentano in tema di unità o pluralità di illeciti penali.

Ovviamente, per evitare che la questione si sposti sul piano giurisprudenziale, con accanite dispute sulla natura punitiva o ripristinatoria della sanzione, sarebbe auspicabile che il legislatore fosse chiaro circa la natura della sanzione prevista e circa l'applicabilità o meno della l. n. 689/1981.

In ogni caso, la problematica dell'analogia di funzioni tra sanzioni penali e amministrative non va confusa con la diversa questione della forte afflittività di alcune sanzioni amministrative. Tale tema è molto caro alla giurisprudenza comunitaria che ha elaborato anche dei veri e propri criteri di definizione degli illeciti e sanzioni penali, a prescindere dalla qualificazione che sia stata data loro dall'ordinamento interno. Si è più volte specificato che le sanzioni amministrative, per definizione, corrispondono ad un illecito di minore valore ed è proprio la loro scarsa afflittività a giustificare la rinuncia alle garanzie giurisdizionali per la loro applicazione, se non in una fase successiva all'ordinanza ingiunzione e del tutto eventuale. Qualora il legislatore abusi delle sanzioni amministrative per prevedere degli illeciti sostanzialmente penali, si pongono problemi sul piano delle garanzie e non più problemi di unità o pluralità di illeciti.

### **11.1 La convergenza reale o apparente di norme penali e norme amministrative**

Venendo, specificamente, alla questione della convergenza tra una norma penale ed una che prevede una sanzione amministrativa, l'art. 9 l. n. 689/1981, ritiene operante, anche in tali

---

<sup>321</sup> Per un ragionamento simile in materia di illeciti penali ed amministrativi previsti dal codice della strada, si veda PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali*, cit., 957.

rapporti, il principio di specialità. Tale articolo stabilisce che «quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale». Disposizione analoga è prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 74/2000 che regola il principio di specialità tra illeciti penali e illeciti amministrativi tributari.

Nonostante la diversità di espressioni, non sembrano sussistere dubbi che «stesso fatto» e «stessa materia» si riferiscano ad uno stesso concetto. L'interpretazione della nozione di stesso fatto di cui all'art. 9 l. n. 689/1981 dipende dagli orientamenti dottrinali in materia di concorso apparente di norme penali. Pertanto, parte della dottrina ha ritenuto che lo «stesso fatto» vada concepito come uno stesso fatto concreto idoneo ad essere qualificato alla luce delle due norme, penale ed amministrativa<sup>322</sup>. Altri hanno sottolineato che anche tale articolo, come l'art. 15 c.p., deve essere interpretato facendo riferimento ai rapporti strutturali tra le fattispecie (penali ed amministrative) in astratto; di conseguenza, anche in tema di illecito amministrativo e illecito penale occorrerebbe valutare se le fattispecie sono poste in rapporto di eterogeneità o di non difformità. Alla luce di questo criterio, si verificherebbe un concorso reale di illeciti quando le norme sono poste in rapporto di specialità bilaterale “bilateralmente per aggiunta”. A conferma di ciò si sottolinea che anche in materia di illeciti amministrativi è previsto l'istituto del concorso formale; ai sensi dell'art. 8 co. 1 l. n. 689/1981, infatti, è possibile che un singolo fatto concreto determini, contemporaneamente, due illeciti amministrativi distinti<sup>323</sup>.

Si ribadisce, anche in questa sede, che le impostazioni riferite all'analisi strutturale delle fattispecie in astratto non appaiono corrette, perché sembrano confondere il piano dei presupposti con quello diverso dei rapporti tra le norme per valutare se il concorso delle stesse è apparente o no. La determinazione dei casi in cui si verifica un fenomeno di convergenza, reale o apparente che sia, dovrebbe risultare da un'analisi che prescinde dai rapporti tra le fattispecie che vengono in discussione.

---

<sup>322</sup> Alcuni Autori, riferendosi alla tesi di Mantovani in materia di concorso apparente di norme penali, hanno ritenuto che anche i rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo vadano risolti attraverso il ricorso al concetto di sottofattispecie. Così DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, 43 ss. Per una ricostruzione dell'art. 9 l. n. 689/1981 in termini di rapporti in concreto e non in astratto tra norme, si veda anche SINISCALCO, *Commento all'art. 9, l. 24-11-1981, n. 689*, in *Leg. pen.* 1982, 227 ss.

<sup>323</sup> Così, per tutti, DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 51-52. Secondo tale Autore, poiché l'art. 9 l. n. 689/1981 parla di un fatto «punito da una disposizione penale ed una disposizione che prevede una sanzione amministrativa», evidentemente, non si sta riferendo ad un fatto naturalistico, bensì alle fattispecie legali previste dalle norme che vengono in questione.

Nella scelta dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme e di selezione della norma applicabile, sembrano prevalere le tesi monistiche. Questo perché gli stessi sostenitori delle tesi pluralistiche in rapporto all'art. 15 c.p. ritengono inoperanti criteri diversi da quello di specialità. Confrontando con tale norma l'art. 9 l. n. 689/1981, infatti, si riscontra che in quest'ultimo manca la clausola di riserva «salvo che sia altrimenti stabilito» che, secondo i sostenitori delle tesi pluraliste, fonda l'utilizzo dei diversi criteri di sussidiarietà e di consunzione. Non a caso alcuni sostenitori di teorie pluralistiche ritengono che, in materia di rapporti tra illecito penale ed amministrativo, si applichi il solo criterio della specialità, basato sul confronto delle fattispecie. Tenendo fede al brocardo *ubi lex voluit, dixit* dovrebbero, allora, essere esclusi i criteri di sussidiarietà e consunzione, basati sul raffronto fra i differenti disvalori degli illeciti<sup>324</sup>.

Secondo parte della dottrina, il criterio di specialità presupporrebbe un confronto in concreto tra le fattispecie, per decidere, di volta in volta, qual è la norma applicabile<sup>325</sup>. Altre impostazioni non fanno altro che estendere al concorso apparente tra norme penali ed amministrative o tra norme amministrative tra loro le soluzioni formulate in rapporto all'art. 15 c.p.<sup>326</sup>.

Nonostante tali opinioni dottrinali, anche la disciplina degli illeciti amministrativi sembra conoscere il criterio della sussidiarietà espressa per mezzo delle clausole di riserva<sup>327</sup>. Anche in materia di illecito amministrativo, quindi, il legislatore si riserva la possibilità di valutare,

---

<sup>324</sup> Così PAGLIARO, *Concorso di norme (diritto penale)*, cit., 545 ss. Del resto, la clausola di riserva era presente nel testo nei lavori preparatori e la sua omissione nel testo definitivo, quindi, non può essere priva di un significato specifico.

<sup>325</sup> PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14.

<sup>326</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle opinioni di MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 971. Quest'ultimo, ovviamente, ritiene estendibile analogicamente, ai casi dei rapporti tra illecito civile e illecito amministrativo, il principio generale del *ne bis in idem* che deve regolare tutti i casi di concorso apparente di norme. Si veda anche DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss. il quale ritiene applicabile anche ai casi di concorso apparente tra illeciti amministrativi e penali lo stesso criterio di specialità esteso ai casi di specialità bilaterale diversi dall'interferenza. Allo stesso modo, la determinazione della norma applicabile dovrebbe dipendere dall'esistenza di un maggiore o minor numero di elementi di specializzazione.

<sup>327</sup> Ne costituisce un esempio l'art. 1 co. 7 d.l. n. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005, che, prima della riforma attuata con l. n. 99/2009, prevedeva una chiara clausola di sussidiarietà tra l'illecito amministrativo di acquisto di cose in violazione delle norme in materia di origine e provenienza dei prodotti e le fattispecie di ricettazione ed incauto acquisto. Tale clausola di riserva si riferiva tanto alle condotte poste in essere dagli acquirenti finali che dagli operatori commerciali ed importatori. A seguito della riforma del 2009, il testo dell'art. 1 è stato modificato e la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca reato» è stata riferita ai soli soggetti professionisti. Ne è conseguito un forte contrasto giurisprudenziale sulla sopravvivenza della clausola di sussidiarietà; in particolare ci si è chiesto se gli acquirenti finali di prodotti con marchio contraffatto potessero essere perseguiti anche per ricettazione. Le SS. UU. della Cassazione hanno, poi, chiarito che il riferimento della clausola di sussidiarietà ai soli soggetti professionisti dovesse essere letto come una volontà di escludere in radice ogni carattere di illecito penale alla condotta degli acquirenti finali e che, comunque, tra la fattispecie di cui all'art. 1 co. 7 d.l. n. 35/2005 e quella di ricettazione sussiste un rapporto di specialità amministrativa per cui si deve applicare solo la prima. Sul punto Cass. SS. UU. 19 gennaio 2012 n. 22225, in *Dir. pen. cont.* 11 giugno 2012 con nota di ZIRULIA, *Le Sezioni Unite escludono la rilevanza penale della condotta di acquisto di merce con marchio contraffatto*.

in alcuni casi concreti, l'opportunità di un concorso apparente di norme penali ed amministrative.

Ben diverso è il criterio che lo stesso art. 9 l. n. 689/1981 adotta in relazione alle ipotesi di concorso tra una norma statale penale ed una norma amministrativa regionale, per il quale il secondo comma di tale articolo prevede un criterio vincolato di prevalenza. In virtù del principio della riserva di legge, quando il fatto è previsto come reato dalla legge e come illecito amministrativo da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e Bolzano, si applica in ogni caso la legge penale, quindi anche quando essa è generale rispetto alla norma regionale<sup>328</sup>. Tale eccezione è molto importante per evitare che il comportamento illecito subisca un trattamento diverso da Regione a Regione, o che una Regione possa introdurre una norma speciale rispetto a quella penale statale generale realizzando, di fatto, una depenalizzazione regionale. La regola della prevalenza della norma penale statale su quella amministrativa non vale, però, quando la norma penale ha carattere sussidiario rispetto ad altre norme penali.

La regola prevista dal co. 2 dell'art. 9 l. n. 689/1981 e la sua eccezione nell'eccezione sembrano aver destato non pochi dubbi. In particolare, parte della dottrina ha ritenuto che essa sia foriera di un concorso di illeciti (penale statale e amministrativo regionale). Ritenere la norma statale sempre prevalente su quella regionale realizzerebbe, di fatto, una neutralizzazione delle competenze regionali. L'espressione «si applica in ogni caso la norma penale», dovrebbe essere intesa, allora, nel senso di prescindere dal fatto che essa sia generale o speciale rispetto a quella amministrativa; se, poi, la norma amministrativa regionale fosse speciale rispetto a quella statale, si dovrebbero applicare entrambe<sup>329</sup>.

Anche questa parte della dottrina, però, ammette che, nel caso di specialità della norma statale, questa prevale e viene applicata da sola, quindi ammette che ci possano essere dei casi in cui tale competenza regionale viene scavalcata dalla norma statale. Si obietta, allora, che la riflessione sul rispetto delle competenze regionali è contraddittoria. Infatti, o tale competenza va rispettata sempre o non sussiste tale necessità. Inoltre, non vi è alcun motivo per interpretare l'espressione «in ogni caso» come se essa presupponesse l'applicazione di altre norme oltre quella statale. La deroga, quindi, si riferirebbe sempre e comunque a quei soli casi in cui sussiste un rapporto strutturale di specialità (unilaterale) tra fattispecie, a cui conseguirebbe l'applicazione della sola norma generale, perché statale. Inoltre, poiché la maggior parte delle ipotesi che rientrano nella disposizione di cui all'art. 9 co. 2 l. n. 689/1981 sono ipotesi di specialità bilaterale in cui nessuna delle due norme ha un carattere

---

<sup>328</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 971.

<sup>329</sup> DALLACASA, *Principio di specialità*, cit., 57 ss.

inequivocabilmente speciale rispetto all'altra, tale articolo non fa altro che determinare il criterio di selezione della norma prevalente, in conformità con le regole generali del concorso apparente di norme<sup>330</sup>.

Ancora, si è discusso sui rapporti tra norme amministrative statali e norme amministrative regionali<sup>331</sup>. Tale dubbio è stato superato attraverso l'intervento della giurisprudenza costituzionale<sup>332</sup>. Essa ha risolto la questione imponendo due raffronti successivi: un primo tra norma statale penale e norma statale amministrativa e un secondo tra la norma risultata prevalente e quella amministrativa regionale. Tali raffronti vanno risolti ognuno secondo i rispettivi criteri.

Il co.2 dell'art. 9 l. n. 689/1981 va letto, allora, come espressione della necessità del legislatore di controllare l'applicazione della norma penale. Solo egli può stabilire quando l'illecito realizzato necessita dell'applicazione di una sanzione penale. Se ogni Regione potesse sottrarre validità alla norma penale attraverso l'introduzione di una norma speciale, si ammetterebbe una depenalizzazione regionale<sup>333</sup>.

Infine, in materia alimentare, l'art. 9 co. 3 l. n. 689/1981, come modificato dall'art. 95 d.lgs. n. 507 del 30.12.1999, prevede l'applicazione delle sole norme penali anche quando gli stessi fatti sono previsti da fattispecie amministrative speciali. Parte della dottrina ritiene che la previsione dei co. 2 e 3 dell'art. 9 citato, sia espressione della volontà di riservare al legislatore la valutazione circa la soluzione più adatta in materia di concorso tra illeciti<sup>334</sup>.

La breve analisi che precede ha consentito di mettere in evidenza alcuni punti. Anche in materia di rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo, il concorso apparente di norme risulta un'utile tecnica legislativa attraverso la quale il legislatore manifesta la sua concezione unitaria o plurima dell'illecito. Anche in questo caso, il legislatore si riserva la possibilità stabilire delle norme *ad hoc* per calibrare la risposta sanzionatoria al disvalore di illecito realizzato. Infine, esiste una stretta connessione tra la disciplina del concorso

---

<sup>330</sup> DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 416 ss. In senso conforme, PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14, per i quali l'identità di funzioni tra sanzione amministrativa e sanzione penale, non è esclusa dai commi 2 e 3 dell'art. 9 l. n. 689/1981. I correttivi riguardanti le norme regionali amministrative e la legislazione in materia di alimenti, infatti, sono espressione di esigenze contingenti quali il timore di illegittimità costituzionali e il timore che la complessa normativa sugli alimenti potesse essere posta nel nulla.

<sup>331</sup> Su tale dibattito PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14. In particolare, si è discusso della riconduzione di tale ipotesi nell'ambito di applicazione del co. 1 o del co. 2 dell'art. 9 l. n. 689/1981. Si trattava, quindi, di comprendere se applicare il criterio di specialità, oppure quello della prevalenza vincolata. In quest'ultimo caso si sarebbe dovuto anche comprendere se tale prevalenza dovesse spettare alla norma amministrativa statale o alla norma amministrativa regionale.

<sup>332</sup> Si veda, sul punto, la sentenza della Corte cost. 3 aprile 1987 n. 97 consultabile sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), in materia di rapporti tra norme amministrative regionali, norme amministrative statali e leggi penali. In tale sentenza è ribadita la necessità di adottare una disciplina omogenea rispetto al concorso apparente di norme penali rispetto a quello tra norme penali e norme amministrative o tra sole norme amministrative.

<sup>333</sup> PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., par. 14.

<sup>334</sup> *Ibidem*.

apparente di norme penali e quella del concorso apparente di norme penali ed amministrative, perché la dottrina tende ad interpretare nello stesso modo presupposti e criteri di soluzione del concorso apparente di norme.

## 11.2 La giurisprudenza comunitaria in materia di *ne bis in idem*

Il doppio binario sanzionatorio penale ed amministrativo e il *ne bis in idem* sono temi attualmente oggetto di un dialogo tra Corti interne e Corti europee, con esiti non sempre univoci, su temi quali la manipolazione del mercato, gli illeciti finanziari e la circolazione stradale. Da tale confronto sono nati suggestivi tentativi di ricavare, dalle Carte europee, un cogente *ne bis in idem* sostanziale, da valutare in concreto, che vieterebbe la doppia punizione di un fatto naturalistico unico che violi due fattispecie, sostanzialmente, penali.

In particolare, a seguito della nota sentenza Cedu Grande Stevens c. Italia, la Corte di Cassazione si è posta il problema di dover recepire, nell'ordinamento interno, un criterio di valutazione in concreto della stessa materia ai fini del concorso apparente di norme<sup>335</sup>. Sin da subito la giurisprudenza interna ha negato la possibilità di adoperare un tale criterio di soluzione del concorso apparente di norme, perché costituirebbe una vera e propria sovversione del sistema di convergenza di norme previsto dal codice penale che, pertanto, può essere previsto solo da una riforma legislativa<sup>336</sup>.

In realtà, tutta la questione si basa su due equivoci fondamentali. In ambito europeo il *ne bis in idem* è previsto, quale divieto di doppia punizione per uno stesso reato, dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Cedu)<sup>337</sup> e

---

<sup>335</sup> Corte EDU sez. II, 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia*, ric. N. 18640/10 pubblicata in *Dir. pen. cont.* 9 marzo 2014 con nota di TRIPODI, *Uno più uno a Strasburgo fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*. Tra i vari commenti 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.* 3-4 2014, 201 ss. Il caso riguardava la cumulatività o meno del reato e dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato previsti, rispettivamente, dagli artt. 185 e 18t *ter* t.u.f. per l'emissione di un unico comunicato stampa falso.

<sup>336</sup> Così Cass. Relazione n. 35 del 2014, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Pone l'attenzione sulla necessità di non confondere la valutazione in concreto del *ne bis in idem* come emergente dalle sentenze delle Corti europee con la diversa, e ormai superata, tesi della specialità in concreto del concorso apparente di norme GIORDANO, *Il diritto al ne bis in idem*, cit.

<sup>337</sup> Il primo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo 7 Cedu stabilisce che «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». Di fondamentale importanza è anche il terzo paragrafo dello stesso articolo, che vieta ogni deroga a tale articolo. Su tale tema, quindi, non è possibile apporre una clausola di riserva. È utile ricordare che, in quanto Convenzione internazionale, la Cedu è fonte interposta tra la Costituzione e le fonti di rango ordinario ed eventuali norme di legge in contrasto con essa vanno dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale. La giurisprudenza della Cedu, infatti, per quanto sia capace di condizionare i giudici interni nell'interpretazione delle norme interne, non è immediatamente vincolante.

dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>338</sup>. Tali articoli si riferiscono al diverso tema del *ne bis in idem* processuale, previsto nel nostro ordinamento dall'art. 649 c.p.p., che nulla ha a che vedere con il concorso apparente di norme<sup>339</sup>.

La seconda questione che viene in discussione e che, collegata alla prima, determina una confusione di piani processuale e sostanziale, riguarda l'utilizzo dei parametri determinati dalla Cedu nel caso Engel per identificare gli illeciti penali a prescindere dalla loro qualificazione da un punto di vista formale<sup>340</sup>. Tali criteri evidenziano gli abusi che il legislatore pone in essere, prevedendo per illeciti amministrativi sanzioni fortemente afflittive non assistite da tutte le garanzie sostanziali e processuali del diritto penale. Collegando questa problematica con il *ne bis in idem* processuale viene fuori che, poiché i provvedimenti definitivi di applicazione di una sanzione amministrativa dovrebbero essere considerati come provvedimenti di condanna penale, non è possibile essere processati (e quindi puniti) due volte per uno stesso fatto.

Il problema è che il pagamento in misura ridotta della sanzione prevista per l'illecito amministrativo, che si realizza in tempi molto rapidi, finisce per essere un motivo di preclusione dell'accertamento penalistico. Da questa riflessione e dall'inesistenza di regole di coordinamento tra processo penale e processo amministrativo idonee a regolare la materia in modo conforme ai principi costituzionali e a quelli derivanti dal diritto europeo, sono nati, da

---

<sup>338</sup> L'art. 50 CdfUe sancisce che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Ai fini della comprensione delle ripercussioni che le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea possono avere nel nostro ordinamento, è indispensabile tener presente che tale Carta dei diritti, firmata a Nizza nel 2000 e confermata a Strasburgo nel 2007, ha assunto efficacia pari ai Trattati ai sensi dell'art. 6 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea (anche detto Trattato di Lisbona del 2009). Ciò vuol dire che anche la CdfUe è fonte interposta ai sensi dell'art. 117. A differenza di quanto avviene per la Cedu, però, in virtù del primato del diritto comunitario sul diritto interno, il giudice nazionale può direttamente disapplicare la norma interna incompatibile con il diritto europeo e la giurisprudenza della CgCe è vincolante nell'ordinamento interno. Proprio a quest'efficacia vincolante è collegato il rinvio pregiudiziale alla CgUe attraverso il quale ogni giudice interno, ai sensi dell'art. 267 del TFUe, prima di decidere la causa, può interrogare la Corte europea sulla validità e l'interpretazione dei Trattati nel diritto interno.

<sup>339</sup> Sebbene l'art. 4 del Protocollo 7 Cedu utilizzi, nel suo testo originale, l'espressione «*same offence*», che potrebbe essere foriera di dubbi, la giurisprudenza europea interpreta i citati articoli della Cedu e della CdfUe come legati strettamente al piano processuale. Ad una prima elementare riflessione, tra l'altro, si può affermare che l'art. 649 c.p.p. sembra prevedere una garanzia anche maggiore rispetto a quella delle Carte europee. Infatti, anche se la Cedu ha chiarito che la nozione di medesimo reato va interpretata in termini naturalistici e fattuali, letteralmente queste si riferiscono al divieto di doppio processo e doppia condanna per uno stesso reato, L'art. 649 c.p.p., invece, si riferisce testualmente al divieto di un secondo giudizio per il «medesimo fatto».

<sup>340</sup> Ci si riferisce alla nota sentenza Cedu, Engel contro Paesi Bassi, r. 5100/71 dell'8 giugno 1976. In essa la Cedu ha affermato che, per comprendere se un illecito è sostanzialmente penale, bisogna ricorrere a tre criteri alternativi tra loro: la qualificazione dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale; la natura dell'infrazione e la sua funzione; la natura, la gravità e lo scopo della sanzione. In applicazione del terzo criterio, nella sentenza Grande Stevens contro Italia, le sanzioni applicate dalla Consob sono state reputate, sostanzialmente, penali.

ultimo, svariati rinvii alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per chiedere una diretta applicazione dell'art. 50 CdfUe<sup>341</sup>.

Occorre considerare, però, che i criteri di valutazione della natura penalistica delle fattispecie nulla hanno a che vedere con i criteri di determinazione dell'apparenza di un concorso di norme. Se anche le due norme fossero entrambe penali, è noto che l'identità del fatto concreto non è causa di esclusione del concorso di reati, potendosi venire a configurare un concorso formale di reati.

## 12. Cogenza, contenuto e limiti del principio del *ne bis in idem*.

L'analisi del dibattito dottrinale in materia di concorso apparente di norme, i cenni alle esperienze straniere, l'analisi delle proposte di riforma del codice penale e i rapporti tra illecito amministrativo e illecito penale inducono a riflettere, *de iure condito*, sulla cogenza, sul contenuto assertivo e sull'operatività del *ne bis in idem* nell'ambito della disciplina del concorso apparente di norme e, più in generale, nella gestione dei problemi relativi all'unità o pluralità di reati<sup>342</sup>.

Si è già avuto modo di precisare che il *ne bis in idem* opera tanto sul piano sostanziale come espressione di ragioni di giustizia, quanto su quello processuale quale espressione dell'esigenza di certezza delle decisioni giudiziali, scongiurando la possibilità di conflitti tra giudicati. Tali due profili sono destinati a rimanere completamente distinti tra loro, anche se entrambi sono coinvolti, in qualche modo, dal tema dell'unità o pluralità di reati<sup>343</sup>.

Parte della dottrina critica il fatto che il *ne bis in idem* sostanziale, per carenza di determinatezza, si tradurrebbe, in definitiva, in una generica esigenza di equità e di buon senso richiesti al legislatore nella determinazione del numero di fatti tipici ascrivibili al soggetto per uno stesso fatto. È vero che, in materia di concorso apparente di norme, è costante il riferimento della dottrina a questo principio, ma a voler ben indagare il contenuto assertivo e la sua operatività, esso risulta più indeterminato e più evanescente di quanto appaia

---

<sup>341</sup> Concordano sull'attinenza di tali questioni europee a questioni prettamente processuali e non sostanziali, GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1205 ss.; Id., *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.* 30 gennaio 2017, GIORDANO, *Il diritto al ne bis in idem*, cit.

<sup>342</sup> Secondo PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 8, tale principio è «da sempre appartenente, nelle sue varie articolazioni, alla tradizione giuridica del mondo occidentale, e proprio perciò caratterizzato da una fisiologica ricchezza/vaghezza di contenuti».

<sup>343</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 11 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 394 ss. e 421 ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 101. Parte della dottrina mette in evidenza il collegamento esistente tra i due aspetti del principio: v. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322 ss. il quale ritiene che il *ne bis in idem* sostanziale sia la *ratio* che determina la preclusione del secondo giudizio sul piano processuale e LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1239 e 1246 ss.

*prima facie*<sup>344</sup>. In particolare, parte della dottrina sottolinea che, sebbene ogni principio generale sia caratterizzato da una connaturata vaghezza, quest'ultima non può trasformarsi in una totale inafferrabilità del contenuto; il principio, infatti, deve pur sempre assolvere alle sue funzioni tipiche: «quella c.d. “sistematico-razionalizzatrice” del diritto esistente e quella c.d. “programmatico-orientativa” del diritto in via di produzione»<sup>345</sup>.

Quanto al profilo della cogenza, secondo alcuni Autori, il *ne bis in idem* sarebbe un corollario dei principi di uguaglianza e di proporzionalità espressi nell'art. 3 Cost. e, quindi, un principio utile a consentire alla pena di realizzare la sua funzione di integrazione sociale<sup>346</sup>. Allo stesso modo, si ritiene, generalmente, che esso sia sotteso alla disciplina codicistica, ma non è semplice individuare le norme che lo dovrebbero prevedere, seppur implicitamente. Il tentativo più compiuto, sul punto, resta quell'impostazione dottrinale che lo ricava dal combinato disposto degli artt. 15, 84, 61, 62, 68 c.p., insieme alle varie clausole di riserva espressamente previste nella parte speciale<sup>347</sup>.

Superato il problema della cogenza, occorre analizzare la nozione di *idem* per comprenderne l'operatività nell'ambito del concorso apparente di norme. L'analisi delle varie posizioni dottrinali ha messo in evidenza che questo potrebbe essere considerato come unico disvalore, ma tale ipotesi sembrerebbe metodologicamente sbagliata. Non è l'apparenza del concorso di norme a dipendere dall'unità di disvalore, bensì il contrario. È l'esistenza di un criterio normativo utile ad individuare un'unica norma applicabile e, quindi, un'unica sanzione a far comprendere all'interprete che, secondo l'apprezzamento del legislatore, il disvalore è unitario. Si potrebbe allora pensare all'*idem* come medesimo bene giuridico, come fa la giurisprudenza, ma anche tale ipotesi non risulta convincente. Si è già affermato, infatti, che esistono casi di specialità unilaterale anche tra fattispecie che tutelano beni giuridici diversi e comunque si ritiene sussistente un concorso apparente di norme. Infine, si potrebbe pensare all'*idem* come stesso fatto naturalistico, ma l'art. 81 co. 1 c.p. in materia di concorso formale sembra escludere tale possibilità.

---

<sup>344</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 19: «Esiste insomma il rischio (...) che il *ne bis in idem* sostanziale, a prima vista cristallino quantomeno nel suo generico valore equitativo, risulti, ad una più attenta considerazione, da un lato sfuocato sul piano assiologico; dall'altro comunque incapace di comunicare -o di comunicare in modo univoco- la sua reale portata applicativa». L'Autore, in verità, ricollega tale indeterminazione al fatto che si tratti di un principio generale che viene trattato come criterio di soluzione del concorso apparente di norme. Sul punto anche RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 311 ss., il quale ritiene che il *ne bis in idem* sostanziale dovrebbe essere iscritto nella categoria di principi dotata di minore vincolatività come mero criterio tendenziale di interpretazione ricostruito attraverso processi induttivi di generalizzazione.

<sup>345</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 25.

<sup>346</sup> RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 311 ss. Lo ritiene un principio derivante dal generale criterio costituzionale di ragionevolezza PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 10 ss.

<sup>347</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 392 ss.

Più semplice, invece, sembrerebbe la nozione di *bis* che richiama il divieto di una doppia conseguenza sanzionatoria. Non è altrettanto chiaro, però, se tale divieto si riferisca solo alle sanzioni tra loro omogenee, oppure ad ogni tipo di sanzione, quindi se vieti anche la duplicazione tra sanzione penale e sanzione amministrativa.

In ogni caso, resterebbe da comprendere in che modo tali nozioni potrebbero agire sulla disciplina del concorso apparente di norme. Parte della dottrina ritiene che esso sia un criterio generale sotteso a tutte le ipotesi di concorso apparente di norme, a differenza di quello dell'integrale valutazione giuridica che, invece, regge la disciplina del concorso di reati<sup>348</sup>. Poiché tale impostazione utilizza la nozione di *idem* come stesso disvalore, valgono le obiezioni già esposte. Le dottrine pluralistiche, invece, ritengono che il *ne bis in idem* svolga la funzione di criterio suppletivo per riscontrare dei casi di concorso apparente di norme in assenza di un rapporto di specialità. Pur volendo superare le difficoltà connesse con la nozione di *idem* resterebbe irrisolto il problema di determinazione della norma applicabile<sup>349</sup>.

### **12.1 Il *ne bis in idem* sostanziale come uno dei limiti costituzionali alla previsione legislativa della pluralità di fattispecie.**

Quanto affermato nel paragrafo precedente non deve indurre alla conclusione che il *ne bis in idem* sostanziale sia un principio inutile ai fini della disciplina del concorso apparente di norme. Si ritiene, piuttosto, che esso, *de iure condito*, costituisca uno dei principi fondamentali previsti dalla stessa Costituzione che limitano il legislatore nella disciplina dell'unità o pluralità di reati, come quelli di personalità della responsabilità penale, offensività, *extrema ratio*, proporzione e ragionevolezza. Il *ne bis in idem* sostanziale, allora, lungi dal poter costituire un criterio di soluzione del concorso apparente di norme, per inesistenza di una norma *ad hoc* che autorizzi l'interprete ad applicare una sola sanzione, è utile ad una interpretazione conforme oppure, laddove il contrasto tra le norme di legge e tale principio non sia risolvibile sul piano ermeneutico, può essere motivo per sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Come più volte ribadito, il disvalore unitario del fatto non è qualcosa che esiste *in rerum natura*, ma è il frutto di una valutazione del legislatore. È questi che può stabilire, per esempio, se una sottrazione patrimoniale realizzata contestualmente ad una violenza può costituire, o meno, un unico fatto più grave di rapina o se l'aver concorso alla realizzazione di un reato e l'intromettersi, successivamente, nel far acquistare, ricevere o occultare il danaro o

---

<sup>348</sup> *Ibidem*.

<sup>349</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 24; RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, cit., 312 ss.

le altre cose provenienti da esso, costituisce, o meno, un diverso fatto di ricettazione. Nei limiti del rispetto dei principi costituzionali, allora, il legislatore è libero di valutare, o meno, i fatti come espressione di un disvalore unitario o come fatti tipici diversi, eventualmente tra loro collegati dalla continuazione o dalla connessione. Neppure l'unità di azione è un discrimine per l'unità di disvalore dal momento che, si ripete, l'art. 81 co. 1 c.p. dà per scontato che ad un'unica azione possano corrispondere una pluralità di reati<sup>350</sup>.

Avendo ricostruito il concorso apparente di norme come un problema di validità e non di mera efficacia, si comprende, allora, che l'individuazione di criteri di esclusione della sovrapposibilità tra norme, altro non è che una delle tecniche normative attraverso le quali il legislatore esprime la sua valutazione di unitarietà del reato. Quando sussiste un dubbio sulla convergenza di norme, le alternative possibili sembrano solo le seguenti: o si comprende che, a ben interpretare le norme, esse sono alternative ed hanno ambiti di validità distinti; o esiste un criterio di determinazione dell'apparenza del concorso di norme per affermare l'unitarietà del reato e del suo disvalore; oppure si deve procedere a qualificazioni giuridiche multiple. Si è detto più volte che la nozione di specialità bilaterale non è altro che un *escamotage* per far rientrare nel rapporto di specialità ciò che, in realtà, non lo è. A stretto rigore, allora, ogni qual volta non sussiste una espressa volontà del legislatore di applicare una sola norma, l'interprete dovrebbe riscontrare la sussistenza di più fatti tipici. Tuttavia, una volta che si riconosca una derivazione costituzionale del *ne bis in idem*, l'interprete è tenuto ad una interpretazione conforme a tale principio, come agli altri.

I primi vincoli costituzionali a venire in discussione, per il legislatore, nella previsione di fattispecie tra loro concorrenti sono quelli dell'*extrema ratio* e della ragionevolezza. Sebbene il sistema penale si sia assuefatto alla proliferazione delle fattispecie e alla legislazione dell'emergenza, non si può far a meno di criticare aspramente tale *trend* legislativo e di ritenerlo non conforme all'aspirazione ad un diritto penale minimo, ma certo ed efficace. Si è, però, consapevoli del fatto che una questione di legittimità costituzionale del genere sarebbe, molto probabilmente, rigettata dalla Corte costituzionale, data la sua nota prudenza nell'invasare ambiti che sembrano rimessi alla discrezionalità del legislatore.

Ulteriore vincolo costituzionale sembrerebbe proprio il principio del *ne bis in idem* sostanziale, laddove il *bis* deve essere inteso come una doppia conseguenza sanzionatoria e l'*idem* come una stessa modalità di offesa ad uno stesso bene giuridico. Esso non deriverebbe solo dai criteri di ragionevolezza e proporzione di cui all'art. 3, ma anche dagli artt. 13, 25 e, soprattutto, 27 co. 1 e 3 Cost. Se l'autore deve rispondere del fatto secondo la sua

---

<sup>350</sup> Per l'analisi delle ragioni per cui si è convinti che il concorso formale di reati sia espressione di una pluralità di reati, si rinvia al Cap. III, par. 3.

responsabilità personale, se la sua libertà può essere ristretta solo nei casi e modi previsti dalla legge e se, per aver commesso un reato, gli deve essere applicata una pena che svolga la funzione di integrazione sociale, evidentemente una doppia punizione per una stessa offesa sembra violare tali principi. Il *bis in idem* sostanziale, infatti, supera il limite garantistico della proporzione, cavalca l'onda del diritto penale della deterrenza e non riesce a sortire alcun effetto di prevenzione speciale positiva, perché l'autore non comprende il significato dell'addebito che gli è stato mosso.

In un sistema penale come quello italiano, in cui la parte speciale è tutta incentrata sull'individuazione dei beni giuridici da tutelare, l'identità o l'eterogeneità del bene giuridico potrebbero, allora, avere un ruolo nella valutazione della legittimità costituzionale del concorso di reati eterogenei.

Per motivi di chiarezza si ribadisce che la valutazione della compatibilità del concorso di reati eterogenei con il principio in questione sarebbe, in ogni caso, successiva all'accertamento dell'inesistenza di un concorso apparente di norme. Per questo motivo, una tale ricostruzione non dovrebbe essere confusa con quanto affermato, generalmente, dalla giurisprudenza. Quest'ultima ricorre al criterio del medesimo bene giuridico per distinguere quando c'è un concorso apparente di norme e quando, invece, non c'è. Addirittura, tale criterio viene utilizzato, talvolta, per giustificare una lettura restrittiva delle clausole di sussidiarietà indeterminate; quando, cioè, il legislatore introduce la clausola «salvo che il fatto costituisca altro reato», secondo parte della giurisprudenza questa dovrebbe essere limitata alle altre fattispecie che offendono lo stesso bene giuridico. Anche nei casi di specialità bilaterale, quando si propone l'utilizzo di qualche criterio di valore o di una nozione estensiva di specialità, la giurisprudenza nega tale operatività se le fattispecie in questione sono poste a tutela di beni giuridici diversi.

Si potrebbe azzardare un parallelismo con la disciplina civilistica del risarcimento del danno. Il danneggiato ha diritto al risarcimento di tutti i singoli danni (patrimoniali e non patrimoniali) patiti e *patiendi*. Questi deve dare prova dell'esistenza e della consistenza di ogni singola voce di danno. Si consideri ora che, in alcuni casi, il titolo del risarcimento del danno è plurimo, cioè lo stesso fatto costituisce sia un illecito contrattuale che un illecito extracontrattuale. In casi come questo, il risarcimento va incontro al limite del c.d. divieto di locupletazione del danno, cioè, anche se sussistono più titoli di responsabilità, il danno è sempre uno e, per questo, va risarcito una sola volta<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> Un tipico esempio si può riscontrare nei casi di risarcimento del danno da errore medico che, a seguito dell'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, viene considerata fonte di responsabilità tanto contrattuale (in virtù del rapporto terapeutico esistente con la struttura medica) che extracontrattuale.

Trasportando il ragionamento sul piano penalistico, un reato è un fatto socialmente dannoso. È compito del legislatore comprendere quali e quanti sono “i danni sociali”, quindi quante e quali sono le offese causate dall’agente ai beni giuridici che egli intende tutelare. È possibile che egli consideri unitariamente una pluralità di offese, attribuendo ad esse un’unica sanzione, perché le ritiene espressione di un disvalore unitario (così avviene, per esempio, nel reato complesso). In ogni caso, non dovrebbe mai accadere che una sola offesa ad uno stesso bene giuridico sia punita due volte, perché qualificabile secondo due fattispecie diverse. In questo caso, *de iure condito*, sembrerebbe porsi un problema di legittimità costituzionale per violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Potrebbe costituirne un esempio il rapporto tra l’art. 501 c.p.<sup>352</sup> e l’art. 2628 c.c., prima della riforma di cui al d.lgs. n. 61/2002<sup>353</sup>, legati da un rapporto di specialità reciproca, ma posti entrambi a tutela del pubblico mercato.

A questo punto sorgerebbe, per la Corte costituzionale, il problema di comprendere quale norma dichiarare costituzionalmente illegittima; tale problema potrebbe, forse, essere risolto dichiarando l’illegittimità di quella prevista successivamente. In sede di riforma, infatti, è compito del legislatore occuparsi dei rapporti di una fattispecie con le altre ad essa sovrapponibili.

Se, invece, le offese e i beni giuridici tutelati dalle norme in concorso sono diversi, evidentemente, il legislatore ha ritenuto che il fatto abbia determinato una pluralità di offese ciascuna espressiva di un proprio disvalore. In tal caso, la valutazione circa la proporzione e la ragionevolezza delle conseguenze sanzionatorie rispetto ai fatti realizzati potrebbe, forse, spostarsi sul piano del trattamento sanzionatorio<sup>354</sup>. La decisione del criterio di calcolo delle singole conseguenze sanzionatorie a cui va incontro l’agente per i singoli reati realizzati, infatti, deve sempre rispondere ai canoni di cui all’art. 27 Cost.

---

<sup>352</sup> Art. 501 c.p., rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio: «Chiunque, al fine di turbare il mercato interno di valore delle merci, pubblica o altrimenti divulga notizie false, esagerate o adopera altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione del prezzo delle merci, ovvero dei valori ammessi nelle liste di borsa o negoziabili nel pubblico mercato, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da uno a 50 milioni».

<sup>353</sup> Art. 2628 c.c. prima della riforma di cui al d.lgs. n. 61/2002, manovre fraudolente sui titoli della società: «Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che diffondono notizie false o adoperano mezzi fraudolenti atti a cagionare nel pubblico mercato o nelle borse di commercio un aumento o una diminuzione del valore delle azioni della società o di altri titoli ad essa appartenenti, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a lire seicentomila».

<sup>354</sup> Per l’analisi del trattamento sanzionatorio della pluralità di reati e dei criteri di assorbimento, cumulo materiale e giuridico, si rinvia a Cap. III, par. 5.

## Capitolo II

### L'unificazione legislativa di violazioni eterogenee

#### 1. Il reato complesso

Il reato complesso o reato composto è un'ipotesi di reato unico disciplinato dall'art. 84 c.p. nell'ambito delle norme sul concorso di reati, attraverso la quale il legislatore unifica più violazioni di legge eterogenee<sup>355</sup>. Il fondamento di tale unificazione legislativa viene, generalmente, definito come un assorbimento di alcune componenti illecite in un unico fatto espressivo di un disvalore unitario<sup>356</sup>. Tale figura criminosa, però, viene analizzata anche e soprattutto come caso di concorso apparente di norme o, addirittura, come fondamento di un criterio di convergenza apparente, diverso dalla specialità<sup>357</sup>.

Il carattere unitario del reato complesso è confermato dagli articoli del codice che ne disciplinano esplicitamente il regime giuridico<sup>358</sup>. In particolare, l'art. 131 c.p. stabilisce la procedibilità d'ufficio nel caso in cui questo sia il regime previsto per uno dei reati che compongono la fattispecie complessa<sup>359</sup>. L'art. 170 c.p. prevede, poi, che la causa estintiva di un reato elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende

---

<sup>355</sup> Sul punto, *ex multis*, PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 965, richiamandosi alla dottrina tedesca, afferma che si tratta di un'unica fattispecie legale da considerare come una morsa che tiene uniti e riassume i singoli elementi che la costituiscono. Conf. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 366 insiste sul carattere unitario del reato complesso da considerare come un qualcosa di unitario «solidamente fuso e tale da distruggere in pieno tutte le caratteristiche delle singole entità componenti». Si veda anche FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 691 per i quali «la funzione pratica cui assolve l'art. 84, è quella di evitare che l'interprete sia indotto ad applicare il regime del concorso di reati laddove il legislatore proceduto ad una unificazione normativa di fatti che integrerebbero autonome fattispecie incriminatrici». La definizione del reato complesso come reato composto è la traduzione dell'espressione tedesca *Zusammengesetzte Deliktstatbestände* che, secondo l'opinione maggioritaria, rientrano nell'applicazione del par. 52 StGB relativo alle ipotesi di *Tateinheit*, cioè di concorso ideale di reati, prevedendo l'assorbimento sanzionatorio delle varie violazioni di legge nell'applicazione della sola norma più grave. WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 320.

<sup>356</sup> Sull'assorbimento in un disvalore unitario quale *ratio* fondante delle ipotesi di reato complesso, FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 646.

<sup>357</sup> Sui rapporti tra reato complesso e concorso apparente di norme, su tutti, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 355-357, 348 e 557 ss; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 240 ss, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss.

<sup>358</sup> Sul punto ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 139 afferma 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».

<sup>359</sup> Si veda, sul punto, PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 965, per il quale tale norma sarebbe superflua. La procedibilità d'ufficio, infatti, costituirebbe la regola, pertanto in assenza di un apposita norma che stabilisca un regime di procedibilità a querela di parte per la fattispecie complessa, occorre seguire la regola generale. Al contrario, secondo MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 270; tale norma deve essere posta tra quelle che consentono di individuare il reato eventualmente complesso.

alla fattispecie complessa<sup>360</sup>. Secondo parte della dottrina la natura, pacificamente, unitaria del reato complesso e la sua autonomia rispetto alle fattispecie che lo compongono renderebbero tali norme del tutto inutili, almeno rispetto alle fattispecie di reato complesso cd. in senso stretto<sup>361</sup>.

L'84 c.p. prevede due tipologie di reato complesso: i reati complessi c.d. in senso stretto e i reati complessi c.d. circostanziati. Quelli in senso stretto elevano tutti i fatti autonomamente connotati di un significato illecito ad elementi costitutivi della fattispecie<sup>362</sup>. I secondi, invece, considerano i fatti autonomamente qualificabili come reato come circostanza aggravante<sup>363</sup>. Il secondo comma dell'art. 84 c.p. ribadisce la valenza dei limiti sanzionatori del cumulo materiale temperato, nel caso in cui la fattispecie complessa rinvii alle sanzioni previste dalle singole fattispecie base per la determinazione della sanzione. Tale ultima disposizione, però, è considerata superflua, poiché è molto difficile che il legislatore non disponga una nuova autonoma cornice edittale<sup>364</sup>.

Nella relazione finale alla parte generale del codice penale del 1930 si legge che il reato complesso è stato pensato come un espediente per ovviare al rigore sanzionatorio del cumulo materiale delle pene, eventualmente aggravato dall'applicazione della connessione *ex art. 61 co. 1 n. 2 c.p.*, poiché tale regime sanzionatorio, in alcune situazioni contingenti, può risultare sproporzionato ed irragionevole<sup>365</sup>. Per questo motivo il legislatore ha previsto l'unificazione

---

<sup>360</sup> *Ibidem*, tale norma non sarebbe che una conseguenza della natura unitaria del reato complesso.

<sup>361</sup> PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 212 ss.

<sup>362</sup> Per esempio la rapina, il sequestro di persona a scopo di estorsione o l'abrogata fattispecie di ratto a fine di matrimonio. Parte della dottrina li definisce, più semplicemente, reati del primo tipo (costituiti già in astratto da elementi autonomamente valutabili come illeciti), in relazione ai reati del secondo tipo (costituiti da illeciti che fungono da elementi costitutivi ed aggravanti); così PROSDOCIMI, *Reato complesso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 212; NAPPI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2010, 957; RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, 132 ss.

<sup>363</sup> È questo il caso del furto aggravato dalla violazione di domicilio (prima della l. n. 128 del 26 marzo 2001 che lo ha elevato a fattispecie complessa in senso stretto, per ovviare all'applicazione del regime delle circostanze), oppure del sequestro di un minore aggravato dalla sua morte ai sensi dell'art. 605 co. 4 c.p., il furto aggravato dalla violenza sulle cose (almeno prima della modifica del d. lgs. n. 7 del 2016 relativa al danneggiamento con violenza o minaccia alla persona), l'evasione aggravata da violenza o minaccia ad una persona. Secondo la Cassazione, appartiene a tale categoria anche il sequestro di persona a scopo di estorsione che si conclude con la morte del sequestrato (anche se deliberata sin dall'inizio); così Cass. SS.UU. 13 ottobre 1984, Aloisi, in Cass. pen. 1985, 306 ss. e Cass. II sez. 10 aprile 1990. La questione principale relativa a tali figure illecite attiene alla applicabilità della disciplina relativa alle circostanze. Ci si riferisce, in particolare, ai problemi relativi all'accertamento dell'elemento psicologico del reato (particolarmente evidenti prima della riforma del 1990 in relazione all'art. 59 c.p.), all'ammissibilità del bilanciamento tra circostanze, alla comunicabilità ai concorrenti. Per l'analogia di tali questioni con i problemi posti dai reati aggravati dall'evento, si rinvia alle argomentazioni di cui *infra*, par

<sup>364</sup> Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1993, 611, nonché PIACENZA, *Il reato complesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 966, il quale sottolinea che non esistono fattispecie complesse la cui pena edittale venga stabilita in questo modo, sia nel codice, che nella legislazione speciale. È d'accordo sull'irrelevanza pratica dell'art. 84 co. 2 MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss.; al contrario l'art. 84 co. 1 e l'art. 131 c.p. sono indispensabili per fondare la figura del reato eventualmente complesso.

<sup>365</sup> Così ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132. È bene ripetere che, oltre il reato complesso, la relazione elenca tra i «modi opportunamente escogitati per attenuare l'inasprimento eccessivo delle pene»: il reato progressivo, indicato come una specie del reato complesso; le ipotesi di *aberratio*, previste agli artt. 85 e 86

di più illeciti in un'unica figura delittuosa espressiva di un disvalore unitario<sup>366</sup>. Nonostante ciò, non mancano casi in cui l'autonoma cornice sanzionatoria prevista per il reato complesso risulta più severa rispetto alla somma delle sanzioni previste per i reati base<sup>367</sup>.

Va condiviso, in ogni caso, l'assunto per cui la deroga rispetto al concorso di reati è riscontrabile solo se ci si riporta, idealmente, al momento antecedente all'unificazione legislativa. Una volta che questa sia realizzata, il reato complesso si pone come una normale ipotesi di unità di reato, i cui problemi di qualificazioni giuridiche multiple seguono la disciplina ordinaria<sup>368</sup>.

Nel predisporre una fattispecie complessa il legislatore non si limita a fondere violazioni di legge concorrenti rideterminando la cornice edittale, ma, per determinare un disvalore d'azione unitario, valorizza il collegamento esistente tra i fatti posti in essere dall'agente<sup>369</sup>. Non a caso, storicamente, il codice Zanardelli prevedeva il reato complesso come un inciso nell'ambito della disciplina dei reati connessi<sup>370</sup>. Il legislatore del 1930 ha manifestato, invece, l'esigenza di dare maggiore vigore ed autonomia a tale figura delittuosa<sup>371</sup>. Parte della dottrina ritiene che tra le singole figure vada riscontrata una vera e propria connessione sostanziale, che, nella maggior parte dei casi, si manifesta quale rapporto di strumentalità,

---

del progetto definitivo del codice, che regolano le ipotesi in cui un'attività intenzionalmente diretta ad un unico evento produce altri eventi non voluti dall'agente; altre norme particolari che elevano a reato unico fatti che costituirebbero più reati, (a tal proposito ne è stato esplicitamente previsto un utilizzo maggiore in raffronto alle analoghe norme contenute nella parte speciale del codice Zanardelli); infine, si ammette la previsione di norme di parte speciale con cui il legislatore, partendo da valutazioni contingenti, determina che l'applicazione della sola norma che prevede la pena più grave sia sufficiente a dare risposta sanzionatoria a tutte le valutazioni di legge realizzate. Questi ultimi casi sarebbero riconoscibili per la presenza della clausola "*salvo che il fatto costituisca reato più grave*".

<sup>366</sup> Ne costituiscono un esempio la violazione di domicilio con violenza sulle cose, l'evasione o provocata evasione con effrazione. A tal proposito MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. sottolinea che tale discorso può valere se si raffronta la predisposizione delle fattispecie complesse con la disciplina del concorso di reati del 1930. Tale asserzione, infatti, potrebbe non essere più vera a seguito della riforma del 1974 relativa al trattamento sanzionatorio del concorso formale, ma, soprattutto, a seguito dell'estensione della disciplina della continuazione alle fattispecie eterogenee.

<sup>367</sup> La rapina costituisce un esempio palese di tale fenomeno.

<sup>368</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. Nonostante tale giusta premessa, però, l'Autore elabora la figura del reato eventualmente complesso e ritiene che costituisca un'ipotesi di concorso apparente di norme alla luce dei rapporti strutturali tra fattispecie in astratto costituendo un'ipotesi di specialità reciproca, come tale rientrabile nell'ambito del concorso apparente di norme. Per l'obiezione a tale impostazione si veda *infra* par. 1.2. Va, inoltre, ribadito che, secondo Mantovani, anche l'art. 84 c.p. si fonda sul principio sostanziale del *ne bis in idem*, quale divieto di punire più volte uno stesso disvalore.

<sup>369</sup> Secondo PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 965, tale vincolo può rivelarsi «nell'unicità del motivo che stimola il volere, nella unità del nesso causale, nell'unità del risultato nel quale convergono le singole condotte poste in essere dal soggetto agente». RANIERI, *Reato complesso*, Milano, 1940, 125 e 129 ss.

<sup>370</sup> L'art. 77 c.p. del 1889, infatti, disponeva che «colui che per eseguire o per occultare un reato, ovvero in occasione di esso, commette altri fatti costituenti essi pure reato, ove questi non siano considerati dalla legge come elementi costitutivi o circostanze aggravanti del reato medesimo, soggiace alle pene da infliggersi per tutti i reati commessi, secondo le disposizioni contenute negli articoli precedenti».

<sup>371</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 138: «In sostanza, l'art. 87 non fa che riprodurre e mettere in miglior luce una disposizione, che il Codice vigente contiene anch'esso, in forma d'inciso, nell'art. 77, svincolandola dal riferimento troppo angusto, e quindi inesatto, al tema dei reati connessi».

secondo alcuni, anche solo putativa<sup>372</sup>. Non è possibile accontentarsi, invece, di un rapporto di mera occasionalità<sup>373</sup>. Non manca chi sottolinea che il collegamento esistente tra le componenti autonomamente illecite può essere costituito anche da un vincolo modale e non strumentale<sup>374</sup>.

Secondo parte della dottrina, il nesso strutturale assume caratteristiche differenti nell'ipotesi dei reati complessi circostanziati, in quanto la legge, in alcuni casi, richiede un nesso teleologico e, in altri, richiede un nesso modale<sup>375</sup>.

In sede processuale, il collegamento esistente tra le componenti illecite del reato complesso diviene oggetto di accertamento da parte del giudice, affinché i fatti siano sussumibili nella fattispecie complessa. Se mancasse il vincolo previsto dal legislatore si incorrerebbe in una normale ipotesi di concorso tra fattispecie semplici. In ogni caso, non è richiesta la contestualità cronologica, essendo possibile che le fasi del reato complesso si realizzino in tempi successivi.

Sul piano del disvalore d'evento, secondo parte della dottrina, il legislatore evidenzia un'unicità di lesione giuridica ritenendo un bene giuridico prevalente sugli altri presi in considerazione dalla fattispecie complessa<sup>376</sup>.

Il *Tatbestand* soggettivo risente delle caratteristiche strutturali del reato complesso, poiché il vincolo esistente tra le componenti illecite, così come l'unico disvalore di evento devono rientrare nell'oggetto del dolo. Se, però, la componente illecita è prevista come circostanza e non come elemento costitutivo, evidentemente essa può essere sorretta anche da un elemento psicologico diverso dal dolo<sup>377</sup>. Per esempio, così avveniva, prima della riforma del 2016 sul danneggiamento, nel caso del ladro che, operando al buio o nella fuga precipitosa, rompe

---

<sup>372</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262. L'Autore, inoltre, sostenendo la tesi della complessità eventuale, ritiene che il rapporto di mezzo a fine che esiste tra le singole fattispecie base può essere anche solo putativo, cioè è ammissibile che sia l'agente a ritenere un illecito strumentale alla realizzazione dell'altro anche se tale rapporto di strumentalità non esiste sul piano obiettivo. Tale assunto appare criticabile perché si rimette ad una mera valutazione dell'agente (e, di conseguenza, all'apprezzamento incerto del giudice) la valutazione dell'unità o pluralità di reati.

<sup>373</sup> *Ivi*, 488 ss. È proprio tale vincolo di strumentalità che consente la rideterminazione della cornice edittale, in modo che essa possa essere più grave rispetto al mero cumulo tra fattispecie base. Si prenda l'esempio della rapina punita d'ufficio, ai sensi dell'art. 628 c.p., con la reclusione da tre a dieci anni oltre la multa, rispetto alle fattispecie base del furto semplice punito a querela di parte, ai sensi dell'art. 624 c.p. con la reclusione da 6 mesi a 3 anni oltre la multa e le percosse punite, ai sensi dell'art. 581 c.p., a querela di parte con la reclusione fino a sei mesi o con la multa. L'aggravamento della cornice edittale, allora, è dovuto al fatto che il legislatore valorizza in un'unica fattispecie il vincolo di connessione esistente tra gli stessi.

<sup>374</sup> PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 212 ss.

<sup>375</sup> Ne sono un esempio, il furto commesso con violenza sulle cose oppure danneggiamento con violenza personale. Sul punto, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 488.

<sup>376</sup> BETTIOL, *Diritto Penale, Parte generale*, Palermo, 1954, 438; MORO, *Unità e pluralità di reati*, 243 ss. per il quale la prevalenza di uno dei beni giuridici considerati dalla fattispecie complessa fa sì che si determini una nuova entità comprensiva del disvalore oggettivo che riassume la vera essenza del reato complesso.

<sup>377</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 272.

determinati oggetti, oppure nel caso del danneggiatore che, nell'usare violenza sulle cose, colpisce distrattamente una persona<sup>378</sup>.

Tutto quanto detto finora attiene ad una nozione ristretta di reato complesso, ma parte della dottrina, ritiene che la complessità possa essere studiata come un fenomeno di più ampia portata. In particolare, accanto alle ipotesi delittuose che costituiscono una vera e propria somma di fatti di reato diversi, esisterebbe una diversa categoria di reati c.d. complessi in senso lato<sup>379</sup>. Questi sarebbero i casi in cui il legislatore prende in considerazione un fatto previsto dalla legge come reato (per esempio la violenza o la minaccia), insieme ad un dato penalmente irrilevante (come un rapporto sessuale), per dare un significato giuridico complessivo ai fatti posti in essere dall'agente.

Molti sarebbero gli argomenti a sostegno della configurabilità dei reati complessi in senso lato a partire dall'inesistenza di ostacoli concettuali o letterali nell'art. 84 c.p.<sup>380</sup>. La Relazione finale alla parte generale del codice del 1930, inoltre, definendo il reato progressivo come una specie del reato complesso, mostrerebbe che il legislatore si è riferito ad una nozione ampia di complessità<sup>381</sup>. Ulteriore argomento a favore di tale classificazione è il raffronto con la disposizione di cui all'art. 68 c.p., che prevede l'applicazione di una sola variazione di pena quando la circostanza è complessa. A tal proposito, si sottolinea che, in realtà, non esistono circostanze complesse in senso stretto; tutte le circostanze presenti nel codice possono, al più, rientrare in una nozione di complesse in senso lato<sup>382</sup>. Deve essere, poi, considerato che la descrizione dei fatti tipici contenuta nell'art. 581 c.p., per *ratio* e concorde opinione, si riferisce a tutti i reati a base violenta, quindi sia a quelli complessi in senso stretto che a quelli complessi in senso lato. La stessa valutazione degli elementi soggettivi del reato complesso circostanziato può risultare utile a corroborare la tesi della sussistenza di una nozione ampia di reato complesso. Se un fatto previsto dalla legge solo come delitto doloso (come il danneggiamento) viene dal legislatore considerato come circostanza aggravante di un reato complesso, ciò vuol dire che esso potrebbe essere realizzato anche con l'elemento psicologico della colpa. In quest'ultimo caso, il reato unico sarebbe il risultato della realizzazione di un

---

<sup>378</sup> Dopo la riforma attuata dal d.lgs. n. 7 del 2016, infatti, il danneggiamento è punibile solo se attuato con violenza o con minaccia alla persona.

<sup>379</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 537 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 272 ss.

<sup>380</sup> Il primo comma dell'art. 84 c.p., infatti, definisce reato complesso l'ipotesi in cui «la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato a legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato». L'uso del singolare «reato», che si ripete anche nell'art. 170 c.p., consentirebbe di affermare che, per aversi un reato complesso basta che la fattispecie inglobi nella sua sfera di applicazione anche un solo illecito diverso. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 282 ss.

<sup>381</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132.

<sup>382</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 273.

fatto penalmente rilevante (come il furto), più un fatto atipico (danneggiamento colposo). La dottrina maggioritaria ha risposto seccamente a tutte queste argomentazioni, ritenendo inammissibile la riconduzione di tali ipotesi al fenomeno di deroga al concorso di reati di cui all'art. 84 c.p.<sup>383</sup>. Esse andrebbero, più precisamente, ricondotte alla mera relazione di specialità.

Prima di prendere posizione rispetto alla categoria dei reati complessi in senso lato, occorre comprendere la funzione della sua elaborazione. Essa si è rivelata funzionale, innanzitutto, a giustificare l'applicazione di una sola sanzione anche nelle ipotesi di specialità unilaterale tra fattispecie che tutelano beni giuridici diversi. Se, infatti, nella relazione finale al codice penale, si faceva riferimento ad una specialità operante solo tra fattispecie poste a tutela di uno stesso bene giuridico, la nozione di reato complesso in senso lato poteva giustificare un assorbimento sanzionatorio tra fattispecie eterogenee quali la violenza carnale (come prevista prima della riforma del 1996) rispetto alla violenza privata, oppure l'oltraggio rispetto all'ingiuria<sup>384</sup>. Questi aspetti risultano, ormai, superati essendo pacifico che l'identità di bene giuridico è irrilevante ai fini del riscontro della relazione di specialità unilaterale, sia essa per specificazione o per aggiunta<sup>385</sup>.

La nozione ampia di reato complesso in senso lato è, però, utile anche a quella parte della dottrina che sostiene l'ammissibilità di un reato eventualmente complesso, poiché spesso, in tali casi, la norma finirebbe per contenere un solo elemento autonomamente qualificabile come illecito<sup>386</sup>. Per il suo stretto collegamento con il problema dei rapporti tra l'art. 84 c.p. e

---

<sup>383</sup> Per tutti, PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 1996, 212.

<sup>384</sup> Questi esempi sono riportati, quali casi di complesso in senso lato, da PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 966. Anche l'oltraggio, infatti, altro non sarebbe se non un caso di ingiuria a cui si aggiunge il dato, penalmente neutro, della qualità del soggetto offeso. Tale argomentazione è esplicita anche in MANTOVANI, *Diritto penale, Concorso e conflitto di norme*, cit., 263 ss., per il quale la necessità di una nozione ampia di reato complesso sarebbe comprovata da ragioni di simmetria sistematica. Sia il reato complesso in senso stretto e che quello in senso lato, infatti, corrispondono alla identica relazione di specialità per coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo (cioè quella relazione che, più comunemente, si definisce come specialità unilaterale per aggiunta). L'art. 84 c.p., allora, avrebbe come propria *ratio* quella di ammettere l'unità di reato anche in ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta, a differenza dell'art. 15 c.p. che, invece, ammette l'unità di reato in tutti i casi di coincidenza tra fattispecie e sottofattispecie (più comunemente definiti come casi di specialità unilaterale per specificazione). Su tali nozioni e su tali rapporti strutturali si rinvia a quanto detto nel Cap. I, par. 4.1, nota 163.

<sup>385</sup> La dottrina prevalente obietta, infatti, più correttamente inquadrabili in un rapporto di specialità piuttosto che in un rapporto di consunzione. Così FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 639 ss., sostengono che i casi di reato complesso in senso lato sembrano rientrare, più propriamente, in un generale caso di specialità *ex* art. 15 c.p., piuttosto che in una relazione di assorbimento. L'operatività di quest'ultimo principio ai sensi dell'art. 84 c.p., infatti, sembra presupporre la rilevanza penale di diverse figure di reato autonomo. Analogamente FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 692 ritengono, che partendo dal presupposto che la *ratio* dell'art. 84 c.p. è quella di evitare un concorso di reati, non si comprende per quale motivo si voglia parlare di complessi in senso lato, potendosi risolvere la questione attraverso il ricorso al principio di specialità.

<sup>386</sup> Si pensi all'ipotesi della truffa rispetto ad un reato di falso. La fattispecie di cui all'art. 640 c.p. si limita a richiedere che la disposizione patrimoniale avvenga per l'effetto di artifici e raggiri. Qualora quest'ultimi fossero realizzati attraverso l'uso di un documento falso, ammettendo la nozione di reato eventualmente complesso, la truffa finirebbe per contenere un unico elemento illecito e sarebbe, quindi, un reato eventualmente complesso in senso lato.

il concorso apparente di norme, si rinvia alle argomentazioni successive per l'obiezione a tale impostazione.

Problemi particolari si pongono in tema di tentativo<sup>387</sup>. Secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, si ha un unico tentativo di reato complesso, sia quando entrambe le componenti illecite non sono portate a consumazione, sia quando ne venga consumata solo una. Si realizza un'ipotesi di concorso apparente di norme da risolvere nel senso della validità del tentativo di reato complesso, qualora venga riscontrata la sussistenza del collegamento finalistico ed oggettivo tra gli illeciti. Ancora una volta il reato complesso circostanziato induce a riflettere su alcuni aspetti particolari, coinvolgendo la distinzione tra tentativo di delitto circostanziato e tentativo circostanziato di delitto. Secondo parte della dottrina si verifica il tentativo del reato complesso circostanziato quando resta allo stadio del tentativo l'azione costitutiva del reato che nello schema complesso è la circostanza aggravante<sup>388</sup>.

### 1.1 L'unificazione di violazioni plurime e i suoi limiti

Se le definizioni circa il reato complesso sembrano alquanto pacifiche, nella pratica non è semplice comprendere come operi l'unificazione (o, se si preferisce, l'assorbimento) delle plurime violazioni di legge. Il problema si sviluppa sia sul piano della differenziazione della fattispecie complessa dalle altre fattispecie eterogenee, sia su quello dei limiti della sua *vis attractiva*<sup>389</sup>. In altri termini, occorre comprendere se un reato può essere, effettivamente, considerato elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro ai sensi dell'art. 84 c.p. (come avviene, ad esempio, nei rapporti tra una fattispecie di falso e la truffa) e cosa accade quando l'agente supera i limiti della fattispecie complessa, realizzando fatti che, per disposizione del legislatore, non sono in essa assorbiti (per esempio, nel caso in cui la violenza adoperata durante una rapina determini la morte dell'offeso).

---

<sup>387</sup> Per un'analisi approfondita del dibattito dottrinale sul punto, nonché sul concorso di persone nel reato complesso, si rinvia a SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino 2006, 45 ss.

<sup>388</sup> PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 967 ss., aggiunge che il tentativo del reato aggravato è ammissibile secondo i principi generali il tentativo di reato complesso.

<sup>389</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 3-4, che, paragonando il reato ad una monade, riteneva che esso dovesse tanto essere studiato negli elementi che, verso l'esterno, lo differenziano dalle altre fattispecie, tanto negli elementi che, verso l'interno, ne delimitano l'ambito di applicazione. L'Autore rielabora in questi termini la lezione di CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, 219 il quale distingueva gli elementi qualitativi e quantitativi del reato per comprendere fino a che punto esso sia idoneo ad attrarre nel suo ambito di validità tutti i fatti della realtà che sono sottoposti all'attenzione del giudice. A tal proposito si precisa che l'analisi dei limiti quantitativi o degli aspetti interni della fattispecie è una questione che, secondo tali Autori, riguarda i problemi di concorso di reati omogenei, ma essa appare porsi in termini analoghi quando si tratta di analizzare i limiti dell'unificazione legislativa di violazioni di legge plurime. Non a caso, emerge nel lessico giurisprudenziale l'espressione continenza per riferirsi ai problemi di unità o pluralità di reati omogenei. Su quest'ultimo con i relativi riferimenti giurisprudenziali VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 267 ss. Poiché il reato complesso si compone di fatti tra loro eterogenei si tratta, quindi, di comprendere fino a che punto opera l'assorbimento e quando, invece, i fatti devono essere qualificati alla luce di una fattispecie diversa per il superamento di detti limiti.

Giova ricordare, preliminarmente, quanto detto in materia di concorso apparente di norme e, in particolare, di *ne bis in idem* sostanziale. La disciplina del reato complesso conferma che tale principio non può essere inteso come divieto di punire, più volte, uno stesso disvalore, perché il legislatore manifesta la propria discrezionalità nell'unificare -o meno- violazioni di legge plurime in un unico fatto complesso e, quindi, nel considerarle -o meno- espressive di un disvalore unitario. Ne sono prova gli articoli del codice penale che limitano gli effetti della fusione tra componenti illecite. Ci si riferisce all'art. 301 co. 1 e 2 c.p. che, esplicitamente, esclude l'applicazione dell'art. 84 c.p. nei casi in cui l'offesa alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore del Presidente della Repubblica e di altri soggetti tassativamente indicati è considerata elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato. Tale articolo conferma, *a contrario*, che, in seguito all'unificazione legislativa, nessuna delle norme componenti può produrre autonome conseguenze giuridiche, salvo che intervenga una norma di legge che sciolga questa unificazione. Allo stesso modo, si consideri l'art. 581 c.p. secondo il quale, quando la legge fa riferimento alla violenza come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato, sono comprese le percosse, ma se queste si tramutano in una lesione personale, anche lievissima, non è possibile qualificare il fatto come un disvalore unitario. In quest'ultimo caso la legge stessa fissa il limite all'assorbimento tra violazioni illecite.

Comprendere se una violazione di legge è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso è un'analisi della struttura della fattispecie preliminare rispetto a quella del concorso apparente di norme. Prima ancora di vedere i rapporti di una fattispecie con le altre, infatti, occorre comprendere quali siano i suoi elementi normativi o descrittivi e, quindi, quali fatti rientrino, astrattamente, nella sua sfera di validità e applicazione.

La giurisprudenza sembra affidarsi, ancora una volta, al criterio dell'identità o meno del bene giuridico tutelato<sup>390</sup>. Tale parametro, come si è detto, si rivela inappropriato rispetto al concorso apparente di norme, dal momento che la mancata convergenza su di uno stesso fatto deriva dall'esistenza di un certo rapporto strutturale tra le fattispecie o, comunque, dall'esistenza di una disposizione che consenta di ricondurre il fatto alla sfera di validità di un'unica norma. L'inadeguatezza di tale criterio è ancora più evidente nel caso del reato complesso, il quale, per definizione, combina reati tra loro eterogenei e che ben possono essere posti a tutela di beni giuridici differenti.

La dottrina che aderisce ad un'impostazione rigorosamente formalistica, ritiene che solo le fattispecie che, espressamente, sono considerate elementi del fatto complesso o sue

---

<sup>390</sup> Secondo Cass., sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 3359 che, seguendo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, ha escluso la configurabilità di un reato complesso circostanziato tra il delitto di omicidio colposo aggravato e l'art. 186 c.d.s., la finalità del reato complesso è quella di «garantire un trattamento sanzionatorio equo nel caso in cui un reato smarrisca la propria autonomia fondendosi in un altro».

aggravanti, possono essere assorbite ai sensi dell'art. 84 c.p. Diversamente opinando, si introdurrebbe un elemento di forte incertezza nel sistema, che condurrebbe a degli esiti paradossali. Si dovrebbe considerare, ad esempio, che l'art. 575 c.p. sull'omicidio, in quanto reato a forma libera, sarebbe, di per sé, idoneo ad assorbire tutte le modalità illecite attraverso le quali un soggetto può cagionare la morte di un uomo<sup>391</sup>. Pertanto, anche se è vero che ogni reato complesso, in quanto fattispecie espressiva di un disvalore unitario, richiede l'esistenza di un rapporto di strumentalità o un rapporto modale tra componenti illecite, non può essere valida l'affermazione contraria.

Esasperando tali osservazioni, la giurisprudenza nega che una violazione di legge possa essere considerata unificata in una fattispecie complessa se la norma in questione non vi si riferisce specificamente, ma si rivolge, indistintamente, ad una categoria di illeciti<sup>392</sup>.

Autorevole dottrina, invece, partendo dalla considerazione che le fattispecie che prevedono esplicitamente un illecito come elemento costitutivo o come circostanza aggravante un autonomo illecito sono in un numero esiguo, ritiene che l'art.84 c.p. preveda l'assorbimento non solo delle violazioni espressamente indicate nella fattispecie complessa, ma anche di quelle solo eventualmente comprese in essa<sup>393</sup>. Nel raffronto strutturale tra fattispecie in astratto, tale impostazione dottrinale sottolinea che ci sono alcune fattispecie di reato che, sebbene non siano un elemento necessario di un'altra fattispecie, possono essere considerate un elemento particolare di questa, cioè una sua specifica modalità di realizzazione. In alcuni

---

<sup>391</sup> DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 76 e 77: «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». In senso conforme FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 646 ss., per i quali l'idea di un reato complesso solo in concreto sembra incompatibile con la stessa *ratio* dell'art. 84 c.p. L'assorbimento realizzato con la fattispecie complessa tra due figure criminose distinte è cosa ben diversa dal fatto che, nel caso concreto, la consumazione di un reato possa costituire la modalità esecutiva di un altro. Tale aspetto sembrerebbe, più che altro, riferirsi a fattispecie eterogenee in connessione teleologica o in continuazione.

<sup>392</sup> Così la citata Cass., sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 3359 in materia di concorso tra l'omicidio colposo aggravato e l'art. 186 c.d.s. Ciò, non solo perché le due norme si pongono evidentemente a tutela di beni giuridici completamente diversi (vita e incolumità pubblica), ma anche e soprattutto perché l'art. 84 c.p. esige l'unione di fattispecie autonomamente valutabili come fatti di reato e così non è per l'art. 589 c.p. aggravato. Questo, infatti, riferendosi genericamente alla violazione di norme del codice stradale, non distingue tra ipotesi sanzionate amministrativamente e contravvenzioni con ciò dimostrando che il legislatore non ha inteso la fattispecie come una fattispecie complessa. Si aggiunge, inoltre, che l'84 c.p. presuppone che il reato assorbito abbia un legame causale con carattere di immediatezza con quello con cui si fonde. Pertanto, trattandosi di una contravvenzione posta in essere precedentemente rispetto all'omicidio colposo, questa non può essere assorbita in una fattispecie complessa. Conf., sul punto, Cass. 30 novembre 2012 n. 46441. Tali argomentazioni appaiono alquanto fragili considerando, tra l'altro, che già nel 2008 era intervenuta la riforma che ha aggravato le pene dell'omicidio colposo per il fatto commesso dal soggetto che era alla guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope. Non si comprende, quindi, quali motivi possano indurre ad ignorare in modo così evidente le scelte di unificazione espresse dal legislatore, in palese violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Probabilmente, al di là dell'argomento della diversità del bene giuridico, sorge la preoccupazione di non neutralizzare l'effetto deterrente perseguito dalla riforma.

<sup>393</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss.

casi l'illecito rappresenta proprio la normale modalità di esecuzione di un altro reato. L'uso di valori di bollo contraffatti di cui all'art. 464 c.p., per esempio, può essere considerato una particolare modalità di realizzazione degli artifici e raggiri che, ai sensi dell'art. 640 c.p., sono un elemento costitutivo della fattispecie di truffa. Sebbene quest'ultima sia stata prevista dal legislatore come una fattispecie semplice, allora, essa si può presentare, nel caso concreto, come una fattispecie complessa. Il reato eventualmente complesso presuppone l'ammissibilità della categoria del reato complesso in senso lato, perché spesso accade che tali reati eventualmente complessi finiscano per assorbire un solo elemento autonomamente valutabile come illecito. Interpretato in questi termini, l'art. 84 c.p. confermerebbe la validità del principio del *ne bis in idem* sostanziale perché sarebbe vietato sanzionare due volte uno stesso disvalore, ora come fattispecie singola e ora come elemento particolare indispensabile alla configurazione della fattispecie complessa.

Le ragioni che inducono ad accettare la configurabilità dei reati eventualmente complessi sono, innanzitutto, le stesse poste a fondamento della categoria dei reati complessi in senso lato, nonché una generale esigenza di armonizzazione del sistema. In secondo luogo, l'art. 131 c.p., relativo alla procedibilità d'ufficio di una componente illecita del reato complesso, senza il riferimento alla complessità eventuale, non avrebbe alcun senso e significato. Per le fattispecie necessariamente complesse, infatti, o è stabilita esplicitamente una procedibilità a querela di parte, oppure il reato segue la disciplina generale della procedibilità d'ufficio. Inoltre se l'art. 68 c.p. è pacificamente esteso alle circostanze eventualmente complesse, non vi sono motivi per non interpretare nel medesimo modo anche l'art. 84 c.p.

Difficile da superare è l'argomento per cui, a prescindere dall'accoglimento o meno di tale categoria, la dottrina e la giurisprudenza fanno entrare nell'ambito delle fattispecie complesse ipotesi che, in realtà, sono solo fattispecie eventualmente complesse. Accanto alle fattispecie a base violenta che sono esplicitamente complesse<sup>394</sup>, esistono fattispecie a base violenta che, in realtà, sono solo eventualmente complesse, ma vengono fatte rientrare pacificamente nell'ambito di applicazione dell'art. 84 c.p.<sup>395</sup>. Se, poi, si considera che, quando una fattispecie si riferisce alla violenza, essa non si riferisce alla fattispecie della violenza privata, bensì ad un concetto che può essere integrato da una serie di atti variegati che possono avere un significato illecito autonomo (come le percosse, le minacce, lo stato di incapacità procurato

---

<sup>394</sup> Ne costituiscono esempi la violenza sessuale *ex art* 609 bis c.p., la rapina *ex art* 628 c.p., l'oltraggio a magistrato in udienza commesso con violenza o minaccia *ex art* 343 co. 3 c.p. o l'evasione con violenza o minaccia nei confronti delle persone *ex art* 385 co. 2 c.p.

<sup>395</sup> Secondo MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 488, rientrano in tale categoria l'attentato al Presidente della Repubblica *ex art* 276 c.p., l'offesa alla libertà del Presidente della Repubblica *ex art* 277 c.p., la strage *ex art* 422 c.p., l'abuso correzione mezzi correzione e disciplina *ex art* 571 c.p., i maltrattamenti in famiglia *ex art* 572 c.p., l'omicidio *ex art* 575 c.p., l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale *ex art* 578 c.p., la lesione personale *ex art* 582 c.p., la rissa *ex art* 588 c.p., il sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art* 630 c.p.

mediante violenza, l'ipnotizzazione, la narcotizzazione *et similia*), oppure potrebbero essere penalmente irrilevanti (come la chiusura momentanea in una stanza, uno spintone o degli spari con un'arma giocattolo), allora si comprende che tutte le fattispecie a base violenta sono, in realtà, solo eventualmente complesse. Quindi, anche una fattispecie come la rapina, a seconda delle concrete modalità di manifestazione può essere realizzata come fattispecie eventualmente complessa in senso lato, per esempio nel caso di una rapina mediante uso di violenza in sé non punibile.

Lo stesso art. 581 c.p. che viene considerato come una norma in materia di reati necessariamente complessi, dovrebbe essere riferito, in realtà, ad una nozione ampia di reato complesso. Il secondo comma, infatti, stabilisce l'assorbimento delle percosse nei casi in cui nei reati a base violenta, ma esse costituiscono solo una delle possibili modalità di realizzazione di una violenza.

Occorre, poi, riflettere sul fatto che questa nozione di complessità eventuale sarebbe ammissibile in applicazione diretta del principio del *ne bis in idem* che impedisce che uno stesso fatto possa essere punito più volte<sup>396</sup>. Utilizzata in questi termini, l'espressione *ne bis in idem* è ambigua. La disciplina sul concorso di reati evidenzia che è ben possibile che uno stesso fatto (inteso in senso naturalistico, ma anche in senso tipico) sia punito più volte, perché è elemento costitutivo di reati diversi. Si tratta, piuttosto, di comprendere se le diverse violazioni di legge devono essere considerate come unificate legislativamente, oppure se possono essere ricondotte ad unità attraverso criteri di concorso apparente di norme.

Tale nozione ampia di reato complesso, se da un lato consente di procedere a qualificazioni giuridiche proporzionate e che rispondano ad un sostanziale senso di giustizia, dall'altro sembra consentire al giudice di sostituirsi al legislatore nella valutazione dell'unitarietà del disvalore del fatto. L'esistenza di un collegamento strumentale o modale tra reati non è, di per sé, oggettivamente indicativo di un maggiore o minore disvalore e di questo ne sono testimonianza anche l'aggravante della connessione tra reati e la disciplina della continuazione<sup>397</sup>. Solo il legislatore, allora, può valutare i fatti realizzati come espressivi di un disvalore unitario tale da meritare un'autonoma e unica risposta sanzionatoria.

---

<sup>396</sup> In questo senso dovrebbero essere interpretati anche i rapporti tra i reati contro la fede pubblica e la fattispecie di truffa (prevista, in astratto, come fattispecie semplice).

<sup>397</sup> Tali istituti, pur essendo difficilmente distinguibili tra loro, determinano l'una un aggravamento, l'altro una mitigazione del trattamento sanzionatorio. Sul punto si rinvia a Cap. III, par. 5.3. Lo stesso MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. afferma che il legislatore può scegliere discrezionalmente lo strumento che più ritiene opportuno per valorizzare, in termini di aggravamento o di mitigazione del trattamento sanzionatorio, il collegamento esistente tra varie violazioni: il reato complesso, il reato abituale (specie se improprio) e il reato continuato. Secondo l'Autore, tali ipotesi rientrano nella più generale categoria dei reati a struttura complessa.

La stessa lettura dell'art. 84 c.p., affermando che è la legge che deve stabilire che un reato sia previsto come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, escludendo il concorso di reati, sembra richiamare la rigorosa applicazione dei principi di legalità e di certezza del diritto.

Proprio la riflessione sul trattamento sanzionatorio predisposto per i reati complessi, può suggerire altri spunti di riflessione. Si è detto che la fattispecie complessa, nella maggior parte dei casi, prevede un'autonoma cornice edittale che, raffrontata alle fattispecie base, comporta una mitigazione o un aggravamento del cumulo tra le rispettive sanzioni proprio in virtù dell'esistenza del vincolo sostanziale tra reati. Vi è, quindi, una differenza tra la sanzione prevista per il reato complesso e la sanzione prevista per le fattispecie base. Nelle ipotesi residue, per disposizione dell'art. 84 c.p., il legislatore chiede all'interprete di ricavare la sanzione per il reato complesso tenendo presente quella prevista per le fattispecie base. Ammettere l'esistenza di un reato eventualmente complesso in senso lato, invece, porterebbe, di fatto, ad un assorbimento sanzionatorio nella fattispecie più ampia, a prescindere dalla sua maggiore o minore gravità rispetto alla fattispecie assorbita e non sembra che tale conclusione sia ammissibile in assenza di una previsione espressa del legislatore, come avviene, invece, nel caso dell'art. 68 co. 2 c.p. in relazione alle circostanze complesse.

Come si è detto, inoltre, l'introduzione dell'art. 131 c.p. è stata spiegata dallo stesso legislatore; tale articolo, insieme all'art. 170 c.p., non è altro che una conseguenza del carattere unitario del reato complesso.

L'art. 84 c.p. e gli articoli ad esso collegati, quindi, indurrebbero a limitare la nozione di reato complesso solo ai casi c.d. di complessità in senso stretto. Ciò sarebbe confermato dal raffronto tra la precisione della definizione di reato complesso contenuta nell'art. 84 c.p. e l'elasticità della definizione di circostanze complesse *ex art.68 c.p.* che, invece, sembra richiamare criteri di valore<sup>398</sup>.

Non è possibile accantonare facilmente, però, la riflessione sui citati casi di pacifica qualificazione unica dei reati a base violenta anche quando la fattispecie non è tecnicamente prevista come una fattispecie complessa, ma soprattutto il dato di fatto che, nella relazione finale alla parte generale del codice, il reato progressivo viene definito una specie del reato complesso. I due fenomeni, quindi, vengono posti sullo stesso piano. In assenza di norme che, direttamente o indirettamente, si riferiscano al reato progressivo, si è costretti a dedurre che, per il legislatore del 1930, anche il reato progressivo possa rientrare, in qualche modo, nella disciplina dell'unificazione legislativa di plurime violazioni di legge prevista per il reato

---

<sup>398</sup> Si veda, *infra*, par. 2.

complesso. Poiché, però, il reato progressivo copre dei casi in cui non è possibile riscontrare una complessità in senso tecnico, occorre comprendere cosa il legislatore volesse dire ponendo a paragone i due istituti.

Sul piano del superamento dei limiti dell'assorbimento, la giurisprudenza afferma che, quando l'agente realizza fatti che esorbitano dalla fattispecie complessa, questa concorre formalmente con la fattispecie semplice<sup>399</sup>. Così facendo, però, tale concorso di reati sembrerebbe costituzionalmente illegittimo per violazione dei limiti del *ne bis in idem* sostanziale, inteso come stessa offesa ad uno stesso bene giuridico alla quale sono riconducibili una pluralità di conseguenze sanzionatorie<sup>400</sup>.

Il problema non sembra del tutto sconosciuto al legislatore, il quale all'art. 301 co. 3 c.p., in materia di concorso dei delitti contro lo Stato con altri reati, prevede lo scioglimento della fattispecie complessa, «quando l'offesa alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore è considerata dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato». In tali casi all'agente vengono applicate pene distinte secondo le ordinarie regole del concorso di reati.

Autorevole dottrina, cogliendo tali aspetti, ritiene ammissibile, *de iure condito*, un'applicazione analogica dell'art. 301 co. 3 c.p., dal momento che tale articolo costituisce un'espressione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, che fonda l'intera materia della convergenza reale o apparente di norme<sup>401</sup>. L'applicazione immediata di tale criterio può, però, portare a degli esiti paradossali, perché è possibile che il concorso tra le fattispecie dia luogo ad una risposta sanzionatoria inferiore a quella della stessa fattispecie complessa<sup>402</sup>. A

---

<sup>399</sup> Ne costituisce un chiaro esempio il concorso tra la rapina e l'omicidio volontario o preterintenzionale, all'esito di una rapina; così, *ex multis*, Cass. sez. II, 23/09/2016 - 15/11/2016, n. 48258. Sul punto la giurisprudenza esclude che l'evento lesivo della morte possa essere qualificato ai sensi dell'art. 586 c.p., quindi come morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, dal momento che tale fattispecie, secondo l'interpretazione prevalente, si configura solo laddove l'altro delitto doloso sia diverso dalle percosse o dalle lesioni personali. In tali ultimi casi, come nell'ipotesi della rapina, il soggetto vuole sin dall'origine realizzare un delitto contro l'incolumità individuale. Su tale ultimo punto, Cass. Sez. 5, n. 21002 del 20/04/2015, dep. 20/05/2015, Rv. 263712, Cutrufello.

<sup>400</sup> Nell'esempio riportato nella nota precedente, l'offesa all'integrità personale realizzata tramite le percosse viene considerata, una volta, elemento costitutivo della rapina e una volta, invece, *incipit* della consumazione dell'omicidio preterintenzionale. Sulla nozione di *ne bis in idem* sostanziale a cui si aderisce in questa sede, *supra* Cap. I, par.

<sup>401</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 489. Nell'esempio riportato in precedenza si potrebbero qualificare i fatti come omicidio in concorso con

<sup>402</sup> Così DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 77. Si pensi alla possibilità che la fattispecie della rapina, punita con la reclusione da 3 a 10 anni oltre la multa, venga sciolta per qualificare il fatto come furto, punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni oltre la multa con l'omicidio colposo punito con la reclusione da 6 mesi a cinque anni, ai sensi dell'art. 589 c.p. Lo stesso cumulo materiale di entrambi i reati considerati nel loro limite massimo è inferiore al massimo previsto per la rapina. Vero è che tali effetti potrebbero non verificarsi seguendo l'impostazione della giurisprudenza prevalente, che, valorizzando la prevedibilità dell'evento quale esito dell'aggressione all'incolumità individuale, qualifica la morte a seguito di una rapina come omicidio preterintenzionale. Così Cass., sez. II, 23/09/2016 - 15/11/2016, n. 48258. In ogni caso, è evidente come

tale obiezione, si risponde affermando che le fattispecie base potrebbero essere contestate, aggravate dal vincolo della continuazione e, in ogni caso, con il limite sistematico di una pena non inferiore a quella prevista per il reato complesso<sup>403</sup>. Se, però, non è possibile la scomposizione per tornare alla qualificazione delle fattispecie base, si deve almeno tentare di modulare la risposta sanzionatoria facendo leva sui parametri previsti dall'art. 133 c.p. e occorre evitare la contestazione della connessione teleologica, perché questo legame sostanziale è già stato computato dal legislatore nella determinazione della pena per il reato complesso.

*De iure condito*, tale soluzione appare difficilmente accettabile. Se lo scioglimento della complessità appare una scappatoia utile, dal punto di vista pratico, rispetto ai rischi di violazione del *ne bis in idem* sostanziale, l'applicazione di un aumento di pena in virtù di un limite sistematico sembra andare eccessivamente al di là delle indicazioni date dal legislatore. Si ritiene, pertanto, che tale criterio non possa costituire una regola certa che possa essere applicata, senza esitazioni ed oscillazioni, dalla giurisprudenza.

Sarebbe, allora, auspicabile che, nel rispetto dei principi generali di legalità e di certezza del diritto, fosse lo stesso legislatore a regolare i casi di superamento dei limiti dell'assorbimento. Ciò potrebbe avvenire o regolando tali ipotesi caso per caso, proprio come nell'ipotesi di cui all'art. 301 co. 3 c.p., quantomeno in relazione a reati (quali la rapina) in cui è prevedibile il possibile sconfinamento in una diversa e più grave ipotesi delittuosa, oppure prevedendo una norma di parte generale che, traendo spunto dalle corrette osservazioni della dottrina, stabilisca una regola per tutti i casi in cui si può riscontrare, in concreto, un problema di violazione di *ne bis in idem* sostanziale.

## **1.2 I rapporti tra la fattispecie complessa e le fattispecie base**

Nel valutare il reato complesso come ipotesi di concorso apparente, si ribadisce la necessità di distinguere nettamente la determinazione legislativa della fattispecie complessa dai rapporti che questa ha rispetto alle fattispecie base<sup>404</sup>.

Quest'ultimi sembrano caratterizzati da un rapporto strutturale di c.d. specialità unilaterale per aggiunta, dal momento che la fattispecie complessa comprende tutti gli elementi strutturali

---

l'adozione di una soluzione del genere potrebbe portare forti incertezze e oscillazioni giurisprudenziali nelle operazioni di sussunzione giuridica.

<sup>403</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 489: «il disvalore complessivo e la conseguente sanzione di un reato, risultante dalla fusione di più reati, non possono essere inferiori al disvalore e alla sanzione del singolo reato componente».

<sup>404</sup> Conf. PIACENZA, *Il reato complesso*, cit. 966, secondo il quale il reato complesso «costituendo un caso di unificazione legislativa è una fattispecie del tutto distinta da quella dei relativi componenti».

della fattispecie base, oltre alcuni elementi che quest'ultima non prevede<sup>405</sup>. Alla luce di tutto quanto affermato a proposito del concorso apparente di norme, a nulla rileva che tali elementi aggiuntivi avrebbero, astrattamente, un autonomo significato illecito. Secondo il moderno modo di concepire i rapporti di specialità, allora, si determina un concorso apparente di norme ai sensi dell'art. 15 c.p. e la fattispecie complessa finisce per essere l'unica valida ed applicabile al caso di specie<sup>406</sup>.

Lo stesso dicasi per le ipotesi di complesso circostanziato, rispetto alle quali la circostanza si pone come elemento speciale rispetto alla fattispecie base che prevede lo stesso fatto illecito. Secondo parte della dottrina, se anche si volesse considerare che gli elementi della circostanza e della norma che la prevede come autonomo fatto di reato fossero perfettamente identici, comunque l'esistenza del collegamento modale o strutturale tra illeciti, valorizzato dal legislatore, sarebbe idoneo a costituire l'elemento specializzante rispetto all'ipotesi non complessa<sup>407</sup>.

Interpretando l'art. 84 c.p. come una norma sul concorso apparente di norme, dottrina risalente ha sottolineato che il reato complesso è una figura in rapporto di alternatività rispetto al concorso formale di reati dal momento che, in entrambi i casi, si tratterebbe di un unico fatto che viola più norme. Nel concorso ideale, tali violazioni costituirebbero reati effettivamente concorrenti a causa del rapporto di interferenza tra fattispecie, mentre, nel caso del reato complesso, la volontà del legislatore costituirebbe, normativamente, un reato unico<sup>408</sup>.

Tale osservazione, apparentemente innocua, sembra contenere un'imprecisione che può far insorgere delle ambiguità. Sul piano dell'unificazione legislativa, l'art. 84 c.p. si può benissimo porre come deroga al concorso tra fattispecie che, in sua assenza, dovrebbero essere qualificate come reati in concorso materiale e non formale<sup>409</sup>. Solo ad unificazione

---

<sup>405</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 488, invece, definisce tale rapporto come coincidenza tra fattispecie (per esempio il furto) ed elemento costitutivo di altra fattispecie (per esempio la sottrazione patrimoniale nella rapina). Tale rapporto strutturale rientra nell'ambito della specialità reciproca e, quindi, consente di riscontrare un concorso apparente di norme. Il medesimo rapporto, però, sarebbe riscontrabile anche nelle fattispecie complesse in senso lato, perché anche in queste ipotesi c'è una fattispecie (per esempio la violenza privata) che coincide con un elemento costitutivo di altra fattispecie (per esempio, la violenza sessuale).

<sup>406</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 270; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit. 243 ss. Così anche PIACENZA, *Il reato complesso*, cit., 965 per il quale l'applicazione del principio di specialità consente di ricomprendere il fatto nell'ambito di validità della fattispecie maggiormente comprensiva. Sul punto anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 538 ss. ritiene che tanto i casi di reato complesso in senso stretto quanto quelli di reato complesso in senso lato, siano un esempio di concorso apparente di norme, in virtù del principio di specialità contemplato dall'art. 15 c.p. L'Autore, quindi, ritiene che il principio di specialità, secondo la sensibilità moderna, vada riscontrato prescindendo dall'identità del bene giuridico protetto dalle norme concorrenti.

<sup>407</sup> PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 212 ss.

<sup>408</sup> Ci si riferisce in particolare a MORO, *Unità e pluralità di reati*, 240 ss.

<sup>409</sup> Nel più celebre esempio di reato complesso, la rapina, non sembra infatti che si possa dire che la violenza e il furto siano in rapporto di concorso ideale, trattandosi di due azioni consecutive e connesse teleologicamente,

avvenuta, si può affermare che uno stesso fatto viola più norme, tanto nell'ipotesi del concorso formale, che in quella del reato complesso<sup>410</sup>. Questa osservazione, però, non assume alcun carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale del concorso apparente di norme.

Sulla base di queste osservazioni, allora, l'art. 84 c.p. non sembra introdurre nulla di nuovo e nessuna deroga rispetto a quanto affermato dall'art. 15 c.p. e, più in generale, rispetto alla disciplina generale delle qualificazioni giuridiche multiple<sup>411</sup>. Valorizzando questo aspetto, *de iure condendo*, la maggior parte delle Commissioni istituite per la revisione del codice penale non ha ritenuto opportuna la riproposizione di una norma *ad hoc* per il reato complesso<sup>412</sup>.

Parte della dottrina, non arrendendosi all'idea che l'art. 84 c.p. possa essere una norma inutile, ha tentato di attribuire a tale disposizione un significato ulteriore e diverso.

Del criterio di consunzione si è già detto in proposito delle teorie pluralistiche in materia di concorso apparente di norme<sup>413</sup>. I sostenitori della consunzione espressa e tacita, traggono spunto proprio dalla disciplina del reato complesso per affermare che, a prescindere dall'espressa previsione legislativa, non è ammissibile un concorso di reati quando il disvalore di un fatto è assorbito in una delle fattispecie che vengono in discussione. L'art. 84 c.p., infatti, non sarebbe altro che una conferma della vigenza del principio del *ne bis in idem sostanziale*.

A conclusioni, a bene vedere, non troppo difformi giunge quella dottrina che ammette l'esistenza del reato eventualmente complesso. Anche questa impostazione, infatti, giustifica l'unificazione delle plurime violazioni di legge in una fattispecie non esplicitamente prevista dal legislatore come complessa, in virtù del citato principio del *ne bis in idem sostanziale*. La differenza rispetto alle tesi pluralistiche, consiste nella giustificazione dell'esistenza di un concorso apparente di norme in virtù di un criterio strutturale e non di valore. Il rapporto tra fattispecie base (per esempio, l'uso di valori contraffatti) e la fattispecie eventualmente

---

ma pur sempre separate. Addirittura è possibile, che le due azioni siano realizzate da naturalistico, la sottrazione patrimoniale viene realizzata con la stessa azione della violenza, potendo le stesse, addirittura, essere realizzate da due soggetti diversi in concorso.

<sup>410</sup> Per esempio, così come con una stessa azione è possibile ferire Tizio ed uccidere Caio, violando sia l'art. 582 c.p., che l'art. 575 c.p., così un soggetto, nell'ambito di una rapina, con le stesse percosse viola tanto l'art. 581 c.p. che l'art. 628 c.p. Si avrà modo di spiegare, infatti, che l'azione unica nel concorso formale di reati deve essere intesa come identità di atti esecutivi. Sul punto Cap. III, par. 3.

<sup>411</sup> Conf. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 74. Si veda, sul punto PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit., 212 ss. il quale ritiene che tutte le trattazioni sul reato complesso, più o meno analitiche che siano, finiscono per concludere con la tendenziale inutilità di tale articolo, perché trattandosi pacificamente di un'ipotesi di unità di reato, i rapporti con le fattispecie base rientrano nel generale ambito di applicazione dell'art. 15 c.p. L'unica particolarità potrebbe essere riscontrata nel fatto che la relazione di specialità opera rispetto a due fattispecie, invece di operare nei confronti di una sola.

<sup>412</sup> SORRENTINO, *Il reato complesso*, cit., 123. Il progetto Pagliaro, quello Grosso e quello Nordio, infatti, non fanno alcun riferimento al reato complesso.

<sup>413</sup> Cap. I, par. 6.2.

complessa (per esempio, la truffa) deve essere interpretato come coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare, relazione rientrante nella nozione di specialità reciproca (si ripete che, secondo questa impostazione, il reato contro la fede pubblica andrebbe considerato una specificazione concreta della nozione artifici e raggiri). In sintesi, poiché la specialità reciproca, diversamente dall'interferenza tra fattispecie, va considerata presupposto dell'esistenza di un concorso apparente di norme e poiché il combinato disposto delle varie norme previste dal codice dimostra che tutta la disciplina del concorso apparente di norme è espressione del *ne bis in idem* sostanziale, riconosciuta l'esistenza di un rapporto di coincidenza tra una fattispecie e un elemento particolare di altra fattispecie, si deve concludere che l'unica norma valida ed applicabile al caso concreto è la fattispecie eventualmente complessa<sup>414</sup>. Cioè, con un ragionamento induttivo e poi deduttivo che rischia di diventare tautologico, si dice che: l'art. 84 c.p., insieme ad altre norme, consente di desumere l'esistenza di un *ne bis in idem* sostanziale come regola generale del concorso apparente di norme non solo quando c'è un rapporto di specialità unilaterale, ma anche quando sussiste un rapporto di specialità reciproca; l'art. 84 c.p., per ragioni sistematiche, sembra riferirsi ad una nozione ampia di complessità; poiché questa nozione ampia di complessità costituisce, a ben vedere, un'ipotesi di specialità reciproca, allora dev'essere applicata la regola generale sul concorso apparente di norme. Il punto è che, se esistessero elementi sistematici certi per affermare che sussiste un concorso apparente di norme tra le fattispecie che questa dottrina definisce in rapporto strutturale di coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare, non ci sarebbe proprio bisogno di ricorrere alla nozione di reato eventualmente complesso<sup>415</sup>.

Tali impostazioni appaiono criticabili per due ordini di ragioni. In primo luogo, tali Autori sembrano dimenticare che, se anche oggi l'art. 84 c.p. è considerabile superfluo sul piano del concorso apparente di norme, la previsione di due disposizioni distinte (art. 15 e art. 84 c.p.) è attribuibile alla diversità di funzioni che le stesse dovevano svolgere secondo l'impianto dommatico seguito dal legislatore del 1930. Tale circostanza sembra confermata dall'*incipit* dell'art. 84 c.p., che esclude l'applicazione delle norme sul concorso di reati e sull'*aberratio*.

---

<sup>414</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss.

<sup>415</sup> È utile ricordare che sia MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 206 ss. che DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 45 ss., cioè i principali sostenitori del concorso apparente di norme come questione di rapporti strutturali tra fattispecie, ritengono che i presupposti della convergenza apparente di norme vadano ricercati nei rapporti strutturali in astratto e, in particolare, nei rapporti di identità, specialità unilaterale ed alcune ipotesi di specialità bilaterale. La differenza sta nell'individuazione dei casi che possono rientrare nella nozione di specialità bilaterale utile ai fini del concorso apparente di norme. Mantovani, infatti, vi fa rientrare i rapporti di "coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare" che, per De Francesco, non rientrano né nella nozione di specialità bilaterale per specificazione, né nella specialità bilaterale "unilateralmente per specificazione (o aggiunta)". Su tali questioni si rinvia a Cap. I, par. 4, note 170 e 174.

Data la funzione che il legislatore ha attribuito al reato complesso<sup>416</sup>, l'ipotesi più plausibile sembra quella di ritenere l'*incipit* dell'art. 84 c.p. una volontà di affermare, in maniera esplicita, la natura unitaria della fattispecie complessa in deroga al concorso di reati che, in sua assenza, si sarebbe qualificato. L'intero art. 84 c.p., quindi, sembra dettare una disciplina solo relativa all'unificazione legislativa di violazioni plurime<sup>417</sup>. Per esempio, in relazione all'ipotesi della rapina, l'art. 84 c.p. non avrebbe altra funzione se non quella di ribadire che il vincolo di connessione tra la sottrazione patrimoniale e il fatto violento è stato considerato in modo tale che l'art. 628 c.p. deve essere considerato un reato unitario, non solo ai fini della pena, ma anche ai fini della procedibilità e dell'estinzione del reato stesso<sup>418</sup>.

Se anche si volesse leggere l'art. 84 c.p. come una norma relativa ai rapporti tra la fattispecie complessa e le fattispecie base, esso andrebbe letto come volontà del legislatore del 1930 di ammettere il concorso apparente di norme anche nei casi non coperti dall'art. 15 c.p. La relazione alla parte generale del codice penale 1930, infatti, affermava che la specialità è una relazione destinata ad operare solo tra norme poste a tutela dello stesso bene giuridico, che contemplano gli stessi elementi costitutivi, in rapporto di genere a specie, quindi, solo tra norme in cd. rapporto di specialità unilaterale per specificazione. L'art. 84 c.p., invece, consente un assorbimento sanzionatorio tra norme che si trovano in rapporto di specialità unilaterale per aggiunta e/o che sono poste a tutela di beni giuridici diversi. Nell'esempio della rapina, l'art. 84 c.p. potrebbe essere interpretato quale assorbimento sanzionatorio tra l'art. 628 c.p. rispetto all'art. 624 c.p. e all'art. 581, 582 o 612 c.p., poiché questi non potevano definirsi norme generali rispetto all'art. 628 c.p.

L'art. 68 c.p. in materia di limiti al concorso tra circostanze facendo «salvo quanto è disposto nell'art. 15 c.p.», sembrerebbe confermare che il rapporto di specialità è un qualcosa di diverso rispetto alla determinazione di norme complesse. La stessa constatazione che, nonostante la previsione dell'art. 68 c.p., nel nostro ordinamento non ci sarebbero circostanze che ne prevedono altre come elementi costitutivi, ma solo circostanze complesse in senso lato, non sembra far altro che confermare che la specialità è stata intesa, dal legislatore, in una nozione ristretta.

---

<sup>416</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 138.

<sup>417</sup> Ne costituisce una conferma la circostanza che nei lavori preliminari al codice si afferma la superfluità di una norma analoga al previgente art. 640 c.p. del 1889, escludente l'applicazione dei reati di violenza e minaccia se considerati dalla legge come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un altro reato. Tale norma, infatti, non sarebbe stato altro che una ripetizione dell'art. 84 c.p. Al contrario, è stato previsto l'art. 581 co. 2 c.p. per limitare l'assorbimento della violenza nel reato complesso alle sole percosse e non alle lesioni personali. Sul punto MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 282 ss.

<sup>418</sup> Esistono, infatti, casi, come la disciplina della continuazione e la stessa disciplina del cumulo di sanzioni, in cui il legislatore ha stabilito un'unificazione della sola sanzione e non anche delle violazioni legislative. Sul punto Cap. III, par. 4 e 5.

Si è già criticata in questa sede, la nozione di *idem* come unità di disvalore e la confusione tra presupposti della convergenza apparente di norme e suoi criteri di soluzione<sup>419</sup>. L'analisi dei rapporti strutturali tra le fattispecie accertate convergenti, come specialità unilaterale o bilaterale, deve essere considerata come funzionale al criterio della specialità e non all'individuazione dei presupposti della convergenza. Detto ciò, tanto alla tesi della consunzione che a quella del reato eventualmente complesso, può essere mossa una critica comune: la confusione tra il piano dell'analisi della fattispecie complessa nei suoi elementi costitutivi ed aggravanti e quello del concorso apparente di norme.

Si è detto che la convergenza apparente di norme presuppone l'esistenza di più disposizioni astrattamente capaci di disciplinare uno stesso fatto, anche se, per effetto della specialità o altro criterio previsto dal legislatore, una è la norma prevalente, valida ed efficace e, quindi, uno è il reato<sup>420</sup>. Si è, altresì, affermato che il rapporto di alternatività tra le fattispecie esclude un ragionamento sulla convergenza apparente di norme perché, a ben interpretare le norme, queste finiscono per avere ambiti di validità ed efficacia del tutto distinti. Ne consegue che anche l'analisi degli elementi costitutivi e delle circostanze aggravanti di una fattispecie dovrebbe precedere e rimanere distinta da ogni ragionamento sul concorso apparente di norme. Solo dopo che si è compreso quali violazioni sono unificate nella norma "consumante" o "eventualmente complessa" e, quindi, solo dopo che si è compreso quali fatti rientrano, astrattamente, nel suo ambito di validità e di efficacia, è possibile interrogarsi sui rapporti esistenti tra fattispecie convergenti e valutare l'esistenza di un concorso apparente.

## **2. Le aggravanti complesse ai sensi dell'art. 68 c.p.**

L'art. 68 c.p. è una norma dettata in materia di circostanze, eppure è frequentemente studiato in relazione al tema delle qualificazioni giuridiche multiple, perché da esso si cerca di ricavare delle indicazioni utili alla nozione di complessità di cui all'art. 84 c.p., ma anche alla stessa nozione di specialità di cui all'art. 15 c.p.<sup>421</sup>. L'articolo in questione, infatti, fa

---

<sup>419</sup> Cap. I, par. 12; Cap. II par. 1.1.

<sup>420</sup> Cap. I, par. 4.

<sup>421</sup> Tale articolo, in materia di limiti al concorso di circostanze, stabilisce che «salvo quanto è disposto dall'art. 15, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, è valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena. Se le circostanze aggravanti o attenuanti importano lo stesso aumento o la stessa diminuzione di pena si applica un solo aumento o una sola diminuzione di pena». PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965, cita, quale esempio di circostanza attenuante complessa, la previgente causa d'onore negli abrogati delitti di aborto che avrebbe compreso quella comune dei motivi di particolare valore morale e sociale prevista dall'art. 62 co.1 n.1 c.p. Secondo tale Autore, inoltre, l'art. 68 c.p. è l'unica norma che, insieme all'art. 15 c.p. si occupa esplicitamente del concorso apparente di norme. PAGLIARO, voce

riferimento al caso in cui una circostanza «comprende in sé» un'altra circostanza, stabilendo un assorbimento sanzionatorio<sup>422</sup>.

Sebbene la rubrica dell'art. 68 c.p. faccia riferimento esclusivamente ai «limiti al concorso di circostanze» e sebbene alcuni Autori abbiano sottolineato l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di circostanze che unifichino più elementi autonomamente illeciti, le circostanze in esso previste sono definite circostanze complesse<sup>423</sup>. Si tratta di stabilire allora, cosa si intenda con l'espressione «comprende in sé» e se essa sia sovrapponibile con quella di «considera elemento costitutivo» contenuta nell'art. 84 c.p.

La vaghezza dell'art. 68 c.p. autorizza una pluralità di interpretazioni e inibisce la giurisprudenza che sembra non essersi mai espressa esplicitamente sull'interpretazione di tale articolo, limitandosi ad ammettere o meno il concorso di talune circostanze<sup>424</sup>.

La dottrina sembra dare una spiegazione all'art. 68 c.p. coordinandolo con le conclusioni adottate in tema di concorso apparente di norme, ma, in generale, si ammette che l'art. 68 c.p. consente l'applicazione di una sola norma anche nei casi in cui, seguendo la disciplina ordinaria, questo non sarebbe stato possibile<sup>425</sup>.

Nelle intenzioni del legislatore del 1930, tale articolo è stato pensato per risolvere tutti i problemi di sovrapponibilità tra circostanze nei casi di insufficienza del ristretto canone

---

*Concorso di reati*, cit., 551 cita come aggravante complessa l'abrogato art. 531 co. 3 n. 3 che, in materia di istigazione alla prostituzione e favoreggiamento, aggravava il fatto «se al colpevole la persona è stata affidata per ragione di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia». Tale aggravante avrebbe compreso quella comune di cui all'art. 61 co. 1 n. 11, relativa all'aver «commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità».

<sup>422</sup> Sulle questioni generali in materia di circostanze relative, in particolare ai criteri distintivi tra circostanze ed elementi costitutivi di tipi autonomi di reato e sulla necessità di un rapporto di specialità tra gli stessi VALLINI, *Circostanze del reato*, in DE FRANCESCO – PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, 3 ss.

<sup>423</sup> Per tutti, PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965. Per l'utilizzo di tale espressione da parte dello stesso legislatore del 1930, ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 123.

<sup>424</sup> VALLINI, *Circostanze del reato*, cit., 68-69. Tale Autore sottolinea la tendenza della giurisprudenza ad adottare un metodo teleologico di interpretazione dell'art. 68 c.p. Il problema è che con tale espressione la giurisprudenza non intende una comprensione delle norme alla luce delle opzioni politico-criminali espresse dalla Costituzione e, poi, dalle leggi, bensì un'analisi sull'identità o meno di bene giuridico e, in rapporto all'art. 68 c.p., un'identità strutturale tra circostanze, per valutare se le norme sono applicabili contemporaneamente o no. Sul punto *Ibidem*; ID., *Concorso di norme e di reati*, cit., 264 ss. Quali esempi di giurisprudenza in materia di art. 68 c.p. si veda, in particolare, Cass. S.U. 28.3.2001, Cinalli e altri, in *Cass. pen.* 2001, 2662 ss. Sul concorso tra l'aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203 del 12 luglio 1991, e quella di cui all'art. 628 co. 3 n. 3 e 629 co. 2 c.p. relative a rapina ed estorsione realizzate con violenza o minaccia dall'appartenente ad un'associazione di tipo mafioso; Cass. sez. VI, del 7 luglio 1992, Rossini e altri, in CED 1992/10383, sulla non cumulatività tra il ravvedimento operoso di cui all'art. 62 co. 1 n. 6 e quello in materia di stupefacenti ex art. 73 co. 7 d.P.R. 309 del 1990. Su tale ultimo punto, altre sentenze si sono espresse in favore dell'esistenza di un rapporto di specialità; *ex multis*, Cass. sez. I, 25.5.2006 Puggioni ed altri in CED 2006/28596.

<sup>425</sup> Sul punto DE FRANCESCO, *Lex specialis*, 88 ss. aderendo ad una nozione estensiva di specialità idonea a verificare un concorso apparente di norme anche in alcune ipotesi di specialità specifica, ritiene che l'art. 68 c.p. si riferisca ai casi di specialità bilaterale “bilateralmente per aggiunta” che danno luogo ad un concorso formale. Al contrario, gli artt. 63-67 c.p. si riferirebbero ai casi di concorso materiale di circostanze e l'art. 15 c.p. ai casi di concorso apparente tra le stesse, determinando una disciplina completa.

previsto dall'art. 15 c.p. Tale circostanza è confermata dalla clausola di riserva con cui si apre l'art. 68 c.p. Essa lascia intendere che il fenomeno delle c.d. circostanze complesse riguarda elementi accidentali che non potrebbero costituire casi di concorso apparente di norme per inesistenza di una relazione di specialità. In caso contrario, infatti, vale sempre il principio generale per cui la norma speciale prevale su quella generale<sup>426</sup>. Il problema, pertanto, sembrava riferirsi, in particolar modo, ai rapporti tra circostanze comuni tra loro e circostanze speciali tra loro, sempre che ci si fosse trovati dinanzi ad una circostanza complessa<sup>427</sup>.

Il punto è che lo stesso legislatore rinuncia a dare una definizione di circostanza complessa, rimettendo la sua determinazione elusivamente all'interpretazione sulla scorta di un principio generale. In particolare, si afferma che «spetta naturalmente al giudice determinare se e quando si tratti di una circostanza complessa. (...) tale è quella circostanza che, essendo più generica e comprensiva rispetto ad un'altra, contiene in sé gli elementi di quest'ultima (...) sostanzialmente si ha un concorso formale di circostanze l'una delle quali, pur differenziata dall'altra per qualche elemento, idealmente la comprende, di guisa che sorge una incompatibilità per la contemporanea applicazione di ambedue. Ed appunto in vista di tale incompatibilità logica, il Progetto, con l'art. 72, unifica, per così dire, le due circostanze, applicando un solo aumento od una sola diminuzione, ovvero, qualora siano diversi, l'aumento o la diminuzione maggiore »<sup>428</sup>. Si riporta, a tal proposito, l'esempio dell'aggravante comune dell'aver utilizzato sevizie che è inclusa nella aggravante della crudeltà, entrambe previste dall'art. 61 co. 1 n. 4 c.p.

Al di là dei casi in cui è possibile riscontrare una complessità in senso tecnico, espressioni quali «idealmente la comprende» o «incompatibilità logica» e l'esempio dei rapporti tra sevizie e crudeltà, sembra richiamare una valutazione di valore. In questo modo risulta comprensibile anche la rubrica «limiti al concorso tra circostanze», dal momento che se anche le circostanze fossero tra loro concorrenti per inesistenza di criteri che consentano di risolversi per la prevalenza di una norma sull'altra, l'interprete è chiamato ad applicare una sola variazione di valore se lo stesso elemento accidentale è valutato due volte a favore o a carico dell'agente<sup>429</sup>. Da questo punto di vista, quindi, questa norma sembra veramente espressione di un *ne bis in idem* sostanziale come divieto di considerare più volte uno stesso elemento espressivo di una maggiore o minore offensività della condotta.

---

<sup>426</sup> Alcuni Autori sottolineano, anzi, che la maggior parte dei casi che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 68 c.p., possono essere risolti in applicazione del semplice principio di specialità. Così PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 965; PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 551; CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Nss.D.I.*, III, Torino, 1958, 1017.

<sup>427</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 123.

<sup>428</sup> *Ibidem*.

<sup>429</sup> Anche la dottrina prevalente, nonostante la diversità di posizioni, sembra d'accordo sul fatto che l'art. 68 c.p. introduce elementi valutativi. Sul punto VALLINI, *Circostanze del reato*, cit., 68-69.

A conferma di tali osservazioni, i lavori preparatori sottolineano che la disciplina dell'art. 68 c.p. deve essere tenuta distinta dai casi in cui una circostanza è elemento costitutivo di altro reato, nel qual caso la circostanza non viene proprio applicata<sup>430</sup>.

### 3. Il reato progressivo

Si parla di reato progressivo allorché la realizzazione di una fattispecie comporta la consumazione di una fattispecie minore, per effetto di una deliberazione unitaria. Le norme coinvolte realizzano offese crescenti rispetto allo stesso oggetto giuridico. Il trattamento sanzionatorio del fatto più grave, di regola più severo, dovrebbe costituire la risposta penalistica adeguata all'intero fatto realizzato<sup>431</sup>.

Parte della dottrina riconduce tale figura ad un problema di *ne bis in idem* sostanziale, ancora una volta, inteso come unità di disvalore. La fattispecie, quindi, risulterebbe unitaria, perché idonea ad assorbire il disvalore degli stadi progressivi di offesa al bene giuridico da tutelare<sup>432</sup>.

Sarebbe proprio il passaggio da un *minus* ad un *maius* di offesa il tratto caratteristico di tale categoria di reati che lo differenzia dal reato complesso di cui, costituisce una *species*<sup>433</sup>.

Il punto è che, sovente, la fattispecie meno grave non è prevista né come elemento costitutivo, né come circostanza aggravante del reato più grave<sup>434</sup>. Per questo motivo parte della dottrina ricorre ai canoni della consunzione e della sussidiarietà per giustificare la prevalenza della sola fattispecie più grave. Secondo parte della dottrina la giustificazione

---

<sup>430</sup> Così, esplicitamente ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 123. È questo il caso della qualità di pubblico ufficiale, elemento costitutivo del peculato. Dovrebbero, forse, essere analizzata sotto questo profilo quella giurisprudenza che prevede l'applicabilità dell'aggravante del metodo mafioso ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203 del 12.07.1991 nelle due differenti forme dell'impiego del metodo mafioso nella commissione nei singoli reati e della finalità di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere di stampo mafioso, rispetto ai reati fine realizzati dagli aderenti al sodalizio. sul punto, *ex multis*, Cass. 21 gennaio 2015 n. 3137 in *www.ilsole24ore.com*.

<sup>431</sup> RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942, 13 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. e 338 ss.; VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Scritti giuridici*, Vol. II, *La legge penale e la sua interpretazione il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, Tomo II, Milano, 1997, 989 ss.

<sup>432</sup> FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 649 ss. In termini non difformi ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 544.

<sup>433</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132; PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 966; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 649 secondo i quali il reato progressivo può essere ricondotto ad una specie di reato complesso oppure al criterio di sussidiarietà.

<sup>434</sup> Sarebbe questa l'ipotesi dei rapporti tra le percosse, le lesioni personali e la morte realizzate in un unico contesto e in esecuzione di un'unica risoluzione ad agire. In caso contrario si realizzerebbe una progressione criminosa. Contra MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 490, il quale sottolinea come in questi casi non sussista un reato progressivo, bensì, a ben interpretare le norme, una relazione di incompatibilità tra le stesse. Così come non si può dire che tra tentativo e fattispecie consumata sussista un concorso apparente di norme, perché il primo richiede l'elemento negativo della non consumazione, così le percosse richiederebbero l'elemento negativo del non verificarsi di una malattia nel corpo e le lesioni richiederebbero l'elemento negativo del non verificarsi della morte della vittima.

dell'unificazione delle varie violazioni di legge sarebbe da riscontrare nel vincolo di necessarietà di quelle meno gravi per poter consumare quella più grave<sup>435</sup>.

L'accettazione della tesi del reato complesso in senso lato ed eventualmente complesso, invece, non solo consente di spiegare la relazione di genere a specie tra complesso e progressivo, ma consente anche di affermare che quest'ultimo può manifestarsi nelle due forme di reato necessariamente progressivo e reato solo eventualmente progressivo<sup>436</sup>.

#### 4. Progressione criminosa

Per progressione criminosa si intende il passaggio da un reato ad un altro più grave ma per effetto di deliberazioni successive<sup>437</sup>. Ovviamente la chiarezza della definizione contrasta con le difficoltà dell'accertamento probatorio delle successive deliberazioni, soprattutto perché queste si realizzano ad una distanza spazio-temporale non facilmente apprezzabile.

Secondo parte della dottrina, la progressione criminosa è un fenomeno intermedio tra il concorso di norme sullo stesso fatto, coinvolgendo norme violate in tempi successivi in rapporto di specialità e specialità reciproca, e il concorso di reati, rispetto al quale ha in comune la pluralità di risoluzioni ad agire, pur in assenza della eterogeneità tra fattispecie<sup>438</sup>.

Per assenza di riferimenti normativi sul punto e per assenza di un qualsiasi riferimento ad esso nei lavori preparatori del codice, l'istituto resta nell'aura di una profonda incertezza. Nel silenzio della legge, la dottrina, fondamentalmente, estende a tale istituto le soluzioni adottate in materia di concorso apparente di norme e, quindi, risolve i rapporti tra le norme di legge

---

<sup>435</sup> PIACENZA, *Reato complesso*, cit., 966. A tal proposito l'Autore pone dei dubbi sulla configurabilità della fattispecie di saccheggio che richiede, alternativamente, la commissione di furto rapina invasione di terreni o edifici o turbativa violenta del possesso.

<sup>436</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. Secondo tale Autore il reato progressivo è una specie del reato necessariamente o eventualmente complesso in senso lato, che comprende quei reati che contengono come elemento costitutivo o eventuale un reato minore. Si tratta, quindi, di norme che celano un rapporto di specialità per coincidenza tra fattispecie ed elemento costitutivo o fattispecie ed elemento particolare. Per questo motivo, il reato progressivo non costituisce una categoria veramente distinta dal reato complesso, ma solo un suo particolare modo di essere. Dal punto di vista della fattispecie legale esso è un'ordinaria ipotesi di reato complesso, mentre, dal punto di vista del divenire dell'attività criminosa, esso si presenta come passaggio da un *minus* a un *maius* di offesa. In sintesi, per il reato complesso basta che un reato sia contenuto in un altro, mentre per aversi un reato progressivo è necessaria anche l'offesa crescente ad uno stesso bene. Esempi di reato eventualmente progressivo potrebbero essere l'invasione di terreni, rispetto all'ingresso abusivo al fondo altrui, perché l'invasione si configura anche se il terreno non è recintato, oppure l'uccisione di un animale rispetto ai maltrattamenti realizzati sullo stesso.

<sup>437</sup> Ad esempio, nel caso in cui si proceda da percosse a lesioni all'omicidio, ma per effetto di deliberazioni successive, ovvero nel caso di chi rifiuti atti d'ufficio e solo dopo decida di abbandonarlo. Per tutti, RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, cit., 59 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 338 ss. e 584 ss.; VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit., 989 ss.

<sup>438</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 584 ss. L'Autore sottolinea che è proprio il rapporto di specialità reciproca a differenziare questa ipotesi da quelle dell'antefatto e postfatto non punibili che, invece, riguardano violazioni di legge tra loro completamente eterogenee. Allo stesso modo la progressione criminosa differisce dal reato progressivo che, invece, come il complesso, implica un rapporto di coincidenza tra fattispecie e elemento costitutivo o particolare. La progressione può, allora, configurarsi anche tra fattispecie tra loro incompatibili se sono strutturate in modo tale che, in assenza dell'elemento incompatibile, il fatto contemplato dall'una rientrerebbe nel fatto previsto dall'altra. Così avviene, ad esempio, nei rapporti tra percosse e lesioni.

coinvolte sulla base dei rapporti strutturali tra le fattispecie. Parte della dottrina si risolve per l'applicazione dell'unica norma espressiva del fatto più grave, per effetto dei canoni di sussidiarietà o consunzione impliciti<sup>439</sup>. Altri Autori, invece, ritengono ammissibile l'applicazione del principio generale del *ne bis in idem* sostanziale<sup>440</sup>. Si confessa che tale decisione nasce da una esigenza di coscienza giuridica e di proporzione; del resto, se le violazioni fossero state realizzate contestualmente avrebbero dato luogo ad un concorso apparente di norme. Si aggiunge, inoltre, che il rapporto di specialità o specialità reciproca tra fattispecie consente di affermare che sussistono i presupposti di applicazione della disciplina del concorso apparente di norme e, quindi, del *ne bis in idem* sostanziale.

L'elemento che ostacola la considerazione della ipotesi rientranti nella progressione criminosa come un fatto progressivo unitario è la pluralità di deliberazioni. Queste, però, non sono sempre considerate dal legislatore come preclusive dell'unità di reato, come sembrerebbe dimostrare l'unità dei reati di durata. Ciò è palese nel reato abituale, nel quale un soggetto viene punito per una serie di fatti successivi autonomamente voluti dall'agente e, addirittura, realizzati ad intervalli spazio-temporali apprezzabili. Anzi, la riconduzione del disvalore d'evento nell'oggetto del dolo del reato abituale risulta, talvolta, quasi artificiosa. L'agente, infatti, può porre in essere ogni singolo fatto per effetto di deliberazioni e moventi completamente diversi ed occasionali. A fronte di tali deliberazioni successive ci si accontenta, generalmente, della consapevolezza da parte dell'agente, che il proprio atto si vada ad aggiungere alla serie di atti precedentemente realizzati<sup>441</sup>. Non dissimile è la riflessione sui reati permanenti. Nel caso di un reato che si protragga per più giorni, infatti, si potrebbe affermare che il soggetto, giorno per giorno, conferma la deliberazione precedente ed è, comunque, punito sulla base di un reato unitario autonomamente comprensivo delle violazioni di legge omogenee che si sono succedute fino a quando è durata la permanenza.

Se ciò fosse vero, accertati i criteri che consentono di affermare la configurabilità e l'unità del reato progressivo, si potrebbe, affermare che la questione della progressione criminosa, prima ancora di riguardare un problema di concorso apparente di norme, riguarda la possibilità di individuare un fatto unitario che si protrae nel tempo. Il problema, quindi, si sposterebbe da una questione di qualificazioni giuridiche multiple a una problematica di unità del reato di durata che, come avviene nell'ipotesi di reato abituale improprio, unisce una

---

<sup>439</sup> *Contra* DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 72, secondo il quale, in mancanza di basi normative «risulta difficile ricondurre una pluralità di deliberazioni –e di condotte corrispondenti- alla logica di un reato unitario». L'invocazione della consunzione conferma «l'insufficienza di tale scelta sistematica».

<sup>440</sup> MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 584 ss. L'aver individuato la *ratio* di tale principio nel divieto di punizione plurima di uno stesso disvalore e l'aver individuato il sistema di norme che ne conferma la cogenza, autorizzerebbe l'applicazione analogica *in bonam partem*.

<sup>441</sup> Per tutti, PETRONE, *Reato abituale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 945 ss.

pluralità di violazioni di legge eterogenee<sup>442</sup>. I rapporti di questo reato unitario con le norme di legge convergenti, sarebbero poi regolati dalle regole ordinarie vigenti in materia di qualificazioni giuridiche multiple.

## 5. Antefatto e postfatto non punibile

Sono antefatti e postfatti non punibili quelle violazioni di legge che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, precedono un fatto di reato, perché costituiscono il mezzo della sua realizzazione, oppure sono ad esso successive per stabilizzare gli effetti del reato o per raggiungere gli scopi che con esso si erano perseguiti. I due fenomeni, quindi, sono studiati congiuntamente perché espressivi di un'identica *ratio*. Il nostro sistema penale conosce tali questioni, perché sussistono alcune clausole di riserva nell'ambito della parte speciale del codice che escludono esplicitamente la punizione di alcuni antefatti o postfatti<sup>443</sup>.

Si condivide l'opinione della dottrina prevalente secondo la quale non sembrano sussistere criteri utili per giustificare l'estensione di tali figure ai casi in cui non esiste un'esplicita esclusione della punibilità da parte del legislatore, sebbene i beni giuridici offesi appartengano ad un unico soggetto e nonostante lo stretto legame esistente tra queste violazioni legislative nella normalità dei casi. L'unica soluzione possibile, quindi, resta quella di evitare la qualificazione giuridica plurima ricorrendo agli ordinari canoni ermeneutici<sup>444</sup>.

L'antefatto e il postfatto non punibili sono fenomeni, generalmente, posti in stretto collegamento con il reato progressivo e con la progressione criminosa, perché anche in questo caso si realizzano una serie di violazioni successive tra norme che sembrano non rientrare nell'ambito del concorso apparente di norme. In questo caso, tra l'altro, le condotte illecite sono tra loro autonome così che la prevalenza di una norma sulle altre è alternativa ad un concorso materiale e non formale di reati. Per questo motivo, la dottrina che ritiene l'unità di

---

<sup>442</sup> A tale conclusione si giunge aderendo alla tesi del reato abituale come ipotesi di reato a struttura complessa, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 262 ss. sui problemi relativi all'ammissibilità

<sup>443</sup> Ne costituiscono degli esempi l'art. 304 c.p. che subordina la punizione dell'accordo a commettere un delitto contro lo Stato alla mancata realizzazione dello stesso e l'648 c.p. in materia di ricettazione che è postfatto non punibile rispetto al concorso nel reato dal quale provengono le cose delittuose. Su tali questioni FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 430 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 92 ss.; Lozzi, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità o pluralità di reati*, in *Riv. it.*, 1959, 940 ss.; VASSALLI, *Antefatto non punibile postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 505ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 587 ss. Tali espressioni sono mutuare dalla dottrina tedesca che si esprime facendo riferimento allo *straflose Vor- und Nachtat*. La dottrina tedesca tende, però, fa rientrare, nella stessa nozione, le ipotesi di reato progressivo, progressione criminosa e il c.d. reato di passaggio *Durchgangsdelikt*. Sul punto WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 320 ss.

<sup>444</sup> Così FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 649-650; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit. 70 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 587 ss. Quest'ultimo, per esempio, ritiene che i casi normalmente citati come ipotesi di antefatto e postfatto non previste dalla legge come non punibili sono in realtà casi di norme incompatibili. Così il caso del possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli quando il soggetto è trovato in possesso degli stessi in flagranza del reato di furto. La stessa flagranza del reato, infatti, giustificerebbe il possesso di tali utensili.

azione tra i presupposti della convergenza apparente di norme, sostiene anche che tali fenomeni siano estranei ai problemi di qualificazioni giuridiche multiple, costituendo meramente un'ipotesi di mitigazione del trattamento sanzionatorio tra reati eterogenei<sup>445</sup>. Il problema, allora, attiene alla nozione di stessa materia che deve essere utilizzata in materia di concorso apparente di norme.

### 5. *L'aberratio ictus e l'aberratio delicti*

Le ipotesi di *aberratio ictus* e *delicti* sono, solitamente, studiate nell'ambito dei problemi relativi al trattamento sanzionatorio della pluralità di reati, oppure in materia di responsabilità oggettiva, per i problemi che pongono in relazione ai criteri di imputazione soggettiva. A ben vedere, però, le ipotesi monolesive, possono porre problemi relativi alla necessità di accertare anche la realizzazione del tentativo del reato effettivamente voluto e non riuscito. In tal caso esse costituirebbero una delle varie ipotesi di unificazione legislativa di plurime violazioni di legge, che comprovano la discrezionalità del legislatore nella valutazione unitaria del disvalore del fatto. Ciò, ovviamente, non significa giustificare i trattamenti sanzionatori costituzionalmente illegittimi per violazione dei canoni di proporzione e di colpevolezza.

Con il termine *aberratio* ci si riferisce, comunemente, ad ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato. Le ipotesi che interessano ai fini della presente ricerca sono quelle previste dagli artt. 82 e 83 c.p.<sup>446</sup>. Basti considerare la collocazione sistematica delle due norme nell'ambito del concorso di reati per comprendere l'importanza del tema ai fini dell'unità o pluralità di reati<sup>447</sup>.

Tali istituti, definiti comunemente come *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, sono estremamente discussi in dottrina per i problemi relativi alla teoria dell'errore e

---

<sup>445</sup> Questa sembra, del resto, l'interpretazione scelta dallo stesso legislatore che, tra i casi di deroga al concorso di reati, insieme al reato complesso e progressivo, pone quelle «norme particolari più numerose di quelle contenute nella parte speciale del codice vigente, con le quali spesso sono elevati a reato unico fatti che costituirebbero più reati», espressione che sembra rivolgersi, appunto, all'antefatto e postfatto non punibili. Così ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 132. Le ritiene un'ipotesi di unificazione legislativa di violazioni di norme plurime, insieme al reato abituale e al reato complesso, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2008, 510 ss. Sul punto anche DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit. 70, secondo il quale antefatto e postfatto si pongono al di fuori dall'alternativa concorso di norme concorso di reati. In tali casi una fattispecie è espressamente dichiarata applicabile ad esclusione dell'altra o delle altre. La *ratio* di tali fenomeni va riscontrata in una valutazione di tipo politico-criminale. Viene meno, infatti, la ragione di una punizione autonoma della fattispecie o perché si tratta della punizione di atti preparatori rispetto al reato effettivamente realizzato o perché la condotta del postfatto è accessoria e consequenziale a quella del reato effettivamente posto in essere.

<sup>446</sup> Esisterebbe, in realtà, anche un'ipotesi di *aberratio causae* relativa al caso in cui un soggetto realizza il fatto rappresentato e voluto attraverso un decorso causale diverso dovuto ad un errore nei mezzi di esecuzione, ma non ha nessun tipo di connessione col tema del concorso di reati essendo pacificamente uno il reato realizzato. Sul punto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 386; DE FRANCESCO, *Aberratio. Teologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, 11 ss.

<sup>447</sup> C. FIORE–S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 628 ss.; DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 16.

all'imputazione subiettiva del fatto non voluto realizzato per un errore nei mezzi di esecuzione<sup>448</sup>.

L'art. 82 c.p. è dedicato alle ipotesi in cui si realizzi un'offesa a una persona diversa da quella alla quale era diretta la condotta. Si tratta, quindi, di una divergenza che attiene solo ed esclusivamente all'oggetto materiale della condotta<sup>449</sup>. L'art. 83 c.p., invece, disciplina l'ipotesi in cui l'errore nei mezzi di esecuzione determini la realizzazione di un evento diverso da quello perseguito dal soggetto e, quindi, un reato diverso<sup>450</sup>. Accanto a tali ipotesi monolesive, il secondo comma degli artt. 82 e 83 c.p. disciplina la forma plurilesiva di *aberratio*, in cui sono realizzate tanto l'offesa non voluta che quella originariamente ideata.

Affinché il fatto rientri effettivamente nella sfera di rilevanza penale dell'art. 82 e 83 c.p. si deve trattare di eventi dovuti ad un errore nell'esecuzione e, quindi, non coperti dal dolo nemmeno diretto di secondo grado o eventuale. Si tratterebbe, altrimenti di un vero e proprio reato doloso o, al più, di un'ipotesi di *error in persona* disciplinata dall'art. 60 c.p.<sup>451</sup>.

Che l'ipotesi di *aberratio ictus* monolesiva costituisca un reato unitario è, ormai, indiscusso<sup>452</sup>. Per espressa valutazione normativa, il legislatore assorbe il disvalore del fatto nell'unico reato concretamente realizzato.

La dottrina si divide, invece, sulla necessità della realizzazione di un tentativo idoneo ai fini della realizzazione dell'ipotesi monolesiva. La tesi negativa ritiene il reato di cui all'art. 82 c.p. configurabile anche in presenza di atti diretti ma non idonei a commettere un delitto, dando molto rilievo all'aspetto soggettivo dell'intenzione originaria dell'agente. La facile critica che si muove a questo orientamento consiste nel riscontrare che in tal modo si finisce per imputare all'autore un fatto a titolo di dolo contravvenendo al principio secondo il quale *cogitationis poenam nemo patitur*. Sembrerebbe, allora, più compatibile con il principio di offensività richiedere che sia integrato, almeno, un tentativo punibile nei confronti della vittima designata.

---

<sup>448</sup> Non essendo questa la sede per trattare tali delicati e complessi aspetti, ci si vede costretti a rinviare agli studi specifici sul tema: DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit.; CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 166 ss.; GALLO, *Aberratio ictus*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 68 ss.; LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1964; REGINA, *Il reato aberrante*, Milano, 1970; ROMANO, *Contributo all'analisi dell'aberratio ictus*, Milano.

<sup>449</sup> Si ritiene che tale ipotesi permanga anche se le condizioni o qualità della persona realmente offesa facciano cambiare il titolo di reato. Così LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 215. La giurisprudenza, a tal proposito, parla di *aberratio ictus* quando l'errore cade sull'oggetto materiale del reato (persona o cosa), pertanto il bene interesse effettivamente offeso è lo stesso di quello che il soggetto era intenzionato ad offendere solo che appartiene alla sfera di un soggetto diverso; su tutte Cass. n. 15990 del 2006.

<sup>450</sup> Poiché l'evento caratterizza il reato, si parla comunemente di *aberratio delicti*. Cfr LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 214.

<sup>451</sup> L'art. 60 c.p. in realtà è comunque applicabile per espressa previsione codicistica per regolare il regime delle circostanze.

<sup>452</sup> Tale opinione risulterebbe avvalorata dai lavori preparatori al codice.

Il reato, così realizzato, sembrerebbe realizzare, quindi, un assorbimento in un unico fatto del tentativo doloso nei confronti del soggetto designato, più il fatto diverso concretamente realizzato. Di tale fatto il soggetto risponde a titolo di dolo cosa che rende l'art. 82 c.p., per quanto si discuta, un'ipotesi classica di responsabilità oggettiva<sup>453</sup>.

Che il legislatore sia libero di valutare unitariamente un insieme di fatti unificandoli in un reato unitario non stupisce, dal momento che altrettanto avviene per il reato complesso, l'abituale e per i c.d. delitti di durata. Considerando, però, il fondamento sostanziale di tale disciplina, si ritiene preferibile l'ipotesi di chi ne auspica l'abrogazione costituendo un'irragionevole deroga alle ordinarie regole sul concorso di reati<sup>454</sup>.

Le ragioni principali a fondamento di tale disciplina sarebbero l'irrelevanza dell'identità del soggetto passivo, che non sembrerebbe essere un requisito del fatto tipico, e la necessità di punire l'autore a titolo di dolo<sup>455</sup>. In assenza di tale autonoma disciplina, infatti, all'autore sarebbe contestabile solo il fatto colposo, sempre che il fatto sia punito dalla legge anche a titolo di colpa, e il tentativo che può essere punito solo se risponde ai requisiti richiesti dall'art. 56 c.p.

Ci si rende facilmente conto che tali argomentazioni sono del tutto incompatibili per un diritto penale del fatto basato, costituzionalmente, sul principio della personalità della responsabilità penale che voglia applicare una pena che tenda all'integrazione sociale del condannato. Il criterio sanzionatorio previsto dall'art. 82 co. 1 c.p., invece, sembra un rimprovero all'autore per il suo mero atteggiamento interiore applicando una pena proporzionata rispetto al danno arrecato alla società piuttosto che alla sua effettiva responsabilità.

Problemi diversi pongono le ipotesi plurioffensive. Occorre innanzitutto diversificare l'ipotesi in cui sia realizzato un solo fatto ulteriore rispetto al tentativo inidoneo dall'ipotesi in cui i reati non voluti siano plurimi.

L'art. 82 co. 2 c.p. prevede espressamente una disciplina sanzionatoria per le ipotesi di *aberratio ictus* c.d. bioffensiva, comportando l'aumento fino alla metà della pena stabilita dal reato più grave.

La teoria che ritiene il tentativo punibile irrilevante ai fini dell'ipotesi monolesiva, ritiene che il concorso di un tentativo punibile di reato doloso con la realizzazione dell'evento

---

<sup>453</sup> Per tutti MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., 153; DELITALA, *In tema di «aberratio ictus», unità o pluralità di reati?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 322 ss. Per i riferimenti alla dottrina che richiede comunque l'accertamento di una colpa e la loro critica MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 387; C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 628 ss.

<sup>454</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 388. L'Autore auspica una riforma che adotti un sistema più simile a quello tedesco, che invece non conosce una analoga disciplina dell'*aberratio* e che pertanto punirebbe un caso del genere come concorso di un tentativo con un delitto colposo.

<sup>455</sup> Per tale tesi, su tutti, GALLO, *Aberratio ictus*, cit., 69.

diverso non voluto determini un'ipotesi di *aberratio* ai sensi del secondo comma dell'art. 82 c.p.

Aderendo all'impostazione opposta, invece, l'*aberratio ictus* bilesiva si consumerebbe solo nel momento in cui il tentativo ai danni della persona originariamente designata avesse determinato la produzione di esiti lesivi autonomamente valutabili come fatti di reato. Questo vuol dire che il tentativo punibile da cui la vittima sia rimasta illesa, è assorbito nell'unico fatto di cui all'art. 82 co.1 c.p.<sup>456</sup>. Gli effetti lesivi del tentativo punibile, invece, degraderebbero dalla loro qualificazione di tentativo di reato per essere autonomamente qualificati come fatto lesivo per cui applicare il regime dell'art. 82 co. 2 c.p.<sup>457</sup>. L'elemento soggettivo di tale diverso reato sarebbe, comunque, il dolo per una sorta di traslazione normativa dal reato inizialmente immaginato al reato effettivamente realizzato.

Altro problema relativo all'ipotesi bioffensiva è la sua considerazione come concorso di reati ovvero come reato unico, alla stregua di un reato aggravato dall'evento, un reato complesso o un reato unitario a sé stante. Come noto, la questione è di notevole rilevanza pratica<sup>458</sup>.

Dall'analisi della norma si ritiene di poter affermare che si tratti di una vera e propria ipotesi di pluralità di reati. La stessa lettera del secondo comma dell'art. 82 c.p. sembra richiedere la realizzazione di un concorso formale. Si tratterebbe, quindi, di una mera deroga dal punto di vista sanzionatorio rispetto al regime ordinario per il concorso di reati<sup>459</sup>.

Ben diversi problemi comporta l'*aberratio ictus* plurioffensiva. Stabilendo l'art. 82 co. 2 c.p. un criterio di calcolo giuridico solo per l'ipotesi in cui si realizzi un solo evento offensivo non voluto, la dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza si trovano del tutto disorientati rispetto al verificarsi di questo caso.

Le teorie sono le più disparate. Dal considerare applicabile una sola volta l'aumento fino alla metà, al ritenere di dover applicare un nuovo aggravamento fino alla metà, ad applicare

---

<sup>456</sup> Nel concorso del tentato omicidio di Tizio con l'omicidio non voluto di Caio, il tentato omicidio rimarrebbe assorbito dall'art. 82 co. 1 c.p. Tra la norma del tentato omicidio e l'art. 82 co. 1 c.p., quindi, si verifica un concorso apparente di norme da risolvere a favore dell'applicazione dell'*aberratio*.

<sup>457</sup> Se il tentato omicidio ha determinato delle lesioni personali, allora, il tentativo non è più assorbibile nell'ipotesi monolesiva. Questo comporterebbe una riespansione della norma di lesioni personali che pure non doveva essere applicata in virtù di un concorso apparente di norme tra tentativo di omicidio e lesioni personali. Sul punto ci sarebbe molto da discutere; se infatti si è detto in premessa che i rapporti tra norme in concorso apparente sono rapporti di validità e non di efficacia, la non applicazione dell'una non può comportare la riespansione dell'altra. Sul punto v. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 67 ss.

<sup>458</sup> Dalla struttura unitaria o plurima del reato, come si è visto già per il reato continuato, derivano conseguenze pratiche, per esempio, in tema di amnistia, indulto, querela, custodia preventiva, ecc. Sul punto anche BRUNELLI, *Concorso formale di reati e aberratio delicti plurilesiva: brevi spunti per una rivalutazione della dimensione «naturalistica» dell'unicità della condotta*, in *Cass. pen.*, 2004, 2823 ss.; DELITALA, *In tema di «aberratio ictus»*, cit., 1948, 322 ss.

<sup>459</sup> V. C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 628 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. 390.

l'art. 82 co. 2 c.p. per la prima violazione e le regole ordinarie relative al concorso formale per le ulteriori violazioni realizzate. Nel più totale caos interpretativo e nel silenzio del legislatore, non resta che ritenere quest'ultima soluzione preferibile in quanto più rispettosa del principio di legalità<sup>460</sup>.

Meno problematica sembrerebbe l'ipotesi di *aberratio delicti*, che stabilendo per l'ipotesi monoffensiva l'imputazione a titolo di colpa, meglio si presta ad interpretazioni che richiedono l'accertamento della responsabilità colposa dell'agente. Sebbene, allora, anche quest'ipotesi fosse da ricondurre originariamente ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva, la norma sembrerebbe, quindi, meglio coniugabile col parametro costituzionale dell'art. 27 co. 1 Cost.<sup>461</sup>.

Da questa lettura si ricava che il tentativo punibile del reato effettivamente perseguito non sarebbe assorbito nell'ipotesi monoffensiva come avviene per l'art. 82 co. 1 c.p., comportando l'applicazione delle regole sull'*aberratio delicti* plurioffensiva.

L'art. 83 co.2 c.p., nello specifico, prevede l'applicazione delle norme sul concorso di reati e pertanto, dopo la riforma del 1974, comporta l'applicazione del cumulo giuridico di sanzioni se sussistono, i presupposti del concorso formale<sup>462</sup>. Tale disposizione rende irrilevante la distinzione tra ipotesi bioffensive e plurilesive.

Per quanto riguarda la struttura unitaria o pluralistica delle violazioni di legge in questione, valgono le stesse considerazioni svolte per l'*aberratio ictus*.

---

<sup>460</sup> Ritiene che l'applicazione plurima dell'aumento fino alla metà realizzi una forma di analogia in *malam partem*, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 390. Sul punto anche C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 628 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. 390.

<sup>461</sup> Ci sarebbero, per la verità, non pochi problemi relativi all'individuazione della colpa. Non è possibile considerare il *versari in re illicita* come fondamento della colpa non potendo considerare ogni norma penale come una norma cautelare la cui violazione comporta colpa generica. Il punto è particolarmente delicato e complesso e ci si vede costretti a rinviare alla letteratura sull'argomento.

<sup>462</sup> Sull'azione unica ai fini del concorso formale si rinvia al Cap. III, par. 3.

### Capitolo III

#### Il concorso di reati

##### 1. I problemi legati alla sussistenza di una pluralità di reati

Esaurito il tema delle qualificazioni giuridiche multiple che coinvolgono il solo aspetto della tipicità, occorre analizzare i problemi che si pongono allorché i fatti siano qualificati come plurimi. Tali questioni presuppongono che l'interprete abbia già accertato la sussistenza dell'antigiuridicità e della responsabilità personale o colpevolezza.

In assenza di un'esplicita nozione legislativa, la dottrina definisce il concorso di reati, disciplinato dagli artt. 71 ss. c.p., come il rimprovero ad uno stesso soggetto di più violazioni di norme penali omogenee o eterogenee, contestuali o realizzate in tempi successivi<sup>463</sup>. Alla luce di tutto quanto affermato in tema di qualificazioni giuridiche multiple, tale definizione non sembra condivisibile. Dall'individuazione del concorso apparente di norme come problema di validità e non di mera efficacia, consegue che, delle plurime norme astrattamente violate dall'agente e convergenti su un medesimo fatto, una sola sia quella effettivamente chiamata a regolare i fatti sottoposti al giudizio dell'interprete. L'analisi della disciplina dell'antefatto e postfatto non punibili, inoltre, ha evidenziato la sussistenza di casi in cui, seppur un soggetto abbia violato più norme, una è quella applicabile. Si ritiene in questa sede che tutte queste ipotesi siano espressive della valutazione legislativa dell'unitarietà di disvalore realizzato dall'agente. Non sarebbe corretto, pertanto, ritenere l'antefatto e il postfatto non punibili meri casi di mitigazione del trattamento sanzionatorio del concorso di reati. Pertanto si preferisce definire il concorso di reati come il rimprovero ad uno stesso soggetto per aver consumato più fatti di reato omogenei o eterogenei, contestuali o realizzati in tempi successivi. Si tratta, quindi, di fatti che il legislatore reputa espressivi di disvalori diversi.

L'interprete è, poi, chiamato a valutare se sussiste un collegamento tra i vari fatti realizzati, tale da poterli considerare esecuzione di un medesimo disegno criminoso. Data la modifica del trattamento sanzionatorio che ne consegue, questa valutazione, come quella dell'unità della condotta, va operata anche *in executivis* tra fatti che sono stati giudicati in autonomi giudizi, così come disposto dall'art. 671 c.p.p.

---

<sup>463</sup> Per tutti, MARINI, voce *Concorso di reati e di pene*, cit. 315; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 608 ss. Pone l'accento sul medesimo soggetto che è centro di imputazione di più PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, cit., 660. Come già indicato nel paragrafo precedente, se taluno di questi reati è realizzato per un mero errore nei mezzi di esecuzione, si applica la disciplina derogatoria dell'*aberratio ictus* o *delicti*. Sul concorso di reati, v., inoltre, ; PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2013, 465; MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 159 ss.; PROSDOCIMI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 508 ss.

L'unità di disegno criminoso, però, non è l'unico collegamento tra i fatti realizzati di cui l'operatore giuridico deve tener conto. L'art. 61 co.1 n. 2 c.p., infatti, richiede al giudice di aggravare la pena se il fatto realizzato è in connessione criminosa con altri reati. Si avrà modo di analizzare le difficoltà che permangono nel dibattito dottrinale circa i rapporti tra l'art. 81 c.p. e l'art. 61 co. 1 n. 2 c.p.<sup>464</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, inoltre, anche i casi di *aberratio*, rientrano in forme di pluralità di reati dal momento che al fatto voluto, realmente consumato o rimasto alla fase del mero tentativo, se ne aggiunge uno ulteriore non voluto, ma determinato da un mero errore nell'esecuzione. Per queste ipotesi è previsto un trattamento sanzionatorio *ad hoc* come testimoniato dall'inserimento degli artt. 82 e 83 c.p. nell'ambito delle norme sul concorso di reati<sup>465</sup>. Nel caso dell'*aberratio ictus* monoffensiva, però, come per il reato complesso, sembra realizzarsi una vera e propria unificazione legislativa che traduce sul piano giuridico il disvalore unitario d'evento realizzato con una disciplina non esente da problemi di legittimità costituzionale.

Questa sintetica indicazione dei casi possibili di pluralità di reati consente di comprendere la complessità del tema. L'analisi di ciascun istituto e dei suoi principali problemi applicativi è indispensabile per esprimersi sull'effettiva esistenza di differenze strutturali tra le varie ipotesi di pluralità di reati che ne giustifichino una disciplina differenziata, nonché sulla compatibilità costituzionale e sistematica del trattamento sanzionatorio predisposto dal legislatore.

## 2. La disciplina del concorso materiale di reati

Il concorso di reati è materiale se i diversi reati, omogenei o eterogenei, sono stati consumati con diverse azioni o omissioni. Ai sensi degli artt. 71 e 80 c.p., l'autore di tali reati può essere condannato con lo stesso o con diversi provvedimenti giudiziari. È possibile, infatti, che la stessa persona sia giudicata per un altro reato commesso anteriormente alla sentenza o al decreto di condanna già intervenuti o che, contro la stessa persona, debbano essere eseguite più sentenze o decreti<sup>466</sup>.

Il legislatore del 1930 ha inasprito il trattamento sanzionatorio rispetto alla legislazione penale previgente, sostituendo il criterio di calcolo sanzionatorio del cumulo giuridico con

---

<sup>464</sup> Si veda, *infra*, par. 5.2.

<sup>465</sup> Per i riferimenti alle ipotesi di *aberratio* come deroga al concorso formale omogeneo o eterogeneo, ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 135-138.

<sup>466</sup> A differenza delle altre ipotesi di concorso, quando la separazione processuale dipende anche da una totale autonomia dei fatti realizzati, l'ipotesi di cui all'art. 80 c.p. non sottende alcuna problematica sostanziale di unità o pluralità di reati, trattandosi di una mera norma sul concorso di pene. Così PAGLIARO, *Concorso di pene*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. VIII, Milano, 1961, 557.

quello del cumulo materiale delle pene. Si esegue, pertanto, la somma algebrica tra le varie sanzioni, seppur temperata dall'esistenza limiti massimi e pertanto si parla di cumulo materiale temperato di sanzioni<sup>467</sup>. Tale criterio sanzionatorio è, ancora oggi, quello generalmente valido per il concorso di reati, ma, nella formulazione originaria del codice, esso trovava davvero rarissime eccezioni. Si avvertiva la necessità di dare un'autonoma e appropriata risposta sanzionatoria per ogni singolo reato consumato.

La pena così calcolata, però, ai sensi dell'art. 76 c.p., viene considerata come una pena unica agli effetti giuridici, salvo eccezioni<sup>468</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, le ipotesi di concorso materiale, così descritte, rientrano a pieno titolo nella disciplina della pluralità di fatti di reato - *Tatmehrheit* - di cui ai §§ 53-55 StGB. Ci si riferisce al caso in cui uno stesso soggetto realizza molteplici fatti di reato - *Straftaten* - giudicati contestualmente (§ 53 StGB) o in procedimenti successivi (§ 55 StGB) realizzando un cd. concorso reale - *Realkonkurrenz* -<sup>469</sup>.

### 3. Il concorso formale di reati e l'unità di azione o omissione

Ai sensi dell'art. 81 c.p., chi viola norme eterogenee o più volte un'unica norma attraverso un'unica azione o omissione realizza un concorso formale di reati o, come indicato da dottrina risalente, un concorso ideale di reati<sup>470</sup>.

Parte della dottrina sottolinea che già il codice penale del 1889, in continuità con le disposizioni del codice penale toscano, conosceva la distinzione tra concorso formale e

---

<sup>467</sup> Ci si riferisce ai limiti previsti dagli artt. 72-79 c.p. Secondo la dottrina prevalente si tratta di correttivi necessari per evitare un inasprimento della pena tale da renderla sproporzionata rispetto alla gravità dei fatti realizzati, per esempio trasformando la condanna a più pene detentive, di fatto, in una pena perpetua. Per tutti, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 665. Tali limiti erano previsti anche dal c.p. del 1889.

<sup>468</sup> Le pene di specie diversa si considerano, tendenzialmente, una pena unica della specie più grave salvo i casi stabiliti dalla legge in cui si ritengono distinte. Le pene di genere diverso restano distinte per ogni effetto giuridico. Tale unificazione ai fini degli effetti giuridici non ha riflessi sostanzialistici ed è dovuta solo a considerazioni relative al cumulo della pena. Sull'argomento v. PAGLIARO, voce *Concorso di pene*, cit., 557.

<sup>469</sup> Da un punto di vista sanzionatorio i §§53-55 StGB stabiliscono, per i molteplici reati che concorrono realmente, la determinazione di una pena complessiva - *Gesamtstrafe* - da calcolare secondo il criterio dell'*Asperationprinzip*, che comporta l'inasprimento della pena più grave ed è equivalente, nel nostro ordinamento, al cumulo giuridico, sul punto v. WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 340 e ROXIN, *Strafrecht*, cit., 805.

<sup>470</sup> Oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota 1, MESSINA, *Concorso formale di reati*, Milano, 1979; BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, *passim*. Secondo MARINI, voce *Concorso di reati*, cit, 315 e PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit, 3, andrebbero altresì esclusi i casi in cui, anche per come sono costruite le fattispecie, si tratta più che altro di un concorso materiale di reati o di un reato continuato. Così accadrebbe nel caso di concorso tra falso, abuso d'ufficio e truffa). Preferisce parlare di concorso ideale MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit. 119 ss. ritenendo che con tale espressione si possa intendere il fatto che, solo idealmente, l'azione è unica ed appartiene a tutti i reati realizzati essendo sufficiente una coincidenza parziale delle condotte. È opportuno sottolineare, altresì che intendendo l'espressione concorso ideale in tali termini, Moro prende le distanze da quella parte della dottrina di derivazione tedesca per la quale ci si riferisce al concorso ideale per indicare quell'operazione di pensiero che consente di individuare nel fatto unico una pluralità di violazioni normative. Si tratterebbe pertanto, di un concorso di reati solo in astratto.

materiale, ma prevedeva una disciplina *ad hoc* solo in relazione al concorso ideale di reati eterogenei<sup>471</sup>. L'art. 78 del c.p., infatti, in deroga al principio generale del cumulo giuridico di sanzioni, comportava l'applicazione della sola pena più grave tra quelle comminate in casi di violazione di più disposizioni di legge realizzate attraverso «un medesimo fatto». Per i reati omogenei l'opinione prevalente riteneva che si dovesse applicare la più severa disciplina del concorso materiale di reati, salva l'applicazione della continuazione.

Secondo alcuni Autori, però, il riferimento al «medesimo fatto» doveva far intendere l'art. 78 c.p. come un'ipotesi di concorso apparente di norme. L'assorbimento in esso stabilito, allora, non sarebbe consistito in un assorbimento tra sanzioni, ma in un assorbimento tra violazioni eterogenee che integravano, in realtà, un medesimo fatto tipico<sup>472</sup>.

Il legislatore del 1930, nel riprendere questa distinzione tra concorso formale e materiale, aveva riportato entrambe le ipotesi all'applicazione del criterio sanzionatorio generale del cumulo di materiale di sanzioni, nella considerazione che ad ogni reato effettivamente consumato dovesse seguire un'autonoma risposta sanzionatoria<sup>473</sup>. A causa di difficoltà di coordinamento con la disciplina del reato continuato e di una generale esigenza di mitigazione sanzionatoria per le ipotesi espressive di una minore gravità, nel 1974 il legislatore ha modificato il trattamento sanzionatorio del concorso formale di reati, estendendo il cumulo giuridico delle sanzioni anche alle ipotesi previste dall'art. 81 co. 1 c.p.<sup>474</sup>. Pertanto, ad oggi, si applica la pena prevista per il reato più grave aumentata fino al triplo. Questo trattamento sanzionatorio sarebbe giustificato, secondo gran parte della dottrina, dalla minore attitudine criminale dell'agente che si è risolto una sola volta a delinquere e, quindi, si è posto una sola volta contro i valori dell'ordinamento<sup>475</sup>.

### **3.1. Il problema dell'unità o pluralità di azione nel concorso formale di reati, tra qualificazioni giuridiche multiple e disciplina della pluralità di reati**

L'istituto del concorso formale è particolarmente problematico non solo per le analizzate interferenze con il concorso apparente di norme, ma anche per la difficoltà di distinguere tra unità o pluralità di condotta ai fini dell'applicazione della disciplina del concorso formale o

---

<sup>471</sup> BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati*, cit., 80 ss. L'art. 78 c.p., infatti, prevedeva che: «colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave». Il riferimento a tale disciplina è utile considerata la sua forte similitudine rispetto all'attuale disciplina dell'*Idealkonkurrenz* nello *StGB*.

<sup>472</sup> Sul punto, PACILEO, *Concorso di reati*, cit., 3. Tale opinione, però, non si è mai veramente affermata in dottrina.

<sup>473</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 126 ss. e 137.

<sup>474</sup> VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, I, Milano, 1975, 65 ss.

<sup>475</sup> Per tutti LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1940, 163 ss. Si pensi all'esempio classico dell'autore che consuma una violenza sessuale ai danni della sorella, ipotesi che sarebbe da considerarsi molto meno grave rispetto a chi, in due occasioni distinte, commette una violenza sessuale ed un incesto.

materiale di reati. La distinzione tra unità o pluralità di azione o omissione è, proprio per questo, generalmente riconosciuta come preliminare ad ogni questione relativa al concorso di reati<sup>476</sup>.

Giova premettere che parlare di azione o omissione unica nella riflessione sull'unità o pluralità di reati è cosa ben diversa dall'interrogarsi sul concetto sostanziale di azione o omissione penalmente rilevante<sup>477</sup>. La valutazione sull'esistenza di una manifestazione unitaria di personalità dell'agente è preliminare rispetto ai dubbi sul numero di reati da riscontrare in essa. Si tratta di un dato pretipico utile a selezionare le condotte oggetto di valutazione da parte del diritto penale dai fatti penalmente irrilevanti<sup>478</sup>. La nozione di azione così intesa, quindi, comprende tanto fatti tipici quanto quelli non tipici<sup>479</sup>. La non corrispondenza tra azione in senso sostanziale e tipicità si esprime in due direzioni diverse. Tanto è possibile che in un unico contegno dell'agente sia sussumibile in più fattispecie tipiche<sup>480</sup>, quanto è possibile che azioni in senso sostanziale diverse siano tipicamente unificate dal legislatore<sup>481</sup>.

In materia di unità o pluralità di reati, invece, la condotta viene in considerazione come elemento del fatto tipico o come fatto naturalistico che consente l'esecuzione del reato. Nell'uno e nell'altro caso non può esistere una relazione biunivoca tra reato ed azione. Ed infatti, la condotta tipica è solo uno degli elementi presi in considerazione dal reato,

---

<sup>476</sup> Non a caso, gran parte degli studi sull'argomento dell'unità o pluralità di reati partono proprio da un'analisi delle teorie sull'azione. Su tutti, MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 19 ss. Si veda, inoltre, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit. p. 69 e ss. afferma, in particolare, che c'è necessità di distinguere i concetti e di determinare i rapporti tra azione in senso giuridico e azione in senso naturalistico. Non può esserci coincidenza tra reato e azione perché la natura è oggetto del diritto e deve essere da esso valutata. Azione in senso naturalistico e in senso giuridico possono anche coincidere, ma non è assolutamente necessario. Conf. MARINI, voce *Concorso di reati*, dice che l'individuazione della condotta unica è il primo quesito da affrontare.

<sup>477</sup> Il complesso tema delle teorie sull'azione penalmente rilevante nel diritto penale non è oggetto della presente indagine e, pertanto, si rinvia all'ampia letteratura sull'argomento. Si vedano, *ex multis* MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano 1971; MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, in ID. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 41 ss.; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

<sup>478</sup> Sul concetto di azione come manifestazione di personalità nella presa d'atto dei problemi dommatici che residuano dall'adesione ad ogni altra teoria sull'azione v. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dogmatica penalistica tedesca*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 2087 ss.

<sup>479</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 799 e 800. L'Autore sottolinea come il concetto di *Handlung* nella *Konkurrenzlehre* debba essere distinto dal concetto di azione penalmente rilevante, ma anche dal concetto di azione in senso processualistico che, invece coincide con l'insieme degli accadimenti empirici che sono sottoposti a giudizio nell'ambito di una vicenda processuale. Si veda anche WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 330.

<sup>480</sup> Un esempio potrebbe essere il concorso formale di lesioni personali e omicidio nei confronti di due soggetti diversi realizzati con un'unica azione offensiva.

<sup>481</sup> Ne costituiscono un esempio i reati abituali nei quali il legislatore tipizza l'offesa ad un bene giuridico arrecata da atti distanti nel tempo, presumibilmente non collegati da un vero e proprio vincolo finalistico come potrebbe accadere nel caso di un padre violento che percuote e ingiuri i figli e la moglie, con atti e moventi distinti. Il legislatore riconosce che l'offesa al bene giuridico tutelato è arrecata proprio dall'abitudine e dalla ripetizione dei comportamenti, pur se autonomi tra loro.

dovendosi, poi, valutare ai fini dell'unità o pluralità di reati anche il numero degli eventi e, in alcuni casi, dei soggetti offesi. Da un punto di vista naturalistico, tanto è possibile realizzare più reati con un solo contegno (si pensi ad un solo sparo che ferisce Tizio e uccide Caio) tanto è possibile che più contegni esecutivi siano legislativamente unificati in un solo reato (a titolo esemplificativo si pensi al caso dei reati plurisussistenti, abituali, o al caso di chi con plurimi contegni violi, in uno stesso contesto spazio-temporale, una norma a più fattispecie). Risultano, quindi, superate quelle dottrine che volevano il concetto di reato coincidente con il concetto di azione, riportando il concorso formale, in realtà, ad un'ipotesi di unitarietà di reato<sup>482</sup>.

Come si è avuto modo di analizzare, i problemi attinenti alle qualificazioni giuridiche multiple e, quindi, all'alternativa reato unico-pluralità di reati, attengono propriamente al piano della tipicità. Aderendo alle teorie normative del reato, un fatto tipico unitario è la sintesi di una serie di elementi valutati giuridicamente<sup>483</sup>. Anche la condotta, allora, va interpretata in senso giuridico, cioè come insieme di requisiti oggettivi e soggettivi inerenti al comportamento dell'agente richiesti dalla norma di parte speciale ai fini della configurazione del *Tatbestand*. Pertanto, se nel fatto naturalistico realizzato dall'agente sono riscontrabili due condotte tipiche eterogenee, anche se parzialmente coincidenti, evidentemente vi sarà un concorso di reati<sup>484</sup>. Qualora, invece, la condotta tipica fosse unica, i reati potrebbero essere comunque plurimi. Nella perfetta coincidenza delle condotte esecutive delle singole fattispecie, potrebbe essere diversa l'offesa realizzata oppure diverse le persone offese, sempre che, secondo la dottrina maggioritaria, il bene giuridico in discussione sia altamente personale<sup>485</sup>.

Nell'applicazione dei criteri esposti, per valutare se l'omissione è unica, si deve distinguere tra reati omissivi propri o impropri. Nei primi bisogna valutare il numero di norme d'obbligo

---

<sup>482</sup> Per i riferimenti alla dottrina tedesca, ormai superata, che affermava la coincidenza tra il concetto di azione e quello di reato FROSALI, *Concorso di reati e di norme*, cit., 69 ss. Per i riferimenti alla dottrina italiana si veda PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit., 6, il quale obietta che quella del concorso formale di reati è una unificazione ai soli fini della pena.

<sup>483</sup> FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit. 70 dice che il reato è una sintesi di elementi, l'azione è solo uno di essi. Il reato è infatti una sintesi di elementi: azione, nesso causale, evento (tutti illuminati dall'elemento soggettivo), più, eventualmente, alle condizioni di punibilità.

<sup>484</sup> MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 153 ss. il quale ritiene che per aversi concorso formale di reati eterogenei è sufficiente una coincidenza dei processi esecutivi seppur parziale. Ancora una volta, il caso di scuola è quello di chi consuma rapporti carnali violenti con una propria consanguinea (concorso formale eterogeneo). Sul punto anche MARINI, voce *Concorso di reati*, cit., 316, secondo il quale la nell'art. 81 c.p. l'azione o omissione unica è da intendere come nucleo comportamentistico rilevante costitutivo del fatto.

<sup>485</sup> Si pensi, alla differenza tra chi fa dolosamente esplodere un ordigno in un ufficio per procurare la morte di tre persone (concorso formale omogeneo) ovvero la morte di due persone e il ferimento della terza (concorso formale omogeneo ed eterogeneo) e chi, ad una serata di gala, rubi dalla sala guardaroba pellicce di più ospiti. Secondo questa ricostruzione, quest'ultima ipotesi andrebbe considerata un solo reato come nel caso di chi, introdottosi in un appartamento ruba da un solo cassetto più gioielli di una stessa persona, oppure nel caso di chi rubi un solo oggetto molto prezioso di proprietà di più persone.

violato. Nei reati omissivi impropri, considerando la clausola di equivalenza causale di cui all'art. 40.2 c.p., occorrerà valutare altresì se l'agente avrebbe potuto impedire la verificazione dell'evento attivandosi con un solo comportamento doveroso<sup>486</sup>. Riflessioni analoghe possono farsi per l'ipotesi di un concorso formale di reati realizzati con una sola condotta colposa<sup>487</sup>.

Occorre, a questo punto, valutare se il concetto di unità o pluralità di condotta nell'alternativa tra concorso di reati o concorso apparente di norme coincide o meno con quello di unità o pluralità della condotta ai fini dell'alternativa tra concorso materiale o formale di reati.

La tentazione di riscontrare un'unità di azione nel maggior numero di casi possibile a causa del più benevolo trattamento sanzionatorio e la necessità di coordinare la disciplina del concorso formale di reati con quella del reato continuato affinché non ci fossero irragionevoli disparità di trattamento, ha portato a confondere tali piani di indagine. Essi, invece, sembrano riferirsi a due concetti ben distinti di unità di condotta. A tal proposito, in considerazione del frequente ricorso della dottrina italiana all'esperienza tedesca, può risultare utile un raffronto con la disciplina prevista dal § 52 StGB.

### 3.2 Il raffronto con il § 52 StGB

Il §52 del codice penale tedesco, a cui sono riferiti i casi di *Idealkonkurrenz*, disciplina i casi di violazione di più disposizioni di più norme di legge o di plurima violazione della stessa norma per mezzo della stessa azione *-dieselbe Handlung-*, applicando il criterio dell'assorbimento sanzionatorio e, quindi, comportando l'applicazione della sola pena più grave tra quelle comminate<sup>488</sup>.

Nell'inadeguatezza di un concetto di azione in senso meramente naturalistico *-Handlung im natürlichen Sinne-*, a quest'ultimo si affianca, generalmente, una nozione giuridica di azione *-Handlung im juristischen Sinne-*. È estremamente interessante, però, valutare quali casi vengono fatti rientrare in tale concetto giuridico di azione unica. Quest'ultimo si articola in tre nozioni diverse<sup>489</sup>.

---

<sup>486</sup> FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 662.

<sup>487</sup> Per quanto riguarda i reati colposi, dovendosi ricostruire la colpa sul piano normativo attraverso il riferimento alla violazione della regola cautelare, il riscontro di un'azione colposa unica presenta forti somiglianze rispetto a quanto detto in materia di reati plurimi omissivi. L'interprete dovrà, pertanto, valutare se un unico comportamento conforme alla regola cautelare sarebbe stato idoneo a scongiurare la pluralità di eventi. sul punto anche FROSALI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 84 ss.

<sup>488</sup> V. WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht.*, cit., 326 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 817 ss; DEL RE, *Il nuovo codice penale Tedesco. Profili sistematici*, Milano, 1984, 130 ss.; FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Milano, 1993, 470 ss.

<sup>489</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 319 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 801 ss.

Una prima accezione è quella di unità di azione in senso tipico -*Tatbestandliche Handlungseinheit*- nella quale, in estrema sintesi, vengono fatte rientrare ipotesi corrispondenti, nel nostro ordinamento, ai reati plurisussistenti -*Mehrartige Delikte*-, ai reati permanenti e, più in generale, ai reati di durata -*Dauerdelikte*-, ai reati complessi -*Zusammengesetzte Deliktstatbestände*- e ai reati abituali -*Paulschale tatbestandliche Handlungsbeschreibungen*-. A questi casi vanno aggiunti quelli dei reati omissivi propri in cui sussiste una sola norma d'obbligo che è stata violata e quelli impropri in cui sussiste una sola azione contraria che poteva evitare la realizzazione degli eventi naturalistici -*echte und unechte Unterlassungsdelikte*-. Infine, vengono considerate ipotesi di unità della condotta tipica le fattispecie iterative e successive, nonché il loro tentativo. Ci si riferisce ai casi in cui più atti tipici omogenei, realizzati in successione immediata e retti da una stessa risoluzione di volontà, determinano una sola violazione della stessa norma penale perché realizzata progressivamente<sup>490</sup> oppure perché determina solo un aumento quantitativo della gravità del reato<sup>491</sup>.

Una seconda accezione di *Handlung im juristischen Sinne*, di creazione meramente giurisprudenziale, è definita *natiirliche Handlungseinheit* e si riferisce alle ipotesi in cui un insieme di atti in senso naturalistico va considerato come un'unica azione in senso tipico -*Handlungseinheit*-, perché sorretti da un'unica volontà e realizzati in uno stesso contesto spazio-temporale. In questi casi si realizzerebbe, pertanto, un'unica violazione di legge. Questa ipotesi non desta particolari perplessità quando gli atti naturalistici unificati sono omogenei tra loro, essendo un'operazione di qualificazione analoga e sovrapponibile rispetto a quella effettuata per le condotte iterative o successive. Le preoccupazioni maggiori della dottrina straniera sono riferite ai casi in cui la *natiirliche Handlungseinheit* è riscontrata tra atti eterogenei, cioè autonomamente sussumibili in norme di legge diverse, essendovi il pericolo di un forte arbitrio giurisprudenziale nella scelta tra l'applicazione di una sanzione unica ai sensi del §52 StGB ovvero di una *Gesamtstrafe* ai sensi del §53 StGB.

L'ultima è quella del reato continuato costituito da violazioni normative omogenee -*fortgesetzte Handlungseinheit*-. Trattasi di una figura dai presupposti applicativi incerti, priva di un riferimento normativo esplicito, che ad oggi sembra essere stata, di fatto, estromessa dall'ordinamento a seguito di una sentenza del BGhSt<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Ad esempio, nel caso di uccisione di un uomo colpendolo con vari mezzi e in vario modo fino a procurarne la morte; si tratta, quindi, della realizzazione progressiva di una stessa violazione della norma sull'omicidio.

<sup>491</sup> Si pensi al caso del furto in diverse stanze di uno stesso appartamento di più oggetti preziosi quali gioielli, denaro, tappeti, opere d'arte. La violazione di legge resta unica come unica è la volontà di realizzazione del fatto. In tale caso si realizza solo un aumento progressivo della gravità dello stesso reato.

<sup>492</sup> Sulla *fortgesetzte Handlungseinheit* vedi *infra* par. 4.

Il dato che appare opportuno rilevare è che i casi che si fanno rientrare nell'*Idealkonkurrenz* ai sensi del §52 StGB, nel nostro ordinamento costituiscono, per lo più, un'ipotesi di unità di reato o perché i fatti posti in essere dall'agente sono suscumbibili in un'unica fattispecie prevista dal legislatore o per l'applicazione dei criteri operativi del concorso apparente di norme. Nel nostro ordinamento, infatti, i reati plurisussistenti e quelli abituali propri costituiscono fattispecie in cui una serie di condotte naturalisticamente diverse sono valutate dal legislatore in modo unitario potendo essere sussunte in un'unica fattispecie. Allo stesso modo le fattispecie relative ai reati complessi e abituali impropri assorbono in un'unica condotta tipica fatti autonomamente qualificabili come illeciti penali per effetto di una valutazione complessiva del legislatore rispetto al disvalore d'evento realizzato. In virtù del criterio della specialità, poi, tali fattispecie prevalgono rispetto alle fattispecie che si potrebbero definire semplici. Gli stessi reati permanenti costituiscono pacificamente un reato unico, fatti salvi i problemi relativi alla determinazione della loro consumazione, della decorrenza del termine di prescrizione e dell'individuazione di una pluralità di reati omogenei in caso di protrazione della condotta esecutiva in pendenza del processo ed oltre lo stesso. La discussione relativa alle condotte iterative o successive, inoltre, richiama i problemi che la dottrina italiana si pone in termini di reato unico progressivo oppure di determinazione degli elementi quantitativi del reato per escludere il concorso di reati omogenei. Sembra, infine, difficile distinguere i problemi riguardanti la *naturliche Handlungseinheit* in relazione a condotte eterogenee dai casi in cui la dottrina italiana si interroga sulla configurabilità di una progressione criminosa ovvero sulla possibilità di qualificare i fatti alla luce di un'unica fattispecie ricorrendo alle figure di reato eventualmente complesso o al principio dell'assorbimento o consunzione.

Un discorso diverso va effettuato per i reati omissivi. Mentre la violazione di un unico obbligo d'agire è certamente idonea a configurare un solo reato nei reati omissivi propri, la realizzazione di un'unica omissione nel caso dei reati omissivi impropri non è necessariamente prodromica alla qualificazione di un reato unico. La moltiplicazione degli eventi potrebbe, infatti, determinare la configurazione di un concorso formale di reati omissivi per identità degli atti esecutivi.

La trattazione successiva metterà, altresì, in evidenza il dibattito sulla natura unica o plurima del reato continuato. La superata disciplina tedesca, anche per la sua limitazione alle sole ipotesi di continuazione tra violazioni omogenee, appare fortemente simile alla disciplina

della continuazione come prevista dal c.p. del 1930 che, come si avrà modo di osservare, sembrava costituire un'ipotesi di unità di unificazione legislativa in un fatto unitario.<sup>493</sup>

Il dato letterale sembra confermare questa interpretazione del concorso ideale come ipotesi in cui, a fronte di un'astratta pluralità di violazioni normative, si riscontra un fatto tipico unico. La rubrica del § 52 StGB, infatti, si riferisce alle ipotesi di "fatto unico" -*Tateinheit*-, mentre il successivo § 53 StGB, dedicato alla pluralità di fatti -*Tatmehrheit*-, fa riferimento alla sussistenza di molteplici fatti -*Straftaten*- e, quindi, alla pluralità di reati<sup>494</sup>.

Alla luce delle considerazioni svolte è comprensibile l'osservazione della manualistica tedesca che richiede all'interprete di tenere ben distinti i concetti di *Hanlungseinheit* e *Handlungsidentität*<sup>495</sup>. La qualificazione dei contegni dell'agente nell'ambito di un'unica condotta tipica, quindi, dev'essere distinta dai casi in cui, le più condotte tipiche coincidono, esclusivamente, da un punto di vista esecutivo. Sembra allora che l'ipotesi del § 52 StGB sia utile ad inquadrare precisamente quelle ipotesi in cui l'applicazione di un'unica pena tiene comunque conto della plurima violazione di legge, per differenziare queste ipotesi da quelle di mera unità del reato<sup>496</sup>.

### 3.3. Il concetto di azione o omissione unica nel concorso formale

La conclusione che si trae dall'analisi comparatistica tra l'art. 81 c.p. e il § 52 StGB è che il costante riferimento alla dottrina tedesca, effettuato dalla dottrina italiana in tema di concorso formale e unità o pluralità di reati, deve avere ben presente quali aspetti della disciplina straniera sul concorso ideale non attengono al concorso formale di cui all'art. 81 c.p.

Il nostro sistema penale prevede norme esplicite di parte generale e speciale che disciplinano i problemi di qualificazione giuridiche multiple. Al contrario, come si è avuto modo di sottolineare, nell'ordinamento tedesco, il tema della convergenza reale o apparente di norme -*Gesetzeskonkurrenz*-, è basato interamente su ricostruzioni dottrinali e interpretazioni

---

<sup>493</sup> Sulla natura originariamente unica e successivamente plurima del reato continuato in Italia si veda *infra*, par. 4.1

<sup>494</sup> Entrambi i paragrafi sono collocati nel titolo dedicato alla punibilità in caso di pluralità di violazioni di legge -*Gesetzverletzungen*-. Il primo comma del § 52 StGB *Tateinheit* stabilisce, infatti, che «quando la stessa azione viola più norme di legge o una stessa norma più volte, si è condannati ad una sola pena». Quello del § 53 StGB *Tatmehrheit*, invece, dispone «se qualcuno realizza più reati -*Straftaten*-, che sono giudicati contemporaneamente, e per i quali devono essere applicate più pene detentive o pecuniarie, si è condannati ad una pena cumulativa -*Gesamtstrafe*-». Il § 55 StGB estende, poi, tale ipotesi ai casi in cui i fatti siano giudicati in diverse vicende processuali.

<sup>495</sup> Ai fini dell'individuazione di un fatto unitario, per *Handlungseinheit* si intende che la condotta tipica è una sola. Diverso è il concetto dell'*Handlungsidentität* che si riferisce al caso in cui le condotte siano sovrapponibili sul piano esecutivo. WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 319.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 799.

<sup>496</sup> Si pensi ai casi di assassinio -*Mord* § 221 StGB- e omicidio -*Totschlag* § 222 StGB- che configurano un'ipotesi di *Tateinheit* ai sensi § 52 StGB.

giurisprudenziali che si intrecciano con il tema dell'unità di azione ai sensi del §52 StGB. Quest'ultimo sembra riferirsi a casi in cui, nonostante la pluralità di violazioni di legge, il fatto tipico è, comunque, unico.

Si deve, allora, comprendere che tutti i problemi sollevati dalla dottrina tedesca in tema di *Idealkonkurrenz* ai sensi del §52 StGB attinenti valutazione dell'unità di condotta tipica - *Handlungseinheit*-, riguardano il piano dell'assorbimento di violazioni omogenee o eterogenee nell'ambito di un'unica fattispecie in virtù di una unificazione legislativa, o comunque l'applicazione di una sola norma tra quelle violate. Esse, quindi, non hanno nulla a che vedere con le problematiche di unità di azione o omissione *ex art. 81 c.p.*, nell'alternativa tra concorso materiale e formale di reati. Esse ma al diverso piano di valutazione.

Ciò che, invece, riguarda la nostra nozione di concorso formale è l'identità della condotta esecutiva -*Handlungsidentität*- che, non a caso, era stata considerata un dato irrilevante nella stesura originaria del codice<sup>497</sup>. Il legislatore del 1930, infatti, riscrivendo la definizione del concorso formale e sostituendo la nozione di «medesimo fatto» di cui all'art. 78 c.p. del 1889 con quella di «unica azione o omissione» di cui all'art. 81 co. 1 c.p. vigente, aveva stabilito, in coerenza con l'intero sistema, che in entrambi i casi dovesse applicarsi il criterio sanzionatorio del cumulo materiale. La necessità di scrivere una norma *ad hoc* per il concorso formale nasceva, più che altro, dalla necessità di distinguere nettamente quest'ipotesi da quella di concorso apparente di norme.

I lavori preparatori e l'impianto originario del codice, certamente non sono vincolanti e non impediscono una nuova interpretazione alla luce dell'evoluzione del dibattito dottrinario, nonché dell'intervento dei principi costituzionali. Ciò non toglie che, se i principi costituzionali sono rispettati, non sembra opportuno procedere ad interpretazioni che stravolgano l'intero senso del sistema. Per questo motivo non si ritiene possibile interpretare il concetto di condotta unica nel concorso formale in modo diverso da unità di atti esecutivi. Vero è che molte perplessità possono sorgere sull'opportunità di mantenere il criterio sanzionatorio del cumulo aritmetico come regola generale del trattamento della pluralità di reati<sup>498</sup>. Ciò non toglie, però, che quando le operazioni di qualificazione giuridica consentono

---

<sup>497</sup> Non dissimile l'opinione di VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 302 ss., che definisce il concorso formale di reati come l'ipotesi in cui uno stesso insieme di atti concreti è utile per l'integrazione della condotta tipica di più fattispecie criminose. *Contra*, BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati*, cit., 173 ss. secondo il quale la riforma giuridica del 1974 ha segnato un ritorno alla nozione di azione unica come unico fatto e quindi prospetta la possibilità di una sua interpretazione in termini di unica azione tipica.

<sup>498</sup> Su questo tema e sulla discrezionalità del legislatore nella scelta del criterio sanzionatorio con cui trattare la pluralità di reati consumati si veda *infra* par. 5. È in ogni caso chiaro che il legislatore del 1930, invece, in applicazione di un atteggiamento estremamente rigorista ha optato per l'assoluta irrilevanza della realizzazione di più fatti di reato mediante una sola azione o più azioni stabilendo che anche in caso di concorso formale dovesse essere applicato il criterio sanzionatorio del cumulo materiale. Sul punto PACILEO, voce, *Concorso di*

di riscontrare che l'autore ha realizzato più reati, non può che essere indifferente che siano stati consumati con una sola o con più condotte esecutive<sup>499</sup>. Del resto la personalizzazione del trattamento sanzionatorio in virtù di una maggiore o minore responsabilità personale, meglio si adatta alle valutazioni *ex art.* 133 c.p. per la determinazione della pena in concreto applicabile.

Alla luce di tali considerazioni si comprende l'affermazione di chi, volendo sottolineare che si tratti comunque di una vera ipotesi di pluralità di reati, preferisce non parlare di concorso formale di reati, ma di concorso di reati con azione unica<sup>500</sup>.

Inoltre, aderendo a questa distinzione tra unità di azione in senso tipico nell'alternativa concorso formale e concorso apparente di norme e unità di azione in senso naturalistico o esecutivo nell'alternativa tra concorso apparente o reale di reati, non sembrano ricorrere

---

*reati*, cit., 5, che cita la relazione ministeriale al c.p secondo la quale era necessario dare una autonoma risposta sanzionatoria a tutti i fatti di reato.

<sup>499</sup> MARINI, voce *Concorso di reati*, cit., 316, conclude in modo condivisibile affermando che l'impostazione legislativa originaria aveva il pregio della completezza e della uniformità. Sulla scorta di queste considerazioni, la riforma del 1974 che ha applicato, contemporaneamente, il cumulo giuridico tanto al concorso formale quanto alle ipotesi di continuazione eterogenea, sembra non avere altro fondamento se non quello di mitigare il trattamento sanzionatorio dei casi di pluralità di reati senza prendersi la responsabilità di dichiarare chiaramente il cambiamento delle scelte politico criminali. Il criterio generale affermato dall'art. 71 c.p. resta, infatti, quello del cumulo materiale, ma vengono riscontrate talmente tante deroghe (prive di una vera giustificazione sostanziale) che, di fatto, il trattamento sanzionatorio dei molteplici reati concorrenti è stato del tutto snaturato. Per perplessità analoghe sulla riforma del 1974 si veda FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 673. La valenza dell'opportunità di un criterio sanzionatorio unico per le due ipotesi di concorso si può testare con un facile esempio. Se il riferimento è la dannosità sociale dei comportamenti illeciti, è del tutto indifferente che un soggetto che voglia uccidere più persone, per motivi razziali, personali, politici, o altro, realizzi i molteplici omicidi con una sola condotta esecutiva o con più condotte. Il caso di scuola che viene ripetuto per dimostrare la fondatezza del regime sanzionatorio più mite del concorso formale rispetto a quello del concorso materiale secondo quanto disposto dalla riforma del 1974 è, il più volte citato, esempio di chi consuma rapporti sessuali violenti con la sorella. In tale ipotesi, si dice, il soggetto che una sola volta, sotto la spinta di un'unica pulsione si pone contro l'ordinamento, esprimerebbe un disvalore inferiore rispetto a chi con due azioni distinte realizza i due fatti di reato. In relazione a tale caso specifico va considerato che, come si avrà modo di argomentare, già il 133 c.p. dà all'interprete degli strumenti con i quali valutare nel caso concreto il disvalore di evento e il disvalore d'azione per determinare, in concreto, la pena applicabile tra il minimo e massimo della forbice edittale; non va, poi sottovalutata, l'incidenza delle circostanze sul trattamento sanzionatorio del fatto oggetto di giudizio. Inoltre, sembra incidere sulla valutazione di questo specifico esempio anche una generale minore percezione dei consociati rispetto al bene giuridico tutelato dalla fattispecie d'incesto. Rispetto al sistema di valori di cui il codice del 1930 era espressione, infatti, è mutata proprio la percezione della dannosità sociale dei rapporti sessuali tra consanguinei. Per tale esempio, COPPI, voce *Reato continuato*, in *Dig. pen.*, Vol. XI, Torino, 1997, 222 ss.

<sup>500</sup> Si riferisce al concetto di concorso di reati con azione unica FROSALI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 60 ss. dal momento che si tratta sempre di un concorso reale tra plurimi reati omogenei o eterogenei. Preferisce parlare di concorso ideale MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit. 119 ss. ritenendo che con tale espressione si possa intendere il fatto che, solo idealmente, l'azione è unica ed appartiene a tutti i reati realizzati essendo sufficiente una coincidenza parziale delle condotte. È opportuno sottolineare, altresì che intendendo l'espressione concorso ideale in tali termini, Moro prende le distanze da quella parte della dottrina di derivazione tedesca per la quale ci si riferisce al concorso ideale per indicare quell'operazione di pensiero che consente di individuare nel fatto unico una pluralità di violazioni normative. Si tratterebbe pertanto, di un concorso di reati solo in astratto.

particolari ostacoli alla configurabilità di un concorso formale tra delitti e contravvenzioni e tra fatti connotati da un elemento psicologico diverso<sup>501</sup>.

Al contrario, troppo spesso le valutazioni sull'unità di azione o omissione di cui all'art. 81 c.p. sembrano sovrapporre l'*Handlungseinheit* e l'*Handlungsidentität*, rendendo l'unità di azione o omissione un concetto indeterminato. Questa scarsa chiarezza e certezza della norma fa gioco alla giurisprudenza per applicare quasi sempre il cumulo giuridico di sanzioni nella considerazione che, approssimativamente, o si tratta di reati eterogenei espressione di un medesimo disegno criminoso o, almeno, di reati espressione di una medesima azione che realizzi un concorso formale<sup>502</sup>.

#### **4. Il reato continuato: evoluzione storica, elementi costitutivi ed aspetti problematici**

Il secondo comma dell'art. 81 c.p. disciplina la dibattuta ipotesi di reato continuato che valorizza, in modo favorevole al reo, il collegamento esistente tra una pluralità di violazioni omogenee o eterogenee di legge. A tal proposito la norma richiede che le varie azioni o omissioni siano realizzate, anche se in tempi diversi, in esecuzione del medesimo «disegno criminoso». Il regime sanzionatorio applicato è quello del cumulo giuridico, così come nelle ipotesi di concorso formale di reati<sup>503</sup>.

La dottrina discute non solo sulla natura giuridica di tale ipotesi illecita, ma anche sulla stessa opportunità di valutare il medesimo disegno criminoso in termini favorevoli al reo.

Le ambiguità che, ancora oggi, sussistono in relazione a questo istituto appaiono più chiare se si considerano le sue origini storiche. Pare, infatti, che tale disciplina sia stata elaborata per rispondere all'esigenza pratica di applicare un trattamento sanzionatorio meno severo agli

---

<sup>501</sup> Sui problemi applicativi del cumulo giuridico tra delitti e contravvenzioni, vedi, *infra*, par. 5. Sul problema della necessità di un unico elemento soggettivo PACILEO, voce *Concorso di reati*, cit., 5 ammette il concorso tra reati con elemento soggettivo diverso, perché l'identità del fine non si deve confondere con l'identità dell'elemento soggettivo. Conf. MARINI, voce *Concorso di reati*, 316, concorda sulla possibilità di far concorrere formalmente reati colposi e dolosi a differenza di quanto accade per il reato continuato. *Contra*, MORO, *Unità o pluralità di reati*, cit., 161 ss. il quale ritenendo che il concorso formale mantenga degli aspetti di unità e degli aspetti di pluralità, ritiene che esso si venga a verificare in presenza di più momenti esecutivi che sono almeno parzialmente coincidenti oltre distinti eventi di lesione. Questo, però, vorrebbe dire che vi dev'essere un'unica applicazione di energia positiva e quindi un'unica volontà. Quest'ultima tra l'altro, non si può limitare alla mera rappresentazione ma deve comprendere anche la vera e propria volontà dei molteplici eventi realizzati.

<sup>502</sup> Per considerazioni analoghe sull'inopportunità della distinzione di trattamento sanzionatorio delle due ipotesi di concorso e sulle interpretazioni arbitrarie della giurisprudenza tedesca in virtù delle ambiguità del concetto di azione, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 799.

<sup>503</sup> Sul reato continuato v., in particolare, COPPI, voce *Reato continuato*, cit., 222 ss.; LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1940; LEONE, voce *Reato continuato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 966 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 176 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 608 ss.; PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2013, 468 ss.; ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 423 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 493 ss..

autori di autonome violazioni omogenee, in base alla percepita sproporzione derivante dall'applicazione del regime sanzionatorio previsto per il concorso di reati<sup>504</sup>.

In conformità con tale tradizione giuridica, l'art. 79 del codice penale del 1889 disponeva, che le plurime violazioni della medesima legge, purché realizzate con «atti esecutivi della medesima risoluzione», anche se commesse in tempi diversi, dovessero «considerarsi per un solo reato»<sup>505</sup>. La continuazione comportava l'applicazione del cumulo giuridico con aumento della pena base da un sesto alla metà. Si trattava, quindi, di una disciplina di favore rispetto alle ipotesi di concorso materiale, ma più severa rispetto a quella prevista per le ipotesi di concorso ideale ai sensi dell'art. 78 c.p. del 1889.

La concezione unitaria della continuazione nel codice penale del 1889 non stupisce se si considerano le forti somiglianze tra esso e il vigente codice penale tedesco. Va, infatti, notato che: anche il codice Zanardelli non conosceva norme di parte generale sul concorso apparente di norme; nell'ambito delle norme sul concorso di reati, gli artt. 68-73 c.p. del 1889 si riferivano, esplicitamente, all'ipotesi di un soggetto che avesse commesso più delitti, oppure più contravvenzioni, oppure delitti e contravvenzioni; l'art. 78 c.p. del 1889 faceva riferimento all'ipotesi di «un medesimo fatto» violativo di diverse disposizioni di legge; infine, l'art. 79, non si esprimeva nei termini di pluralità di azioni od omissioni, ma di plurime violazioni di legge unificate, perché esecutive di una medesima risoluzione ad agire. Si può pensare, allora, che, nel sistema penale del 1889, l'art. 78 c.p. sul concorso ideale fosse espressione di casi in cui il fatto di reato è unitario nonostante la plurima violazione di legge, così come accade nell'ipotesi della continuazione. Quando infatti il legislatore si è voluto riferire al termine reato, lo ha fatto parlando di delitto, reato e contravvenzione. Di conseguenza tutti i casi di effettiva pluralità di reati, omogenei o eterogenei, ricadevano nelle diverse discipline del cumulo giuridico ai sensi degli artt. 68 ss. c.p. 1889 e della connessione criminosa ai sensi dell'at. 77 c.p. 1889.

Al contrario, il legislatore del 1930 ha interpretato queste norme del c.p. del 1889 in modo completamente diverso. Questi, partendo dall'equivalenza tra reato e violazione di legge, ha considerato il concorso ideale una normale ipotesi di concorso di reati<sup>506</sup>. Detto ciò, a maggior

---

<sup>504</sup> Si pensi al caso di un soggetto che abbia realizzato dei furti da un banco di frutta a breve distanza gli uni dagli altri. Sul punto COPPI, voce *Reato continuato*, cit., 222, che lo riconduce alle elaborazioni dei pratici; LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit. 177 ss., che riconduce le origini dell'istituto ai glossatori e post glossatori, con successivi approfondimenti dei pratici. È importante sottolineare che il riferimento alle sole violazioni omogenee è stato, poi, mantenuto da tutti gli ordinamenti che prevedono tale istituto.

<sup>505</sup> LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 968, ricorda che, in sede di codificazione unitaria, la figura della continuazione comparve nel progetto del 18 agosto 1867 della I commissione e il suo inserimento nel codice Zanardelli non fu privo di accesi contrasti.

<sup>506</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 131: «nell'art. 78, in realtà, la parola “fatto” serviva a denotare l'azione o omissione dell'agente e non anche l'evento antiggiuridico, essendo fondamentale alla nozione

ragione la continuazione è espressione di una pluralità di reati con pluralità di condotte esecutive che deve continuare ad essere trattata in modo più grave rispetto all'ipotesi di pluralità di reati realizzati con condotta unica.

Sulla base di tali ambiguità concettuali e terminologiche, nel passaggio alla nuova codificazione penale, il mantenimento dell'istituto non fu del tutto pacifico. Non mancarono proposte di eliminazione della continuazione per sostituirla con un'attenuante rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, in assenza della quale le violazioni plurime commesse in esecuzione del medesimo disegno criminoso sarebbero state sottoposte al trattamento previsto per il concorso di reati<sup>507</sup>. Questa posizione sembra aver incontrato resistenze, soprattutto di alcune Corti d'appello chiamate ad esaminare il progetto preliminare al codice penale, nonché di alcuni membri della Commissione incaricata di esprimere un parere su esso. Pertanto il legislatore ha dovuto cedere alle esigenze pratiche di mitigazione del trattamento sanzionatorio di questa ipotesi di pluralità di reati<sup>508</sup>.

Al termine di tale dibattito, limitandosi a tradurre in disposizione normativa l'esigenza di mitigazione sanzionatoria del trattamento della pluralità di reati omogenei, la formulazione

---

del così detto concorso ideale o formale di reati, (...) il presupposto che, con unicità della condotta, si producano violazioni giuridiche diverse, e quindi eventi antiggiuridici diversi, come letteralmente disposto dall'art. 78. Senonché, ritenuta tale nozione del concorso ideale (...), appariva necessario, in un nuovo testo legislativo, nettamente distinguere l'ipotesi del concorso ideale di reati da quella del concorso di norme giuridiche, che a poco a poco gli interpreti avevano finito col confondere tra loro». Il concorso apparente di norme, allora, dev'essere nettamente tenuto distinto dal concorso ideale di reati, perché «Nell'uno, (...) la tutela dello stesso bene giuridico, o, come dicesi comunemente, della stessa materia, viene regolata da una pluralità di norme, talché sorge il problema della scelta della norma che dev'essere applicata, non potendo lo stesso reato essere punito più volte; nell'altro, viceversa, i più beni giuridici distinti vengono penalmente tutelati e sorge, quindi, il dubbio se, verificandosi la lesione non di uno soltanto di tali beni, ma di vari fra essi, sia pure per effetto di un'azione o omissione unica, si debba o meno punire il colpevole per ognuna delle lesioni cagionate. Nell'uno, insomma, il reato rimane unico, nonostante la pluralità di norme giuridiche che lo prevedono, e si è quindi fuori dall'istituto del concorso di reato; nell'altro, invece, alla pluralità effettiva di beni violati corrisponde una pluralità d'infrazioni giuridiche nonostante l'apparente unicità del processo esecutivo (...) e si versa (...) in tema di concorso di reati».

<sup>507</sup> *Ivi*, 133-134. Il legislatore in particolare, giustifica la proposta abolizione della continuazione con una necessità di coerenza sistematica. Se, infatti, la disciplina del concorso formale vuole che più violazioni di legge siano punite come un normale concorso di reati, a maggior ragione dovrebbero esserlo le violazioni realizzate con condotte plurime. Tale situazione, infatti, dovrebbe essere considerata pacificamente più grave rispetto al concorso formale. In tale relazione finale si sottolinea che lo stesso codice Zanardelli prevedeva per il reato continuato un cumulo giuridico a fronte dell'assorbimento sanzionatorio previsto per il concorso ideale di reati. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., 228, il quale cita il progetto del 1921 di larga ispirazione positivista, che concepì la continuazione come una circostanza di maggiore pericolosità prevista dall'art. 21 con la conseguenza dell'inasprimento delle pene. Allo stesso l'art. 79 co. 2 e 3 del progetto di codice penale del 1927, disciplinava l'ipotesi di plurime violazioni della medesima norma penale realizzate, anche in tempi diversi, in esecuzione di uno stesso disegno criminoso. In tali casi il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, valutando una serie di elementi (coincidenti con quelli attualmente previsti dall'art. 133 c.p.), poteva ridurre la pena risultante dal concorso di reati in misura non inferiore ad un terzo, sempre che non si fosse trattato di un delinquente o un contravventore abituale, professionale o per tendenza. Sul punto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 485.

<sup>508</sup> *Ivi*, cit., 133 ss: «Senonché vive e insistenti si sono manifestate le preoccupazioni per l'eccessivo rigore, a cui avrebbe condotto, pur con le mitigazioni suddette, il sistema del concorso materiale tra i vari fatti di continuazione. Rendendomi conto di tali preoccupazioni, ho ripreso in attento esame il problema e mi sono convinto che sia questa una materia, nella quale le considerazioni teoriche debbono cedere alle esigenze della pratica».

originaria dell'art. 81 co. 2 c.p. prevedeva l'applicazione del cumulo giuridico nei confronti di «chi, con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa disposizione di legge, anche se di diversa gravità», costituendo una rara eccezione al cumulo materiale di sanzioni. La rubrica dell'art. 81 c.p., recante l'indicazione di «reato continuato», il terzo comma dell'art. 81 c.p. e l'art. 158 c.p. confermavano la natura unitaria di tale ipotesi criminosa<sup>509</sup>. Allo stesso modo, nei lavori preparatori, si specifica che la natura unitaria del reato continuato impedisce di considerare le singole violazioni ai fini della recidiva o della dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere<sup>510</sup>. In tale contesto sembrano ragionevoli le posizioni dottrinali che ricostruivano il medesimo disegno criminoso come l'elemento soggettivo del reato continuato<sup>511</sup>. Nonostante ciò, la sostituzione della nozione di plurime violazioni di leggi commesse con «atti esecutivi di una medesima risoluzione» ex art. 79 del codice Zanardelli con quella di «più azioni o omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso», non aveva affatto risolto i problemi relativi al reato continuato.

La lettera del codice ammetteva che le plurime violazioni potessero essere di varia gravità, pertanto era possibile che per alcune soltanto di queste violazioni dovessero applicarsi delle circostanze. La dottrina, quindi, era d'accordo sul fatto che il riferimento alla medesima violazione di legge, non potesse essere inteso come necessità di applicazione degli stessi articoli a tutti i fatti in continuazione. Di conseguenza era, tendenzialmente, ritenuta ammissibile non solo la continuazione tra fattispecie semplici e circostanziate, ma anche tra fatti consumati e tentati. Si discuteva, però, sull'ammissibilità di una lettura estensiva della medesima disposizione di legge, fondata sul criterio dell'identità di oggetto giuridico. Parte della dottrina, infatti, riteneva che, qualora i fatti avessero violato disposizioni diverse lesive di uno stesso oggetto giuridico, fosse possibile riconoscere la continuazione, nonostante, all'apparenza, realizzassero reati eterogenei<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> In particolare l'art. 81 co. 3 c.p., esplicitamente, prevedeva che in caso di reato continuato «le diverse violazioni si considerano come un solo reato e si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo». In modo coerente, l'art. 158 c.p. prevedeva che il termine di prescrizione dovesse decorrere unitariamente dalla fine della continuazione. Sull'unitarietà del reato continuato prima della riforma del 1974 C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss. Sui dubbi della dottrina sul punto v. DE FRANCESCO, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1978, 104.

<sup>510</sup> ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 133.

<sup>511</sup> Aderendo alla teoria per cui l'elemento psicologico appartiene al *Tatbestand* soggettivo, si può affermare che la continuazione, quindi, sembrava incidere sulla stessa tipicità. Ciò ovviamente non vuol dire che non permanessero forti riserve sul fondamento politico criminale e dommatico di tale unificazione.

<sup>512</sup> LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 971 ss. L'Autore, in particolare, rigetta una lettura restrittiva di stessa violazione di legge. Per coerenza con l'impianto sistematico voluto dal legislatore, ci si deve quindi riferire all'oggetto giuridico del reato inteso come bene o interesse protetto dalla norma e proprio del soggetto passivo. Pertanto la continuazione deve essere riconosciuta anche tra delitti previsti dal codice penale e delitti previsti da leggi speciali che tutelino la stessa oggettività giuridica, a meno che non sia espressamente esclusa la

L'aspetto più problematico della disposizione del 1930, però, riguardava l'estensibilità della continuazione alle ipotesi di concorso formale omogeneo. L'aver sottolineato la necessità di plurime azioni o omissioni ai fini della continuazione e aver stabilito un diverso e più severo regime per le plurime violazioni della medesima disposizione di legge realizzate con una condotta unica, infatti, faceva sorgere il dubbio sulla non applicabilità dell'art. 81 co. 2 c.p. per le violazioni omogenee realizzate in concorso formale. Del resto i lavori preparatori lasciano intendere che il legislatore abbia utilizzato a ragion veduta il termine pluralità di azioni o omissioni riferendosi proprio alla pluralità di azioni esecutive. C'è una coerenza, quindi tra la nozione di azione o omissione nelle norme sul concorso materiale e formale di reati e quelle relative alla continuazione.

Sembrava assurdo, però, applicare un regime sanzionatorio diverso a violazioni di legge omogenee realizzate in esecuzione del medesimo disegno criminoso a seconda del numero di azioni esecutive. Parte della dottrina sottolineava proprio come l'azione unica fosse maggiormente espressiva di un disegno criminale unitario. Inoltre l'aver realizzato una sola condotta risultava comunque un dato espressivo di una minore volontà criminale<sup>513</sup>.

Per evitare illegittime disparità di trattamento, dottrina e giurisprudenza minoritarie hanno valorizzato il dato letterale per cui le azioni o omissioni plurime potevano essere realizzate «anche» in tempi diversi, dovendo riscontrare l'essenza della continuazione nel medesimo disegno criminoso piuttosto che nel tempo della realizzazione<sup>514</sup>.

Affermazioni di questo tipo sembrano fondarsi, ancora una volta, sulle ambiguità connesse al concetto di condotta unitaria tra condotta tipica e condotta in senso esecutivo, in base al risultato sperato. L'art. 81 c.p., infatti, in coerenza con la disciplina del concorso formale e materiale si riferiva pacificamente ad una nozione di azione o omissione uniche o plurime da un punto di vista meramente esecutivo, come chiarito esplicitamente dai lavori preparatori. al contrario parlare della pluralità di azioni da eseguire contestualmente o in tempi diversi

---

continuazione (per esempio furto previsto dal c.p. e furto previsto da altra legge penale), nonché tra delitti previsti da diversi commi del medesimo articolo.

<sup>513</sup> In tale senso LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., 262: «non è facile annullare la considerazione che sul piano psicologico l'unità di azione, anche se delineantesi come pluralità di violazioni di legge, rivela una minore colpevolezza e una minore pericolosità di un disegno criminoso esplicantesi in una pluralità di azioni; infatti chi pone in essere un'azione sola anche se accompagnata all'intenzione e volontà di produrre più eventi, affronta e risolve una volta sola quel difficile contrasto degli opposti motivi che è al di là di ogni attività illecita, ancorandosi la molteplicità di violazioni di legge ad un solo momento ideativo». L'Autore afferma, pertanto, che l'inquadramento sistematico sostanziale del reato continuato vada individuato nelle teorie dell'evento e non in quelle dell'azione. La continuazione si fonderebbe, pertanto, non sulla considerazione del numero di azioni, ma su quella del numero di eventi della stessa natura. Sul punto anche VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., 112 sembrerebbe affermare che furono proprio alcune fattispecie in tema di oltraggio e di calunnia che s'imposero all'attenzione della giurisprudenza per affermare l'applicabilità della continuazione a pluralità di violazioni con condotta unica. Cfr. anche VASSALLI, *Concorso formale omogeneo e reato continuato*, in *Giur. cost.*, 1966, 1-2, 107 ss. *Contra* PISAPIA, *Il reato continuato*, Napoli, 1938, 134.

<sup>514</sup> Sul punto LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 972, sottolineava proprio che pur di riconoscere la continuazione bisogna abbandonare l'erroneo riferimento al senso letterale della norma.

sembra riferirsi al diverso concetto di pluralità di condotte intese quali elementi del fatto tipico. Il problema non è tanto reinterpretare una nozione di un articolo per ottenere una disciplina più favorevole al reo, bensì quello di introdurre una confusione di piani tra tipicità e computo sanzionatorio che si ripercuota, poi, su tutto il tema dell'unità o pluralità di reati.

In ogni caso, la Corte costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 9 del 1966, ha adottato questa interpretazione per salvare la costituzionalità della norma, affermando che, se le violazioni possono essere realizzate «anche» in tempi diversi, si conferma *a contrario* che la continuazione si verifica, normalmente, tra violazioni contestuali, quindi, in concorso formale.

Tali riflessioni hanno avvalorato la tesi, ormai pacifica, per cui il tempo di esecuzione delle plurime violazioni è un elemento utile al giudice ai fini della prova della continuazione, ma non ne costituisce un elemento essenziale. È astrattamente ammissibile, infatti, che condotte cronologicamente distanti siano eseguite in virtù di un medesimo disegno criminoso, pur risultando più difficile la prova<sup>515</sup>. La questione ha perso importanza pratica dal momento che la l. 220 del 1974, di conversione del d.l. n. 99 del 1974 ha esteso il cumulo giuridico alle ipotesi di concorso formale.

La riforma del 1974, inoltre, ha esteso la continuazione all'ipotesi di violazioni eterogenee, cosa che costituisce un *unicum* rispetto agli ordinamenti che conoscono la disciplina della continuazione. Molte sono le voci critiche che sottolineano come, in assenza di una valida giustificazione dogmatica, la novella legislativa abbia snaturato l'essenza stessa della continuazione, probabilmente per rispondere ad esigenze pratiche di mitigazione del trattamento sanzionatorio<sup>516</sup>. Ne consegue, in ogni caso, che l'identità del disegno criminoso tra violazioni plurime è, ad oggi, l'unico vero elemento costitutivo specifico della continuazione.

A tale riforma si rimprovera, altresì, di aver perso un'occasione utile per disciplinare compiutamente degli aspetti che sono sempre stati problematici.

---

<sup>515</sup> In tal senso viene, pacificamente, intesa l'espressione anche in tempi diversi. Sul punto FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 665; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 493 ss., il quale sottolinea che, contestualità temporale e continuazione non sono in una relazione biunivoca; ci sono casi in cui anche fatti contestuali possono realizzare un mero concorso materiale di fatti dolosi indipendenti ed autonomi non unificabili nel vincolo di continuazione e viceversa. La distanza temporale, allora, rende più difficile la programmazione anticipata dei fatti criminosi. Contrariamente all'affermata irrilevanza della contestualità delle condotte sul piano dottrinale, però, la prassi giurisprudenziale «propende, per logiche indulgenziali e di mitigazione sanzionatoria, a riconoscere la continuazione in presenza di un mero criterio di contestualità cronologica obbiettiva ovvero quando la serie di reati non risulti intrinsecamente discontinua e sia ammissibile un minimo di programmazione originaria, come nel caso di una violenza sessuale in occasione di un furto».

<sup>516</sup> Per tutti FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 665, in cui si sottolinea che la riforma del 1974, lungi dall'aver risolto i veri problemi relativi al calcolo giuridico delle sanzioni, ha effettuato una modifica che risulta non priva di imprecisioni. La ragione della estensione della continuazione a fattispecie prima escluse risiederebbe nell'esigenza di reagire alla «artificiosa frammentazione delle fattispecie legali di reato riscontrabile specialmente in determinati settori».

Uno di questi è l'estensibilità della disciplina della continuazione alle contravvenzioni nonché alle violazioni colpose. Se, in generale, non si registrano particolari difficoltà ad ammettere la continuazione tra contravvenzioni dolose, più complessa è la questione in relazione ai fatti colposi<sup>517</sup>.

Si avrà modo di analizzare che, per medesimo disegno criminoso, si intende una rappresentazione anticipata, più o meno precisa, che, per definizione, manca nella colpa incolpevole. All'elemento intellettuale, parte della dottrina aggiunge il perseguimento di un fine specifico. L'impossibilità di riconoscere la continuazione tra violazioni colpose, allora, sarebbe data dall'incompatibilità strutturale della non volizione dell'evento colposo con la componente finalistica della continuazione<sup>518</sup>. A tale orientamento si obietta riprendendo le argomentazioni del concetto finalistico di azione, affermando che anche nei fatti colposi è comunque riscontrabile una componente finalistica, perché l'autore indirizza comunque, con coscienza e volontà, la sua attività ad uno scopo finale, a prescindere da quelle che ne saranno le conseguenze. Ancora una volta, l'utilizzo di nozioni ambigue comporta una pericolosa commistione di concetti che, per la chiarezza del sistema, dovrebbero rimanere distinti. Si è già avuto modo di affermare, infatti, che la nozione di azione penalmente rilevante deve essere tenuta ben distinta dal concetto di azione nella unità o pluralità di reati. Pertanto o si vuole affermare che l'art. 81 co. 2, dopo la riforma del 1974, comporta la coincidenza tra azione in senso sostanziale e reato, ma la disciplina normativa sempre smentire tale asserzione, oppure si devono distinguere nettamente la componente finalistica dal medesimo disegno criminoso.

Dottrina più attenta, sottolinea che non è possibile arrivare a conclusioni affrettate sul punto. Vi è una differenza, infatti, tra non volizione dell'evento da cui dipende l'esistenza del reato e non volizione della condotta di reato. Anche nell'aver preventivato e realizzato una serie di violazioni di regole cautelari, quindi, sarebbe riscontrabile l'esecuzione di un medesimo disegno criminoso<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Così LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 972, il quale ritiene che questa estensione sia dovuta ad esigenze di coerenza sistematica. Conf. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 665 ss.; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, Parte generale*, 608 ss.

<sup>518</sup> Cfr., *ex multis*, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 666. Vi è un'incompatibilità strutturale tra colpa e continuazione. Se oltre la rappresentazione il medesimo disegno criminoso comporta anche il perseguimento di un unico fine, sono da escludere i fatti colposi perché manca la volontà di commetterli. Così anche GUERRINI, *Reato continuato e pene eterogenee*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1979, 1383; ANGELUCCI, *L'istituto della continuazione e i reati colposi*, in *Giust. pen.*, 1966, II, 1036.

<sup>519</sup> Si veda FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss., per l'esempio dell'imprenditore che, allo scopo di abbassare i costi, programmi una serie di inosservanze alle norme antinfortunistiche da cui derivano morte o lesioni per alcuni operai, tutti eventi non voluti dall'agente ma causalmente connessi con la serie di omissioni che invece costituiscono un originario programma criminoso.

Sebbene il punto rimanga oscuro, la dottrina e la giurisprudenza tendono a negare l'applicabilità della continuazione<sup>520</sup>. Ne consegue che, secondo l'attuale formulazione, se i fatti colposi sono realizzati in concorso materiale, si deve applicare, necessariamente, il cumulo materiale di sanzioni. La conseguenza è che al concorso materiale di reati dolosi in continuazione si applica un regime sanzionatorio più favorevole rispetto al concorso materiale di fatti colposi che causati nel perseguimento di un'unica finalità concreta, oppure rispetto al concorso materiale di fatti dolosi e colposi<sup>521</sup>. Viene rilevato che a questa, irragionevole, disparità di trattamento può porre rimedio solo il legislatore con una disciplina *ad hoc* del trattamento sanzionatorio per i plurimi reati colposi<sup>522</sup>. Anche questa osservazione, però, sembra confermare che la disciplina della continuazione sembra più dovuta ad esigenze di mitigazione di una pena che, nel rigore del cumulo materiale risulterebbe eccessiva, più che per una vera motivazione politico criminale o dommatica.

Parte della dottrina sottolinea come la *ratio* dell'esclusione delle violazioni colpose debba, necessariamente, estendersi anche a tutte le altre ipotesi in cui il reato non sia stato previsto e voluto, almeno, nella forma di dolo eventuale.

Altro punto su cui si è fortemente dibattuto è quello del trattamento sanzionatorio da applicare qualora i reati in continuazione fossero giudicati in processi diversi. Sul punto si deve fare una distinzione preliminare. Giudicare, in vicende processuali diverse fatti già realizzati in continuazione è una questione diversa, infatti, da valutare se la notizia di essere indagato è idonea ad interrompere il medesimo disegno criminoso o se, invece, si deve mitigare comunque il trattamento sanzionatorio dei fatti commessi dopo l'inizio di un procedimento penale se costituiscono esecuzione di un precedente medesimo disegno criminoso.

Il primo di questi problemi è stato risolto dall' art. 671 c.p.p. nonché dagli artt. 186, 187, 188 delle disposizioni di attuazione che, adeguandosi alle riflessioni della dottrina sul punto, ammettono la possibilità di applicare il criterio del cumulo materiale non solo per il reato

---

<sup>520</sup> ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 423 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 494; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 666, secondo i quali l'esclusione delle violazioni colpose è imposta dallo stesso requisito del medesimo disegno criminoso. Sottolinea la forte complessità del tema FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss.. Ammette la continuazione con fatti colposi PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, 383 ss.

<sup>521</sup> Si pensi al caso di chi rubi un'auto per investire, di proposito, il soggetto che vuole uccidere, rispetto a chi rubi un'auto e, nel fuggire, investa un passante o nel caso di chi, avendo molta fretta, violi il limite di velocità e non rispetti la segnaletica stradale determinando una serie di incidenti da cui conseguono lesioni personali a danno di alcuni automobilisti. Ovviamente, sempre che in tali condotte siano effettivamente riscontrabili due azioni, altrimenti il risultato pratico sarebbe comunque quello di applicare il cumulo giuridico in virtù del concorso formale.

<sup>522</sup> Sul punto LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 968. La stessa riforma del 1966 in materia di artt. 589, co. 2 c.p. e 590 co. 3 c.p. che ha segnato il passaggio al criterio del cumulo giuridico – modificando il rinvio all'art. 81 prima parte c.p.- sembra aver realizzato un rimedio specifico all'inapplicabilità della continuazione a fatti colposi.

continuato, ma anche per il concorso formale, anche *in executivis*, sempre che il giudice della cognizione non l'abbia esclusa<sup>523</sup>. L'identità del disegno criminoso e, in generale, la sussistenza della continuazione, infatti, costituiscono una valutazione di merito che non può essere sindacata neanche dalla Cassazione. L'articolo consente al giudice anche di valutare l'applicabilità della sospensione condizionale della pena e la non menzione della sentenza nel casellario giudiziale.

Tale disposizione normativa, superando i problemi dottrinali preesistenti, consente oggi di calcolare la continuazione anche se il reato successivamente giudicato è meno grave di quello per cui il soggetto è già stato condannato, sussistendo il solo limite di non dover applicare, per il reato già giudicato, una sanzione più grave di quella stabilita dal giudice.

La trattazione successiva sarà dedicata agli elementi costitutivi del reato continuato ovvero la pluralità di azioni o omissioni, la pluralità di violazioni di legge omogenee o disomogenee e l'unità di medesimo disegno criminoso, valutando come le descritte modifiche legislative dell'art. 81 c.p. abbiano inciso sulla loro nozione. Dalla loro definizione dipende la comprensione del dibattito sulla natura, unitaria o meno, del reato continuato.

#### **4.1. Il fondamento dommatico di un trattamento sanzionatorio di favore**

Il medesimo disegno criminoso continua ad essere estremamente dibattuto, non essendo ancora chiaro in che cosa consista, a quale categoria dommatica appartenga la sua valutazione e che ripercussioni abbia in termini di valutazione del disvalore del fatto<sup>524</sup>.

Per la verità la prassi applicativa, che già prima della riforma del 1974 tendeva ad applicare una nozione estensiva di continuazione, tende ad escludere l'applicazione dell'art. 81 co. 2 c.p. solo in presenza di una serie esecutiva del tutto incompatibile con la programmazione iniziale, cioè solo quando tra i diversi fatti sussiste un mero vincolo di occasionalità<sup>525</sup>.

---

<sup>523</sup> Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 666. L'osservazione che ha consentito di accettare la continuazione *in executivis* è stata l'esigenza di controbilanciare la preferenza per la separazione dei processi, quindi la minore possibilità di applicare la continuazione nella fase dibattimentale.

<sup>524</sup> MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 495. L'Autore ritiene che il medesimo disegno criminoso sia l'unico elemento rimasto per connotare sostanzialmente il reato continuato. La riforma, infatti, rischia di cancellare il concorso di reati riducendolo ad una "evanescente continuazione criminosa", pertanto è necessario determinare in termini più rigorosi l'unità del disegno criminoso. A tal proposito egli richiede la finalizzazione dei reati eterogenei ad un unico fine prefissato, prevedendo anticipatamente i mezzi della realizzazione. Tale sarebbe il caso della programmata realizzazione di furti e sequestri per finanziare un determinato movimento politico. Nonostante tale impegno della dottrina, sulla nozione di medesimo disegno criminoso si registrano ancora forti dubbi e forti divergenze tra teoria e prassi. Sembrerebbe chiara solo la sua definizione negativa. Esso, infatti, non può coincidere con generico programma di delinquere che invece al massimo può servire per dichiarare l'abitudine nel reato né con la semplice identità di motivazione o dell'impulso ad agire che si ripete nel tempo.

<sup>525</sup> C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss. L'istituto del reato continuato viene applicato talmente estensivamente, che si riconosce il medesimo disegno criminoso anche laddove si tratta, per lo più, di uno stile di vita, come nel caso della ripetizione in un ristretto arco di tempo dello stesso reato o di reati affini. padovani diritto penale sottolinea che l'art. 671 c.p.p. che consente l'applicazione della continuazione

Per la sua centralità nella qualificazione della continuazione, l'analisi del disegno criminoso unico è prodromica alle riflessioni in termini di struttura unitaria o meno del reato continuato. Data la nozione di unità di disegno criminoso, infatti, è possibile interrogarsi se il legame esistente tra le diverse violazioni di leggi ne condiziona il modo di essere sul piano stesso della tipicità, addirittura determinando la sussistenza di in un reato unico, oppure se si tratta di una diversa valutazione che attiene al piano della responsabilità personale<sup>526</sup>. Le considerazioni sull'identità del disegno criminoso sono, allora, intimamente connesse con quelle in tema di struttura del reato continuato.

Il fondamento dommatico della disciplina sanzionatoria di favore viene individuato nella necessità di valorizzare il fatto che il soggetto, così come nel concorso formale di reati, si è posto una sola volta contro l'ordinamento. Essendo unico il progetto criminoso, le successive condotte non sarebbero altro che l'esecuzione di una decisione illecita maturata in precedenza. Nella dottrina legata ad una valutazione etico-moraleggiante della colpevolezza, si parla proprio di una minore riprovevolezza<sup>527</sup>.

A questo orientamento si contrappone, fermamente, chi interpreta il medesimo disegno criminoso, ritenendo che esso debba essere necessariamente inteso come una maggiore riprovevolezza per il fatto che il soggetto decide sin dal principio di porsi più volte contro l'ordinamento. Non manca chi parla esplicitamente di una maggiore pericolosità sociale di cui la continuazione sarebbe espressione e chi critica il fatto che con la disciplina della continuazione si finisca col premiare il delinquente abituale, per professione o per tendenza<sup>528</sup>.

---

anche in sede esecutiva non fa che consolidare questa tendenza riducendo ulteriormente le possibilità di accertamento del disegno criminoso unico

<sup>526</sup> È questo il significato delle tesi che riportano la mitigazione sanzionatoria al piano della riprovevolezza e quindi alle teorie della colpevolezza in senso soggettivo. Sono note le incomprensioni della dottrina nella valutazione della colpevolezza. Si rinvia, necessariamente, all'ampia letteratura sull'argomento. Per ragioni di sintesi ci si limita a dire che, in tale sede, alla tipicità e alla antigiuridicità si affianca la valutazione della responsabilità personale dell'agente per il fatto realizzato, che sia deeticizzata e che non trovi il suo presupposto nell'imputabilità del soggetto. È quindi questa la categoria che consente una personalizzazione del giudizio e la commisurazione della pena in concreto nell'ampia cornice sanzionatoria comminata dalla legge. Sul punto v. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., 115 ss; ROXIN, *Cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, cit., 150 ss.

<sup>527</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 486, secondo il quale la ratio dell'istituto è la minore riprovevolezza complessiva dell'agente, rispetto ai normali casi di concorso, riscontrabile nel perseguimento di un'unica finalità. In senso analogo COPPI, voce *Reato continuato*, cit., 223 ss.: la minore colpevolezza consisterebbe nell'aver deciso una sola volta di mettersi contro la legge. L'Autore sottolinea altresì che la *ratio* della continuazione può essere riscontrata anche nella necessità stessa di mitigare l'asprezza del cumulo materiale di sanzioni. Secondo PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 516 ss., il fondamento del minore trattamento sanzionatorio sarebbe da riscontrare nello scopo finalistico unitario che connota, nel senso di una minore pericolosità, la rappresentazione anticipata dei vari fatti criminali. In assenza di tale scopo unico l'anticipata rappresentazione dovrebbe costituire, al contrario, un elemento negativo di valutazione, indicando una maggiore pericolosità.

<sup>528</sup> Lo stesso COPPI, voce *Reato continuato*, cit., 223, sottolinea come il medesimo disegno criminoso sia suscettibile di una diversa interpretazione. L'adesione a prospettive positivistiche basate sull'analisi della

Premesso che il medesimo criminoso viene, variamente, interpretato in chiave soggettiva, i problemi di definizione della nozione di tale elemento risentono, necessariamente, delle forti divergenze dottrinali, in termini di teoria generale del reato, sulla valutazione dei coefficienti psicologici del reato e sulla nozione di colpevolezza. In ogni caso, tutte le teorie sulla continuazione si sono occupate di valutare il grado di rappresentazione richiesto dall'art. 81 c.p. ai fini del riscontro della teoria della continuazione e se essa debba esse accompagnata da una componente finalistica.

L'unità di disegno criminoso dev'essere intesa, secondo alcuni Autori, come un legame psicologico tra i vari fatti realizzati che caratterizza ontologicamente il reato continuato rispetto alle altre ipotesi di concorso di reati<sup>529</sup>. Si tratterebbe, quindi, di un coefficiente psicologico, al pari del dolo, della colpa e della preterintenzione. La lettera del codice, che vuole le plurime azioni realizzate anche in tempi diversi, sarebbe espressiva proprio di questa un'unità psicologica, più che cronologica<sup>530</sup>.

Vi è, però, chi, avendo chiara la natura pluralistica della continuazione, ritiene che il medesimo disegno criminoso, sia un elemento ben distinto dall'elemento psicologico che sorregge la commissione dei singoli reati. Esso consisterebbe, dunque, in un'ideazione unitaria, anteriore alla commissione del primo fatto, che lascia impregiudicata la risoluzione ad agire nei singoli episodi illeciti<sup>531</sup>.

Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento, escluso che il medesimo disegno criminoso coincida con il dolo, c'è chi ritiene che esso sia inscindibile dai motivi che

---

pericolosità sociale dell'agente, infatti, indurrebbe a considerare l'elaborazione di un disegno comprensivo di vari reati e della loro esecuzione è espressiva di una maggiore riprovazione rispetto a di commette reati senza averli precedentemente predisposti. Sul punto anche FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 672., cita la dottrina di Mezger secondo il quale proprio la medesimezza del disegno criminoso è da considerare una ragione di aggravamento e non di attenuazione della colpevolezza. Gli stessi Autori sottolineano come considerare l'identità di disegno criminoso sinonimo di minore colpevolezza è altamente discutibile sul piano politico criminale, perché la preordinazione di più fatti nell'ambito di un unico progetto illecito può essere astrattamente valutata anche in termini negativi come dimostra la stessa aggravante della connessione teleologica.

<sup>529</sup> In particolare, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 500, il quale, non a caso, aderisce alla concezione unitaria del reato continuato. Per una complessa ricostruzione del medesimo disegno criminoso come coefficiente psichico e sui suoi rapporti con la connessione teleologica in termini di *ne bis in idem*, DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 103 ss. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 517, ritiene che il medesimo disegno criminoso sia un requisito di natura psichica consistente in un unico programma criminoso che giustifica la deroga al cumulo materiale di sanzioni.

<sup>530</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 499. Si confermerebbe la teoria secondo la quale la contiguità temporale svolge un ruolo più propriamente probatorio, ma non è un elemento costitutivo indispensabile ai fini della continuazione. Secondo PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 517, l'unico dato rilevante, in termini cronologici, è che il medesimo disegno criminoso deve, necessariamente, precedere la realizzazione del primo dei fatti in continuazione. Leone l'elemento temporale, che sicuramente è un forte indizio per valutare l'identità di ideazione dei fatti realizzati, non è determinante potendosi immaginare anche fatti molto distanti nel tempo che vengono realizzati nel perseguimento della medesima finalità.

<sup>531</sup> Cfr. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 423 ss., il quale ritiene che il disegno criminoso non possa coincidere con un dolo di reato continuato, ma con la preventiva rappresentazione delle fattispecie da realizzare propria del piano intellettuale. Ogni fattispecie sarà, poi, caratterizzata da una specifica volizione. Occorre una deliberazione unitaria anticipata, preferibilmente qualificata dalla unità di scopo e di fine.

inducono a delinquere. Esso coinciderebbe con il proponimento iniziale dell'agente legato al raggiungimento di un determinato bene verso il quale si nutre un interesse<sup>532</sup>. Nell'intento di ottenerlo effettivamente, l'autore sarebbe indotto a ideare un programma da realizzare in varie fasi, ciascuna delle quali richiede una sua autonoma risoluzione ad agire e, quindi, un'autonoma deliberazione di porsi in contrasto con l'ordinamento<sup>533</sup>. Data questa definizione del medesimo disegno criminoso, esso potrebbe essere desunto da vari elementi, come l'identità dell'oggetto materiale, il rapporto tra l'agente e il soggetto passivo del reato e il tempo, purché essi riescano ad esprimere questa unità di scopo perseguito dall'agente<sup>534</sup>. La deroga rispetto al cumulo materiale, quindi, sarebbe giustificata dall'identità del momento ideativo dei singoli reati, espressione di una minore colpevolezza e una minore pericolosità rispetto a chi realizzi fatti del tutto separati, seguendo finalità diverse.

Sembrerebbe, però, opportuno domandarsi se vi deve essere una qualche forma di controllo sulla "meritevolezza" del motivo illecito o se, invece, qualsiasi tipo di finalità unica può essere automaticamente sintomo di una minore pericolosità e minore riprovevolezza<sup>535</sup>.

Stabilito di cosa si tratti, bisogna analizzare gli elementi che connotano il medesimo disegno criminoso, in particolare se ed in che termini è necessaria un'anticipata rappresentazione dei fatti di reato successivamente eseguiti e se a questa deve unirsi il perseguimento di un unico fine. L'opinione su tali elementi fonda una lettura più o meno restrittiva della nozione di medesimo disegno criminoso e, quindi, della stessa continuazione.

Sulla rappresentazione si discute se ci si debba accontentare di una generica prefigurazione di una futura attività criminale oppure se sia richiesta una specifica rappresentazione anticipata dei tipi di reato da realizzare e sui mezzi necessari per realizzarli.

---

<sup>532</sup> LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit. 258 ss. L'Autore ritiene che, sebbene dottrina e giurisprudenza si affannino a sostenere il contrario, non è possibile scindere la nozione di medesimo disegno criminoso da quella dei motivi e delle passioni che inducono a delinquere come nel caso di chi programmi anticipatamente l'uccisione di due adulteri a distanza di tempo sulla scorta dello stesso motivo di vendetta o risentimento.

<sup>533</sup> Così LEONE, voce *Reato continuato*, cit. 970. Secondo l'Autore, le singole fasi di attuazione della deliberazione iniziale non devono essere, sin dal principio, dettagliatamente preordinate anche nei mezzi di esecuzione, ma nemmeno ci si può accontentare di un generico desiderio di realizzare un certo scopo.

<sup>534</sup> Secondo questa impostazione, anche se l'agente non si prefigura specificamente il risultato materiale da raggiungere, ma determina di voler ledere un determinato bene giuridico nei confronti dello stesso soggetto passivo, sarebbe comunque valutabile la continuazione tra gli vari atti realizzati. L'esempio che viene riportato è quello della domestica che si prefigura di voler sottrarre una indeterminata somma di danaro imbrogliando, ogni volta, sui conti della spesa.

<sup>535</sup> Sembrano, infatti, diversi i casi di chi vuole rubare una somma che consenta la sopravvivenza economica dei propri figli rispetto al voler uccidere tutti gli appartenenti ad una determinata categoria sociale per motivi ideologici o al voler sfregiare con l'acido tutte le donne da cui si è ricevuto un rifiuto. Questi esempi paradossali vogliono sottolineare che, seppure fosse corretta da un punto di vista sistematico, l'identità del motivo non sarebbe comunque idonea di fatto a fondare un criterio astratto valido a fondamento della minore severità sanzionatoria.

La dottrina maggioritaria opta per un'interpretazione intermedia che consenta comunque l'adattamento del programma criminale alle contingenze della concreta esecuzione dei fatti<sup>536</sup>. Sorge, però, il problema di valutare quali mutazioni dettate dal caso concreto siano effettivamente inidonee ad interrompere il medesimo disegno criminoso<sup>537</sup>.

Non manca, però, chi, essendo convinto della necessaria precisa programmazione mentale anticipata dei singoli episodi delittuosi, almeno nei loro tratti essenziali, esaurisce il medesimo disegno criminoso nella sola rappresentazione<sup>538</sup>.

Come già si è avuto modo di accennare, altri Autori ritengono che alla all'elemento intellettuale vada aggiunta una componente finalistica. Anzi, il perseguimento di fine unico sufficientemente specifico, oltre a fondare la valutazione di minore riprovevolezza del comportamento, sarebbe l'unico elemento idoneo a distinguere la continuazione dal mero concorso di reati dolosi<sup>539</sup>. Non è possibile, infatti, richiedere, ai fini della continuazione una

---

<sup>536</sup> Sul punto DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2012, 478 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 500. Quest'ultimo sottolinea che chiedere un'anticipata rappresentazione di ogni aspetto dei fatti plurimi da eseguire è un criterio eccessivamente restrittivo che non è richiesto dal legislatore. Se così non fosse, si dovrebbe arrivare alla paradossale conclusione di escludere la continuazione ogni volta che le contingenze del caso concreto richiedano delle defezioni imprevedute dal progetto esecutivo originario. Viene da considerare che tra, l'altro, se fosse veramente inteso, in termini psicologici, come anticipata previsione di tutto il piano esecutivo, vi sarebbero problemi di coordinamento non solo con la connessione teleologica, ma anche con l'aggravante della premeditazione.

<sup>537</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 517, afferma che la rappresentazione anticipata pecca necessariamente di indeterminazione, pertanto le modificazioni inessenziali non compromettono la qualificazione del medesimo programma criminoso. Sembrerebbero certamente inessenziali tutte quelle che non incidono né sul numero, né sugli elementi strutturali dei reati programmati come il cambiamento della data, del luogo e dei complici. Il problema è che, però, non esistono criteri certi per la valutazione dell'essenzialità del mutamento. Si pensi al caso del mutamento del soggetto passivo. Si programma la realizzazione di reati di falso ai fini di una truffa che, però, viene realizzata nei confronti di un soggetto diverso da quello originariamente programmato perché più facilmente truffabile. Sul punto DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., 479. La continuazione va esclusa se i reati non erano inizialmente preventivati e sono il risultato di decisioni estemporanee assunte solo nel corso dell'esecuzione come nel caso di chi, dopo aver programmato dei furti, si ritrovi a commettere un omicidio nei confronti del soggetto che lo ha accidentalmente scoperto.

<sup>538</sup> ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 424 ss. riconduce tali impostazioni a una concezione oggettiva della continuazione a cui si contrapporrebbero le tesi soggettive che richiedono dello scopo unico perseguito dall'agente.

<sup>539</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 499. L'affermazione della necessità dell'elemento finalistico consentirebbe di risolvere tutti i casi dubbi. Nella sua valutazione, si potrebbe escludere con certezza la continuazione tra reati colposi e consentirla, invece, nei casi in cui i vari fatti offendano soggetti passivi diversi. La stessa riforma del 1974, avendo esteso la continuazione ai reati eterogenei, richiede di indagare sul fine unico conseguito per trovare un criterio differenziale rispetto al mero concorso di fatti disomogenei. Sulla necessità della componente finalistica è d'accordo PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 517, il quale afferma che il medesimo disegno criminoso implica uno scopo sufficientemente determinato che ne costituisca l'obiettivo e quindi la c.d. "causa psichica" dell'ideazione e dell'esecuzione dei vari fatti di reati. Per esempio nel caso di chi voglia uccidere tutti i parenti per acquisire un'eredità oppure nel caso di chi programmi l'acquisto e il porto illegali di un'arma da fuoco, un omicidio e la distruzione di cadavere perseguendo l'unico scopo di uccidere quel soggetto. L'Autore concorda sul fatto che la componente finalistica sia decisiva ai fini della qualificazione della continuazione ancora più della rappresentazione generica degli illeciti, quindi dei mezzi per perseguire lo scopo. Come lo scopo senza la deliberazione generica non integra ancora il medesimo disegno criminoso, così «la deliberazione generica di una pluralità di reati senza lo scopo unitario potrebbe essere sintomo semmai di una maggiore pericolosità criminale dell'agente piuttosto che il fondamento di un trattamento più benevolo in deroga al concorso materiale». Importante citare DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 480. Si sottolinea che il medesimo disegno criminoso, in ogni caso, non può

dettagliata rappresentazione anticipata di tutti i reati che verranno realizzati in esecuzione del contegno criminoso, ma non è neanche possibile definirla come mera rappresentazione e volizione dei vari fatti, perché, altrimenti, non vi sarebbe possibilità di distinguerla dal dolo<sup>540</sup>.

In ogni caso, l'assenza di un'adeguata rappresentazione anticipata dei singoli delitti da eseguire e, soprattutto, l'eccessiva genericità dello scopo coincidente solo con un vago programma di commettere determinati reati, sono state le motivazioni tradizionalmente ripetute da dottrina e giurisprudenza per negare l'applicabilità della continuazione tra i reati associativi e l'esecuzione dei delitti scopo successivamente realizzati<sup>541</sup>. Come noto, l'opinione moderna, ma soprattutto la giurisprudenza più recente, ha modificato tale impostazione, ritenendo impossibile escluderla qualora il legame esistente tra i reati realizzati risponda alle caratteristiche generalmente previste per la continuazione<sup>542</sup>. Il dato rilevante, allora, è che le resistenze della dottrina sembravano tradire un certo imbarazzo per ammettere un trattamento sanzionatorio di favore e una minore rimproverabilità, pericolosità, riprovevolezza nei confronti di chi si prefigge deliberatamente la commissione di una serie di reati.

Esaurito, in estrema sintesi, il dibattito sulla nozione di medesimo disegno criminoso, va indicato che la dottrina si interroga anche sulla configurabilità di fatti idonei ad interrompere il vincolo di continuazione come una sentenza di condanna che fosse o meno passata in giudicato. La preoccupazione è quella di evitare che l'autore si senta incentivato a portare a

---

fondarsi su un generico motivo unico o con un unico impulso ad agire come un impulso sessuale, uno stato di tossico-dipendenza o un odio tra familiari. Di questo è convinta anche la giurisprudenza. Nelle sentenze Cass. V n. 5101 del 1999, Mascetti, e Cass. VI n. 8858 del 1998, si riscontra che sono accentuate le difficoltà di prova per chi oltre la programmazione richiede anche l'unicità di scopo. I giudici di merito sembrano presumere l'esistenza di un disegno criminoso tutte le volte in cui si procede contro taluno per una pluralità di reati commessi in tempi diversi.

<sup>540</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 496. La considerazione della componente finalistica nella continuazione sarebbe utile ad affermare che l'estensione di tale regime giuridico alle ipotesi di reati eterogenei, ha lasciato intatto il fatto che l'essenza stessa della continuazione va riscontrata nell'interdipendenza tra l'identità del reato continuato e la omogeneità funzionale delle violazioni. L'interpretazione estensiva della continuazione già antecedente alla riforma non farebbe altro che confermare che la restrizione antecedente al 1974 alle sole violazioni omogenee contrastava con la stessa *ratio* della continuazione. Nonostante ciò lo stesso Autore riconosce come un "assurdo logico dommatico" l'irrazionale estensione della continuazione a tutte le forme di concorso di reati eterogenei.

<sup>541</sup> Sul punto, ROMANO, *Diritto penale*, cit., 424 secondo il quale sembra maggioritaria la dottrina sulla possibilità di riconoscere la continuazione tra più reati commessi da più persone in semplice concorso tra loro o veri e propri associati di un'associazione a delinquere, più complicata è la possibilità di riconoscere la continuazione tra il reato di associazione a delinquere e i reati commessi da essa.

<sup>542</sup> Su tutti LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., 260 ss. Il riconoscimento della continuazione è ammissibile qualora si riscontri un vero e proprio medesimo disegno criminoso e non un programma molto generico, che non prevede la programmazione di delitti specifici.

termine il proprio programma illecito, qualunque cosa accada, confidando nel trattamento sanzionatorio di favore<sup>543</sup>.

Se il soggetto compie gli ulteriori atti senza sapere dello svolgimento di attività processuali a suo carico, è pacifico che il programma criminoso possa non ritenersi interrotto<sup>544</sup>.

Dal momento che la nozione di disegno criminoso viene comunque intesa in senso soggettivo, parte della dottrina ritiene idoneo ad interrompere la continuazione qualunque elemento processuale che metta il soggetto a conoscenza del fatto di essere sottoposto ad un procedimento penale (anche una notizia di denuncia o un arresto)<sup>545</sup>.

La dottrina moderna, però, argomentando attraverso il riferimento all'art. 671 c.p.p. attualmente vigente, ritiene tale questione superata dovendo procedere in concreto alla persistenza o meno del disegno criminoso. Se, infatti, è possibile applicare la continuazione *in executivis*, è anche possibile riconoscerla tra fatti giudicati da una sentenza di condanna non irrevocabile<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> Secondo MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 496 ss., l'identità di disegno criminoso viene meno laddove subentrino delle circostanze che inducono l'agente a modificare l'essenza stessa del disegno criminoso. In questo caso non ci sarebbe l'attenuazione della riprovevolezza perché subentrerebbero dei nuovi motivi inibitori che devono essere nuovamente superati dall'agente. L'agente, insomma, decide nuovamente di mettersi in contrasto con la legge. Bisognerebbe valutare, allora, la "pervicacia del movente".

<sup>544</sup> LEONE, voce *Reato continuato*, cit., 969, il quale, aderendo alle tesi del Manzini, ritiene che in questo caso la prima sentenza di condanna mantiene la sua efficacia di giudicato e la pena in essa applicata deve essere considerata come pena posta alla base del calcolo sanzionatorio, se del caso, applicando l'aumento massimo possibile. Il secondo provvedimento, quindi, deve ricomprendere anche quanto disposto nel primo, lasciandone inalterato il contenuto per evitare violazioni della *res iudicata*. Le due sentenze restano, in ogni caso, indipendenti e, ai fini della estinzione della pena, il termine decorre dalla singola sentenza in cui è divenuta irrevocabile. Nel caso, *sui generis*, in cui il giudicato precedente abbia già raggiunto il massimo aumento possibile previsto dalla legge, la successiva sentenza di condanna si ritrova necessariamente ad infliggere una pena già interamente esaurita dalle precedenti condanne.

<sup>545</sup> *Ivi*, 970. L'Autore, facendo coincidere il medesimo disegno criminoso con i motivi e partendo dal presupposto che il nostro ordinamento dà molto rilievo al momento soggettivo del reato ritiene che la notizia di un procedimento penale sia idonea ad interrompere il fondamento sostanziale della continuazione. Se l'agente continua nell'esecuzione del proprio programma criminale, presenta un notevole grado di colpevolezza e di pericolosità e, pertanto, non può beneficiare del cumulo giuridico

<sup>546</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 497. La giurisprudenza, dopo un lungo dibattito che ha trovato conferma nell'art. 671 c.p.p., si sarebbe evoluta nel senso di non considerare il giudicato come preclusivo dell'identità del disegno criminoso neanche tra reati commessi prima e dopo di esso. Per quanto riguarda la sentenza passata in giudicato, è ammissibile che non venga scalfito dall'insorgere di un giudicato resta a livello general preventivo la necessità di evitare che il soggetto si senta incentivato a commettere ulteriori reati sapendo già che si beneficerà di una pena ridotta o nulla per effetto dell'applicazione dei limiti massimi sanzionatori. Conf. C. FIORE–S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss. L'interruzione della continuazione dipenda solo dall'esigenza general preventiva di evitare che per le violazioni successive al giudicato si crei una sorta di autorizzazione preventiva a commettere reati a pena ridotta o addirittura nulla se l'aumento del triplo è già applicato.

#### 4.2. Reato continuato o continuazione criminosa: la discussa natura unitaria o plurima

La dottrina si interroga, da sempre, sulla natura unitaria o meno della continuazione<sup>547</sup>. La stessa lettera della norma è ambigua.

In seguito alla riforma del 1974, dall'art. 81 c.p. è stato eliminato il riferimento alla considerazione delle singole violazioni come un unico reato. Sono richieste, inoltre, più azioni o omissioni che determinano violazioni anche eterogenee, ma, soprattutto, la l. n. 251 del 5 dicembre 2005 ha riformato l'art. 158 in materia di prescrizione facendo sì che esso si calcoli autonomamente per tutte le violazioni che ricadono nell'applicazione dell'art. 81 co. 2 c.p. Tutti questi elementi sembrerebbero far propendere per la configurazione di una pluralità di reati. Si tratterebbe, quindi, di una pluralità di reati che subisce un trattamento derogatorio rispetto all'ipotesi generale di concorso.

Sembra questo, di fatto, l'orientamento della giurisprudenza che, nella prassi, estende la nozione di medesimo disegno criminoso tra fatti eterogenei per mitigare il trattamento sanzionatorio delle riconosciute ipotesi di convergenza reale di norme. *A contrario* si potrebbe dire che la previgente disciplina sulla prescrizione, così come la stessa attuale rubrica dell'art. 81 c.p. ed alcune ripercussioni in ambito sanzionatorio, indurrebbero a dire che tale istituto nasce reato continuato unitario.

Si tratta, allora, di valutare se l'unità di disegno criminoso condizioni a tal punto il modo di essere delle condotte da dover ritenere che si tratti di un reato unitario, quanto meno in modo fittizio<sup>548</sup>.

Le osservazioni fin qui svolte sul reato continuato, inducono a condividere della struttura unitaria del reato continuato come disposta prima della riforma del 1974. La richiesta omogeneità delle fattispecie, ma anche lo stesso dato letterale della rubrica dell'art. 81 co. 1 c.p. riferita al «reato continuato», insieme alla disciplina della decorrenza del termine di prescrizione anteriore al 2005, assecondava tale prospettazione. Lo stesso art. 81 in effetti diceva esplicitamente che in tali casi, «le diverse violazioni si considerano come un solo reato»<sup>549</sup>.

---

<sup>547</sup> La dottrina sul punto è divisa tra sostenitori dell'unità reale, dell'unità naturale e dell'unità fittizia cioè che vale solo a determinati effetti e non altri. Su tale dibattito v., su tutti, LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., 307 ss.

<sup>548</sup> Cfr. C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss. Si tratterebbe di una chiara ipotesi di concorso materiale di reati che, però, è caratterizzato dall'identità di disegno criminoso. Il reato continuato, allora, non sarebbe altro che una deroga legislativa al regime sanzionatorio del concorso di reati insieme al reato aberrante che però costituisce una deroga rispetto al trattamento sanzionatorio del concorso formale.

<sup>549</sup> *Ivi*, 559. Nel reato continuato si riscontrava un fatto unitario caratterizzato da un elemento intellettuale concretantesi in un programma criminoso ad esecuzione frazionata nel tempo.

Il dibattito dottrinale sulla natura della continuazione, però, non sembra ancora composto<sup>550</sup>. Pur nella consapevolezza della rilevanza pratica della questione<sup>551</sup>, anche chi propende per la qualificazione come pluralità di reati si trova costretto a constatare che tali violazioni plurime di legge sono considerate in modo unitario a taluni effetti giuridici<sup>552</sup> e separatamente rispetto ad altri<sup>553</sup>. Per tale motivo, parte della dottrina ritiene che si debba più precisamente parlare di una unità fittizia<sup>554</sup>.

Ne consegue che il cumulo giuridico applicato alla continuazione, così come al concorso formale, sembra essere un'unificazione operante solo ed esclusivamente sul piano sanzionatorio per perseguire lo scopo pratico di attenuare le conseguenze della qualificazione giuridica multipla e non una vera unificazione sostanziale<sup>555</sup>.

---

<sup>550</sup> Molti autori ritengono che si tratti di una deroga rispetto al concorso di reati. Sul punto v.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 670; PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 390. Nonostante ciò molti non prendono posizione esplicita sulla natura del continuato. Secondo FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss.: si ritiene l'estensione della continuazione alle fattispecie eterogenee dovuta al fatto che la richiesta omogeneità tra le fattispecie, non consentiva di applicare lo stesso regime sanzionatorio a delle altre fattispecie che esprimevano analoga unitarietà di disvalore, per esempio nella realizzazione di una serie di falsi ed altri artifici per conseguire un determinato profitto illecito. Non si prende esplicitamente posizione sul punto della struttura del continuato limitandosi ad affermare che la disputa sull'unità o pluralità del reato continuato avrebbe perso di interesse dopo la riforma del '74, pertanto ci si dovrebbe limitare a dire che il reato continuato è reato unitario per certi effetti e non per altri.

<sup>551</sup> Dalla struttura unitaria o plurima del reato, infatti, derivano numerose conseguenze, in particolare, in tema di amnistia, indulto, querela e in relazione alle condizioni di applicabilità e computo termini massimi delle misure cautelari.

<sup>552</sup> Viene valutato come reato unitario, ad esempio, ai fini della dichiarazione di abitudine e professionalità, della recidiva nel senso che si applica una sola volta considerando l'intera continuazione di reati e della sospensione condizionale della pena (tenendo presente che se disposta dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., non si applica automaticamente; analogamente, non si può ritenere che la seconda condanna comporti, automaticamente la revoca della sospensione). Per quanto riguarda il perdono giudiziale, le sentenze di illegittimità costituzionale n. 108 del 1973 e n. 154 del 1976 hanno determinato l'estensibilità del perdono ai reati legati in continuazione con quelli per i quali è stato concesso il beneficio. Non è questa la sede per soffermarsi su tale argomento, ma inizia ad affacciarsi nella giurisprudenza una nuova interessante questione relativa alla possibilità di unificare il reato continuato anche in relazione alla nuova ipotesi di speciale tenuità del fatto. Sul punto esistono già delle sentenze di merito V Trib. Grosseto, 6 luglio 2015, n. 650, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015, con nota di ALBERTI, *In tema di particolare tenuità del fatto e reato continuato*.

<sup>553</sup> Si pensi all'attuale disciplina dell'amnistia propria ai sensi dell'art 4 DPR 75/1990, dell'indulto (che secondo l'opinione maggioritaria si applica solo ai reati in continuazione per cui non è escluso), amnistia impropria co 2 art 3 DPR 75/1990, del computo della prescrizione a seguito della riforma del 2005 che ha modificato il testo dell'art. 158 c.p., dell'applicabilità delle circostanze, delle pene accessorie, della valutazione dell'imputabilità, determinazione delle misure di sicurezza e valutazione del concorso di persone nel reato. In particolare, circa lo stato di imputabilità, si consideri la riforma del 2008 relativa all'art. 671 c.p.p. che ha stabilito che, ai fini della continuazione *in executivis* si tiene conto anche dello stato di tossicodipendenza.

<sup>554</sup> LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, cit., 310 nonché ID., voce *Reato continuato*, cit., 970. L'Autore sostiene che si tratti di un'ipotesi di pluralità in deroga alla disciplina del concorso di reati e cita il dibattito relativo all'unità fittizia o reale del reato continuato. Secondo l'Autore la polemica non ha sostanziale importanza dovendosi porre l'attenzione solo sul risultato: stabilire (così come concordemente accettato dalla dottrina) che il reato continuato è diretto a temperare gli eccessi del cumulo materiale delle pene sul presupposto della minore gravità di una pluralità di reati che metta radici in un'unica ideazione. La seconda caratteristica importante sarebbe l'unità di disegno criminoso.

<sup>555</sup> DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., 481. A seguito della riforma del 1974 sarebbe indiscutibile che i reati in continuazione siano plurimi pur essendo considerati in modo unitario solo ai fini di limitati aspetti sanzionatori quali la sospensione condizionale della pena, che fa esplicito riferimento alla pena inflitta in concreto dal giudice, come ribadito dall'art. 671 co. 3 c.p.p.

La *ratio legis* del temperamento si rinviene, in ogni caso, nella minore gravità del fatto da un punto di vista psicologico per effetto dell'identità del disegno criminoso. Per tutti i fatti realizzati, anche se separati nel tempo, resta unica la deliberazione di porsi contro l'ordinamento. Resta chiaro, però, che l'insieme dei comportamenti criminosi unificati non è qualitativamente diverso dal contenuto offensivo dei singoli fatti tipici<sup>556</sup>.

Parte della dottrina sembra, invece, convinta del fatto che il reato continuato vada inserito nell'ambito dei reati a struttura complessa. Pertanto, pur in assenza di una unitarietà naturalistica e ontologica, sarebbe comunque riscontrabile un'unità normativa. Esattamente come per gli abituali impropri e i complessi, le plurime violazioni di leggi sono unitariamente sussumibili in un'unica norma di legge. Pertanto, per effetto della continuazione non è proprio più possibile valutare la deroga rispetto al regime ordinario del concorso di reati (almeno materiale) dal momento che sussiste una norma di legge che consente di considerarli come espressione di un fatto unitario<sup>557</sup>. Il legislatore, pertanto, prendendo atto del rapporto di connessione tra i fatti di reato realizzati, decide di utilizzare lo strumento dell'unificazione normativa per evidenziarlo, stabilendo, nell'esercizio della propria discrezionalità, a quali effetti i fatti che rientrano nel continuato tornino ad avere la loro autonoma rilevanza<sup>558</sup>.

Ancora una volta, può essere utile un raffronto con l'ordinamento tedesco. Si è anticipato che il reato continuato *-fortgesetzene Handlung-* non trova una sua specifica disciplina legislativa, essendo, piuttosto, un istituto di origine giurisprudenziale che viene ricondotto alle ipotesi di *Tateinheit* di cui §52 StGB, potendosi riconoscere un'unità giuridica di azione - *rechtliche Handlungseinheit*-. La manualistica tedesca sottolinea proprio come tale figura sia stata utilizzata dalla giurisprudenza per evitare l'applicazione della disciplina della *Realkonkurrenz* in relazione a catene di violazioni omogenee. Affinché fosse riconoscibile questa *fortgesetzene Handlung* la giurisprudenza richiedeva l'identità di proposito - *Gesamtvorsatz*- che deve ricomprendere i tratti essenziali delle violazioni da eseguire quali il

---

<sup>556</sup> Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 515ss. Si tratta, quindi, di un'ipotesi molto diversa da quella del reato complesso o del reato abituale, in cui si assiste in una vera operazione normativa di integrazione di più fatti di reato autonomamente qualificabili in un unico fatto tipico per effetto di una valutazione legislativa dell'unitarietà dell'offesa.

<sup>557</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 475. Si realizza pertanto una convergenza meramente apparente di norme. Il fatto che è sussumibile nella fattispecie complessa può essere ricondotto anche alla fattispecie semplice. Ciò nonostante ai sensi degli artt. 15 e 84 c.p. e del principio del *ne bis in idem* deve essere applicata una sola norma. Trattasi, secondo l'Autore, di un'unità normativa. Non ha senso soffermarsi sull'incertezza che si tratti di un'unità giuridica ontologica o fittizia (cioè che il legislatore fa artificialmente apparire come unitario ciò che in realtà non lo è).

<sup>558</sup> *Ivi*, 476. L'Autore sottolinea la discrezionalità del legislatore nel modulare le risposte normative e sanzionatorie che ritiene più adeguate rispetto ai fatti realizzati. In alcuni casi egli interviene con altri strumenti per dare rilievo al rapporto esistente tra i reati, come nell'ipotesi della connessione teleologica. Nei casi di reati abituali e complessi prevale la considerazione unitaria; nel caso dell'abituale il legislatore seleziona i casi in cui è necessario considerarlo come fatto unitario e a quali effetti i singoli fatti tornino ad avere rilievo autonomo.

tempo, il luogo, la tipologia di avvenimento, la persona offesa<sup>559</sup>. Il dato più rilevante è che, ai fini di questa considerazione unitaria e dell'applicazione della sanzione unica, i singoli atti sorretti da questo proposito unico devono essere non solo omogenei, ma devono offendere un solo bene giuridico che non sia un bene altamente personale e non deve comportare l'offesa di più soggetti passivi<sup>560</sup>. Anche nell'ordinamento tedesco la nozione di *Gesamtvorsatz* continua ad essere imprecisa. L'unica definizione possibile è in negativo potendosi affermare che è insufficiente rispetto all'individuazione di un intento unitario la generica volontà di commettere in futuro delle violazioni omogenee rispetto a quelle realizzate<sup>561</sup>.

Anche in materia di continuazione, quindi, nella comparazione tra i due ordinamenti, ci si rende conto che le ambiguità riscontrate dalla dottrina nell'individuazione della natura unitaria o plurima della continuazione derivano da una commistione tra il piano della *Handlungseinheit*, quindi della ricerca di un'unità di condotta tipica che sia espressione di un fatto unitario e il piano del trattamento sanzionatorio della pluralità di reati, una volta accertata la sussistenza di una convergenza reale di norme, ma sul punto si avrà modo di tornare più diffusamente.

#### 4.3. Riflessioni *de iure condendo*.

Le considerazioni svolte inducono a pensare che, nonostante i complessi tentativi di dare un fondamento sostanziale alla continuazione, tale istituto continui ad assolvere alla sua funzione originaria di mera mitigazione del trattamento sanzionatorio.

In particolare, si ritiene il medesimo disegno criminoso un criterio di difficile comprensione e comunque inidoneo a fondare, a priori, un trattamento differenziato opportuno in ogni caso concreto.

---

<sup>559</sup> WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 319 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 801 ss. Il punto più discusso è proprio questo della corretta qualificazione del *Gesamtvorsatz* essendo chiaro solo che deve essere diverso da un generico proposito di commettere altri fatti della stessa specie e che è insufficiente la sola decisione di commettere, in futuro, una serie di fatti omogenei. Va infatti considerato che la continuazione viene considerata come un fatto unitario tanto che, tendenzialmente, si ritiene che esso "si perfezioni" con il compimento del primo atto e "si consumi definitivamente" con la realizzazione dell'ultimo atto, cosa che incide anche sull'inizio del termine di prescrizione.

<sup>560</sup> V. WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 324. I casi che vengono fatti rientrare nella disciplina di cui al §52 *StGB*, quindi, sono casi in cui si cerca di ricostruire una *Handlungseinheit* come per voler assorbire il disvalore in un unico fatto ai limiti con le ipotesi di reati plurisussistenti. Si cerca, quindi, un criterio di qualificazione di una sola azione tipica. Si sottolinea in questo modo la differenza esistente tra il caso in cui il un soggetto, in esecuzione di uno stesso proposito, rubi, ogni giorno, una banconota da un mazzo di banconote custodite nella cassaforte di una banca, da quello di chi uccide i membri di una famiglia per acquisire l'eredità che non è considerabile come un unico fatto. Nell'estrema ambiguità e arbitrarietà dell'istituto, è nota la sentenza del BGHSt del 1994 -in GrS 40, 138- con la quale si è, di fatto, abrogata la figura della continuazione perché la si è relegata a ipotesi del tutto eccezionali che, di fatto non vengono mai riscontrate.

<sup>561</sup> In relazione al diritto penale tedesco MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 491 con relativi riferimenti bibliografici. Secondo l'Autore, nell'ordinamento tedesco, dottrina e giurisprudenza pacifica richiedono per la continuazione un dolo complessivo unitario ed omogeneo che copra la pluralità degli atti parziali e l'omogeneità delle diverse azioni.

Lo stesso dibattito sull'opportunità o meno della sopravvivenza della continuazione, mostra che il medesimo criminoso è un dato che può essere letto in modi totalmente contrastanti<sup>562</sup>. Inoltre, al netto dell'ampio dibattito esistente sui rapporti tra l'art. 61 n. 2 c.p. e l'art. 81 co.2. c.p., necessario per dare un'interpretazione coerente al sistema *de iure condito*, il semplice raffronto tra le due disposizioni dimostra che non è possibile stabilire con una norma generale ed astratta il maggiore o minore disvalore della programmazione anticipata di più fatti di reato. Tale valutazione richiede, indispensabilmente, l'analisi del fatto concreto<sup>563</sup>.

A ben vedere, inoltre, tutti i tentativi di dare un fondamento sostanziale al medesimo disegno criminoso sembrano prendere in considerazione elementi che, di fatto, coincidono con quelli previsti dall'art. 133 c.p. per determinazione della pena da applicare in concreto nell'ambito della cornice edittale<sup>564</sup>. Se, pertanto, il maggiore o minore disvalore d'evento e d'azione vanno già considerati in sede di commisurazione della pena da applicare in concreto, non si comprende per quale motivo tali aspetti dovrebbero essere considerati una seconda volta applicando un trattamento di favore privo di una motivazione sostanziale<sup>565</sup>.

L'analisi dell'attuale casistica giurisprudenziale in materia di continuazione eterogenea, sembra tradire l'esigenza di mitigare il trattamento sanzionatorio laddove, pur nella

---

<sup>562</sup> Parte della dottrina è convinta della natura unitaria del reato continuato. Cfr., su tutti, VASSALLI, *Concorso formale omogeneo e reato continuato*, cit., 707 ss; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 493 ss. Non sono mancate, però, interpretazioni contrarie dal momento che alcuni autori, però, hanno sostenuto che la continuazione sia proprio un indice di riprovazione o di pericolosità più intense rispetto a quelle dell'autore di reati non collegati fra loro dall'identità di disegno criminoso e hanno proposto di considerarla come aggravante. Su tutti, FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, 592, il quale afferma proprio che la continuazione è «una finzione a favore del delinquente abituale o di mestiere, che non è ammissibile» e che «in realtà il delitto continuato indica una maggiore pericolosità criminale». Nel progetto del 1921 che prende il suo nome ed è fondato sul principio per cui la sanzione si applica al delinquente secondo la sua pericolosità la continuazione sarebbe dovuta rientrare tra le circostanze che indicano una maggiore pericolosità nel delinquente espressa dalla violazione di diverse disposizioni di legge o della stessa disposizione, anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione.

<sup>563</sup> Data la fortissima commistione del medesimo disegno criminoso con la finalità perseguita dall'agente, si ritiene non ammissibile stabilire l'opportunità di un minore trattamento sanzionatorio senza sindacare, nel merito, di che tipo di disegno criminoso si tratti. Non si capisce per quale motivo, infatti, in un diritto penale del fatto e non dell'autore l'aver ucciso più persone in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, spinto per esempio dall'esigenza di uccidere tutti i membri di una famiglia per ereditare un ricco patrimonio dovrebbe trovare una giustificazione sostanziale di minore trattamento sanzionatorio rispetto a chi ha commesso più omicidi separatamente.

<sup>564</sup> L'art. 133 c.p., infatti, consente all'interprete di valutare in concreto la gravità del reato desumendola dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione, dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato, ma anche dall'intensità del dolo o dal grado della colpa e dall'analisi della capacità a delinquere del colpevole desunta, tra l'altro, dai motivi a delinquere, dalla condotta di vita del reo antecedente al reato e da quella contemporanea e susseguente rispetto alla consumazione del reato.

<sup>565</sup> Nella valutazione in concreto del caso di chi falsifica un documento lo utilizza in una truffa, precedentemente già programmata, per conseguire un profitto o di chi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso uccide con condotte separate i figli del rivale in amore per vendicarsi, oppure di chi uccide, sempre con condotte separate, gli assassini del proprio figlio, il giudice può valutare tutti gli elementi del caso per determinare, tra minimo e massimo edittale, la pena che più risulta più idonea rispetto al disvalore del fatto realizzato.

realizzazione di una medesima finalità, non c'è spazio per riconoscere una convergenza apparente di norme. Si pensi alle ipotesi di concorso tra reati di falso ed altri reati quali la truffa e ai tutti gli altri casi in cui, per il rigore dell'art. 15 c.p., si esclude il concorso apparente di norme; l'estensione della nozione di medesimo disegno criminoso sembra, in tali casi, determinato dalla pur riconoscendo il concorso di reati, la somma delle pene appaia sproporzionata rispetto al fatto complessivamente realizzato.

Esigenze di chiarezza e coerenza del sistema penale, certezza della pena, ed efficacia del diritto penale, suggerirebbero al legislatore, allora, di agire innanzitutto sul piano delle qualificazioni giuridiche multiple semplificando le fattispecie di parte speciale e chiarendone i rapporti sul piano della tipicità. Appurata l'esistenza di una pluralità di reati, spetta al legislatore stabilire in modo coerente quale criterio di calcolo sanzionatorio ritiene più opportuno, evitando deroghe prive di una valida *ratio*. In ogni caso, nella determinazione della pena in concreto, nell'ambito delle forbici edittali previste dalla norma di parte speciale e nell'ambito dei limiti di aumento della pena base previsti per il cumulo giuridico, il giudice ha a disposizione i citati criteri previsti dall'art. 133 c.p.<sup>566</sup>.

Nella qualificazione giuridica dei fatti omogenei o eterogenei sorretti da un "medesimo disegno criminoso" va, allora, distinta l'analisi sul piano della tipicità da quella sul ben diverso piano della responsabilità personale. Riprendendo il modesto confronto con la continuazione nell'ordinamento tedesco, si può dare rilevanza al dato che, prima che venisse di fatto eliminata dal BGhSt, la continuazione era riferita a sole violazioni omogenee di un bene giuridico non altamente personale, in offesa di un solo soggetto passivo, sorrette da un proposito unitario. Inteso in questi termini è più facile valutare il reato continuato come un'ipotesi di reato unico. L'attuale disciplina del reato continuato ai sensi dell'art. 81 co. 2 c.p., invece, induce a ritenere che si tratti di un'ipotesi di pluralità di reati. Riconosciuta una qualificazione giuridica multipla nella manifestazione di personalità dell'agente, allora, l'analisi del collegamento esistente tra essi, dei motivi perseguiti dall'agente, l'unità di risoluzione ad agire, non possono che riguardare il piano della responsabilità personale dell'autore di reato e della sua commisurazione ai fini dell'applicazione di una pena concreta che sia proporzionata rispetto al fatto e che svolga la sua funzione costituzionale di risocializzazione.

---

<sup>566</sup> Così disponeva, si ripete, il progetto di codice penale del 1927. Sul punto COPPI, voce *Reato continuato*, cit., 223. Il progetto del 1927 del c.p. prevedeva che venisse punito con la disciplina del concorso di reati colui che con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso avesse commesso anche in tempi diversi più violazioni di una medesima disposizione di legge. Unico beneficio ammesso era la possibilità affidata alla discrezionalità del giudice di ridurre la pena risultante dal concorso di reati in misura non inferiore a un terzo in ragione delle circostanze nell'attuale 133 c.p. sempre che il condannato non fosse dichiarato delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza.

## 5. Il trattamento sanzionatorio dei reati in concorso o in continuazione

In tutti i casi in cui si discorre dell'esistenza di una pluralità di reati, si è dinanzi ad un soggetto che ha realizzato plurime offese rispetto ad uno stesso o a più beni giuridici tutelati dall'ordinamento nel perseguimento di un'unica finalità o in contesti del tutto distinti.

La scelta tra i possibili criteri di calcolo sanzionatorio rispecchia delle precise scelte di politica-criminale. Un legislatore attento ad esigenze di prevenzione speciale negativa, ad esempio, può voler inasprire il trattamento sanzionatorio se ritiene la realizzata pluralità di reati sintomatica di una maggiore pericolosità sociale; sistemi orientati dalla funzione retributiva, invece, sono più propensi ad utilizzare meccanismi di cumulo sanzionatorio<sup>567</sup>.

Dato che l'art. 27 Cost. ha operato una scelta ben precisa riguardo alla funzione della pena, è allora determinante analizzare il trattamento sanzionatorio della pluralità di reati per valutarne la legittimità costituzionale<sup>568</sup>. Se, poi, si considerano il rigore dei criteri previsti in materia di qualificazioni giuridiche multiple, la proliferazione delle fattispecie di parte speciale e, quindi, l'alta possibilità che una stessa manifestazione di personalità dell'agente debba essere sussunta in una pluralità di reati, si comprende che il problema della proporzione e del rispetto della funzione di integrazione sociale si sposta tutto sul piano sanzionatorio e sulla scelta del criterio di calcolo.

### 5.1. I modelli sanzionatori storicamente adottati e i relativi problemi applicativi

La dottrina non ha mai dato molto spazio alla questione del trattamento sanzionatorio della pluralità di reati, limitandosi per lo più a citare i criteri storicamente utilizzati, ovvero l'assorbimento, il cumulo materiale e del cumulo giuridico<sup>569</sup>.

L'assorbimento, adottato dal codice Zanardelli per disciplinare le sole ipotesi di concorso formale eterogeneo di reati, consiste nell'applicazione della sola sanzione più severa tra quelle comminate, secondo il principio *poena major absorbet minorem*<sup>570</sup>. Gli ordinamenti che utilizzano tale criterio, non lo adottano in modo esclusivo, proprio poiché comporta l'applicazione di una pena unica<sup>571</sup>.

---

<sup>567</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 456.

<sup>568</sup> Sui rapporti tra politica criminale e sistema penale si fa riferimento, su tutti, a ROXIN, *Politica criminale e sistema di diritto penale*, cit., 22 ss. Sulle implicazioni sistematiche della pena come integrazione sociale v., su tutti, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 115 ss.

<sup>569</sup> Per questa stessa osservazione v. PAGLIARO, voce *Concorso di pene*, cit., 555.

<sup>570</sup> V. PACILEO, voce, *Concorso di reati*, cit. 4 ss. L'art. 78 del c.p. del 1889, infatti, comminava l'applicazione della sola pena prevista per la violazione più grave per i casi di violazione di più disposizioni di legge realizzata attraverso un medesimo fatto.

<sup>571</sup> Per una breve comparazione con i sistemi sanzionatori adottati negli ordinamenti stranieri v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 457. In particolare si sottolinea, ancora una volta, che l'*Absorptionprinzip* è previsto dal §52 StGB per disciplinare i casi di *Tatheinheit*, ovvero quelli di *Idealkonkurrenz*. La sanzione viene

I criteri di cumulo si fondano sull'opposta esigenza di far corrispondere ad ogni reato consumato un'autonoma conseguenza sanzionatoria. Per evitare, però, che tale calcolo sanzionatorio si trasformi in una pena sproporzionata rispetto alla gravità dei fatti realizzati, il cumulo, sia esso materiale o giuridico, viene temperato dall'esistenza di limiti massimi sanzionatori oltre i quali la pena non può essere aumentata<sup>572</sup>.

Il cumulo materiale prevede la somma algebrica tra pene secondo il principio del *tot crimina tot poenae*, tendenzialmente per evitare che la sanzione diventi meno efficace nei casi di delinquenza reiterata. Proprio per questo motivo il legislatore del 1930 adottò tale criterio, per disciplinare tutti i casi di concorso di reati, a prescindere dalla circostanza che essi fossero stati realizzati con una sola azione ovvero con più azioni<sup>573</sup>.

Per espressa disposizione degli artt. 71 e 80 c.p., il cumulo materiale e i suoi limiti di temperamento si applicano anche nel diverso caso in cui le pene da eseguire nei confronti dello stesso soggetto siano state applicate con sentenze o decreti diversi. A differenza dell'art. 76 c.p. del 1889, che pure regolava i casi di convergenza di pene per effetto di distinti provvedimenti giudiziari, l'art. 80 c.p. vigente non chiarisce se i limiti massimi previsti per temperare il cumulo materiale debbano essere calcolati considerando per intero la pena già in esecuzione, oppure solo la parte che residua al momento dell'esecuzione della nuova pena<sup>574</sup>. L'assenza di un criterio normativo esplicito ha dato origine ad un contrasto giurisprudenziale sul punto anche se l'orientamento maggioritario sembra essersi adeguato a quanto previsto dal codice previgente<sup>575</sup>.

---

individuata in quella più grave e, come sottolineato dal secondo comma del §52 StGB, non può essere in concreto più mite di quella prevista dalle altre norme applicabili. Ai sensi del terzo e del quarto comma del paragrafo in commento, l'applicazione della pena unica non è incompatibile con l'applicazione di una pena pecuniaria, se ricorrono i presupposti di cui § 41 StGB, o con l'applicazione di sanzioni collaterali previste dalla legge (*Vermögensstrafen, Nebenstrafe, Nebenfolgen und Maßnahmen*). Sul punto, WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht*, cit., 317 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 834 ss.

<sup>572</sup>Tali limiti sono previsti dal c.p. vigente agli artt. 78 (limiti degli aumenti delle pene principali) e 79 c.p. (limiti degli aumenti delle pene accessorie) e in ogni caso, per espressa disposizione dell'art. 81c.p., non possono essere superati neanche in caso di calcolo della pena con il diverso criterio del cumulo giuridico. Tale temperamento di calcolo era conosciuto anche dallo stesso codice Zanardelli per il cumulo giuridico delle sanzioni detentive e per quello materiale delle sanzioni pecuniarie.

<sup>573</sup>Il testo originario del codice, prevedendo la pena di morte tra quelle comminabili, all'art. 72 c.p. aveva anche stabilito che il concorso materiale tra reati puniti con l'ergastolo dovesse comportare l'applicazione della pena di morte. Tale disposizione è stata abrogata con la legge di riforma n. 1654 del 1962.

<sup>574</sup>L'art. 76 del c.p. Zanardelli, infatti, da un lato prevedeva un criterio *ad hoc* di calcolo giuridico per tali diverse ipotesi di convergenza di pene, dall'altro prevedeva esplicitamente che ai fini del nuovo cumulo giuridico si tenesse conto della sola pena ancora da scontare al momento della pronuncia della nuova sentenza di condanna, dopo aver comunque applicato la recidiva alla pena prevista per il nuovo reato. In caso di estinzione o di completa applicazione della pena prima della nuova sentenza di condanna, invece, si applicava direttamente per intero la pena prevista per il nuovo reato.

<sup>575</sup>Si discuteva, infatti, sulla necessità di applicare il limite del cumulo materiale avendo presente l'intera sanzione applicata dal precedente provvedimento giudiziario ovvero se si dovesse limitare il calcolo alla pena residua da scontare al momento dell'esecuzione della nuova sanzione criminale. Tale soluzione è stata giudicata la più ragionevole per evitare che al soggetto venisse lasciata la possibilità di delinquere nella consapevolezza di non incorrere in alcuna conseguenza sanzionatoria. Sul punto v., su tutte, Cass. 21 marzo 2006 n. 12370. *Contra*,

Quando, invece, la legge penale stabilisce normativamente una regola per aumentare la pena più grave, tale sistema sanzionatorio ai fini della convergenza di pene prende il nome di cumulo giuridico. Esso trova la sua *ratio* nella considerazione della maggiore sofferenza che il condannato patisce con il progredire della sanzione detentiva e, di conseguenza, la maggiore intensità della pena dovuta al trascorrere del tempo. Si è soliti affermare che la sofferenza del condannato procurata dalla privazione continuativa della propria libertà personale cresce in modo geometrico<sup>576</sup>. Si vuole, quindi, mitigare la pena complessiva per mantenere la proporzione con la gravità del fatto realizzato.

Tale criterio, diffusamente utilizzato dalle legislazioni moderne, era notoriamente utilizzato dal codice Zanardelli per regolare il concorso di pene relative a reati plurimi<sup>577</sup>.

La formulazione originaria del codice penale del 1930, lo prevedeva come criterio eccezionale da applicare nei soli casi di continuazione tra violazioni omogenee e ai casi di *aberratio ictus* plurilesiva.

Gli artt. 82 e 83 c.p. realizzano una sorta di sistema a sé stante, fondandosi sempre sull'equivoca imputazione a titolo, rispettivamente, di dolo o di colpa, di un fatto che in realtà non era stato rappresentato e non era stato voluto. Rispetto alle ipotesi previste nei casi di

---

Cass. 5 dicembre 2006 n. 7345 secondo la quale nel cumulo andrebbero computate non solo le pene non ancora espiate alla data di commissione dell'ultimo reato, ma anche devono ancora essere espiate e che possono avere un riflesso sul cumulo materiale e ai fini del criterio moderatore di cui all'art. 78 c.p. Sicuramente, invece, è da escludersi la cumulatività di pene già scontate. Così la sentenza Cass. pen. 27 novembre 1982 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80 in relazione all'art. 3 Cost. per l'esclusione del cumulo rispetto a pene già espiate al momento di consumazione del fatto successivo. Tale esclusione, infatti, è giustificata in base ad esigenze di ragionevolezza; la pena non può incoraggiare la consumazione di nuovi reati, anzi deve frenarne la reiterazione e, quindi, i nuovi delitti non possono trovare un corrispettivo in una pena già espiata.

<sup>576</sup> PAGLIARO, voce *Concorso di pene*, cit. 555 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. 673.

<sup>577</sup> Il codice Zanardelli prevedeva il cumulo giuridico temperato sia per le ipotesi di concorso materiale di delitti che per quelle di continuazione omogenea. Il criterio di calcolo relativo a quest'ultimo caso era, però, meno severo rispetto a quello previsto per il concorso materiale. Al contrario, per le pene pecuniarie veniva previsto il criterio del cumulo materiale temperato. A tal proposito un limite particolare era previsto nel caso in cui le pene pecuniarie dovessero essere convertite in pene restrittive della libertà personale. Nello specifico, gli artt. 67 ss. c.p. 1889 prevedevano l'aumento da uno a tre anni del periodo di segregazione cellulare continua per il colpevole di più delitti puniti con l'ergastolo in concorso con pene restrittive della libertà personale superiori a cinque anni. La convergenza di più ergastoli, invece, comportava l'aumento del periodo di segregazione fino a cinque anni. Il concorso di pene temporanee restrittive della libertà personale della stessa specie comportava l'aumento della pena più grave della metà della durata complessiva delle altre pene nel limite massimo di trent'anni per la reclusione e la detenzione e di cinque anni per il confino. Al colpevole di più contravvenzioni punite con l'arresto si applicava quello previsto per la contravvenzione più grave aumentato della metà della durata complessiva delle altre pene, nel limite di tre anni. L'art. 79 stabiliva, infine, che più violazioni della stessa disposizione di legge (quindi solo i casi di continuazione omogenea) anche se commesse in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione, «si considerano per un solo reato», ma la pena era aumentata da un sesto alla metà. Ancora una volta sussiste una forte similitudine tra il sistema sanzionatorio del codice Zanardelli e quello del vigente StGB che, salvo i casi di *Tateinheit* di cui al §52, risolti con l'*Absorptionprinzip*, per i casi di *Tatmehrheit* applica il criterio dell'*Asperationsprinzip* (dal latino *asperare*, ovvero inasprire). Sul punto, WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 317 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 834 ss.

*aberratio*, si assiste quasi sempre, quindi, a delle regole sanzionatorie che si limitano a riflettere, sul piano sanzionatorio, la gravità del danno sociale realizzato.

Ci si è già diffusamente dilungati sul fondamento del diverso computo sanzionatorio rispetto alle ipotesi di continuazione omogenea, ritenendo che la circostanza della realizzazione delle plurime violazioni di legge si dovesse considerare meno grave per la minore riprovevolezza o per la minore pericolosità sociale espressa dal soggetto. Come si è evidenziato, quasi subito, sorse la necessità di estendere tale criterio di calcolo ai casi di continuazione tra violazioni omogenee realizzate con un'unica azione e, con la riforma del 1974, il criterio del cumulo giuridico è divenuto la regola di trattamento sanzionatorio prevista per il concorso formale di reati nonché per la continuazione tra violazioni eterogenee. Di conseguenza, in virtù del rinvio operato nell'art. 83 co. 2 c.p., il cumulo giuridico è, ad oggi, il criterio che regola anche le ipotesi di *aberratio delicti* plurilesiva.

Di fatto, quindi, a fronte dell'espreso principio del cumulo materiale di sanzioni, considerando il numero di deroghe esistenti e l'interpretazione estensiva della nozione di medesimo disegno criminoso da parte della giurisprudenza, i casi di applicazione del cumulo giuridico superano nettamente quelli di applicazione del cumulo materiale di sanzioni.

Nei lavori preparatori della riforma del 1974 si legge che il fondamento dell'estensione del cumulo giuridico al concorso formale andava riscontrato nella minore pericolosità sociale manifestata da chi realizza più fatti con una sola azione o omissione perché, in realtà, si è posto una sola volta contro l'ordinamento. Per questo motivo, a parità di fatti realizzati, sarebbe meritevole di un trattamento sanzionatorio minore rispetto a chi, volta per volta, vince la contropinta a non delinquere e si risolve per realizzare distinti fatti di reato<sup>578</sup>. L'exasperazione di tale ragionamento ha giustificato il nuovo trattamento anche dei casi di continuazione tra fatti eterogenei.

La disciplina del cumulo giuridico prevista dal codice penale vigente presenta grosse ambiguità sui criteri di identificazione della pena più grave da considerare come pena base su cui calcolare l'aumento e il trattamento delle pene eterogenee convergenti.

Prima della riforma del 1974 era chiaro che si dovesse considerare la pena più grave in concreto dal momento che il cumulo giuridico era applicabile a soli casi di violazioni omogenee tra loro, quindi punite con la stessa cornice edittale. Lo stesso art. 81 c.p., del resto, ha sempre fatto riferimento alla pena prevista per la violazione più grave, sembrando riferirsi al fatto, in concreto, più offensivo.

---

<sup>578</sup> VASSALLI, *La riforma giuridica del 1974*, cit., 55; FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 703 in cui si sottolinea come tale tesi non sia mai stata provata da un punto di vista criminologico.

La novella del 1974, però, ha indotto parte della dottrina a propendere per una valutazione in astratto della violazione più grave, affinché si rispettasse la valutazione di dannosità sociale del reato fatta dallo stesso legislatore che si esprime nella determinazione dei limiti edittali. Ovviamente, andrebbero tenuti presenti anche il titolo del reato la qualità e quantità della pena comminata, il grado di consumazione del reato, nonché la previsione di circostanze attenuanti o aggravanti nel loro reciproco bilanciamento nonché la recidiva<sup>579</sup>.

Si sottolinea, però, che la stessa comparazione dei limiti edittali non è sempre idonea ad esprimere quale reato sia più grave, potendosi verificare che l'uno sia punito più gravemente nel minimo e l'altro nel massimo. Si potrebbe, inoltre, verificare il caso che il reato più grave in astratto sia, in concreto, quello meno offensivo. Questo comporterebbe che per il reato concretamente più offensivo si potrebbe essere costretti ad applicare una pena sproporzionatamente lieve, dovendo limitare la risposta sanzionatoria ad una percentuale di aumento della pena base<sup>580</sup>.

Questi motivi, oltre all'argomento letterale riferito al testo dall'art. 81 c.p., fanno propendere maggiormente per una valutazione della pena in concreto, ovvero tenendo conto anche i criteri di cui all'art. 133 c.p., che incidono sulla gravità della singola violazione.

L'estensione del cumulo giuridico anche a casi di pluralità di reati eterogenei per mezzo della riforma del 1974, inoltre, ha determinato l'insorgere del nuovo problema dell'ammissibilità di del cumulo giuridico tra pene eterogenee e, in caso di risposta affermativa, del suo calcolo<sup>581</sup>.

---

<sup>579</sup> Così FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 709 per i quali l'adozione di tale criterio servirebbe a non stravolgere l'obiettivo valutazione del legislatore. Si vedano anche i riferimenti a BERTONI, *La riforma penale dell'aprile del 1974 nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1384; PATANÈ, *Reati puniti con pene diverse e loro unificazione per concorso formale o per continuazione*, in *Giust. pen.*, 1977, II, 379; LEPRI, *Continuazione tra reati, cumulo giuridico ed individuazione della violazione più grave: l'ultima parola alle Sezioni unite?*, in *Riv. pen.*, 1992, 1062. La giurisprudenza sul punto sembra aver accolto tale impostazione anche se, nel tempo, l'argomento è stato fonte di accesi contrasti. Cfr., da ultimo, Cass. SS. UU. 28 febbraio 2013 n. 5, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2013, con nota di AIMI, *Le Sezioni Unite sull'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena per il reato continuato*. Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto, ROMEO, *Alle Sezioni unite, ancora una volta, la questione dei criteri di identificazione della violazione più grave nel reato continuato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012.

<sup>580</sup> Sul punto, LEPRE, *Nuovi problemi in tema di reato continuato e di concorso formale di reati*, in *Giur.it.*, 1976, II, 205 ss.; ZAGREBELSCHY, *Reato continuato*, Milano, 1976, 138 ss.; RAMPIONI, *Sulla determinazione della pena nel reato continuato*, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1978, 1918; FIORAVANTI, *Nuove tendenze giurisprudenziali in tema di individuazione della «violazione più grave» ex art. 81c.p.*, in *Riv.it. dir. proc.pen.* 1982, 745; PITTON, *Violazione più grave e pene eterogenee nel reato continuato: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1988, 2314. Per quanto riguarda le circostanze, C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 608 ss, secondo gli Autori è orientamento costante della giurisprudenza che esse vadano riferite ai singoli episodi delittuosi.

<sup>581</sup> Al contrario, ai sensi dell'art. 69 del c.p. 1889, il concorso di delitti puniti con la reclusione e la detenzione comportava l'applicazione della reclusione con aumento pari ad un terzo della durata della detenzione, fatto sempre salvo il limite dei trent'anni. Se, però, la reclusione non superava un anno ed era inferiore al terzo della durata della detenzione, si applicava la detenzione aumentata della metà della durata della reclusione. Nei casi di concorso di reclusione o detenzione con la pena del confino, l'art. 70 c.p. 1889 prescriveva l'aumento della

Rispetto a tali argomenti la giurisprudenza ha assunto orientamenti fortemente contraddittori e oscillanti, specchio della profonda esigenza di una disciplina sanzionatoria legislativa chiara<sup>582</sup>.

La dottrina tende, generalmente, ad ammettere un uso quanto più estensivo possibile del calcolo giuridico, ritenendo tale soluzione imposta dal predetto fondamento sostanziale della mitigazione sanzionatoria rispetto al concorso formale e del reato continuato<sup>583</sup>.

Se, tendenzialmente, si ammette il cumulo giuridico tra pene di specie diversa, ma omogenee sul piano della restrizione della libertà personale ovvero della pecuniarietà, problemi più complessi hanno riguardato l'ammissibilità del concorso tra pene di diverso genere<sup>584</sup>. La questione rimane controversa, dal momento che è difficile trovare dei criteri che siano validi in assoluto. Ancora una volta si deve considerare che tali decisioni su un tema

---

reclusione pari a un terzo della durata del confino e quello della detenzione pari ad un sesto della durata del confino, fatti sempre salvi gli artt. 68 e 69 c.p. 1889 in caso di realizzazione di più delitti che importino reclusione o detenzione o più delitti che importino il confino. Al colpevole di più contravvenzioni punite con l'arresto si applicava quello previsto per la contravvenzione più grave aumentato della metà della durata complessiva delle altre pene, nel limite di tre anni. In caso di concorso di delitti puniti con la reclusione e contravvenzioni punite con l'arresto, la pena da applicare era quella comminata per il delitto o quella risultante dall'applicazione delle regole sul concorso di delitti, aumentata di un sesto della durata complessiva dell'arresto. Nel caso di concorso di delitti puniti con pene diverse dalla reclusione con contravvenzioni punite con l'arresto, invece, l'aumento era pari al terzo della durata complessiva dell'arresto. Rispetto agli effetti penali della condanna, l'art. 73 c.p. 1889 disponeva la considerazione della sola pena da infliggersi per ciascun delitto, salva l'applicazione per intero per ciascun reato dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici fino ad un limite massimo di dieci anni e della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte fino al limite massimo di cinque anni. Non si ponevano, invece, problemi di cumulo giuridico di pene restrittive della libertà personale con pene di tipo pecuniario dal momento che per queste ultime si applicava il cumulo materiale nei limiti massimi previsti dalla legge. Anche i §§ 53 e 54 *StGB* prevedono, sul punto, una disciplina esplicita.

<sup>582</sup> Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 711i quali si sottolineano, in particolare, che la giurisprudenza, invece, ha assunto orientamenti fortemente contraddittori, ai limiti del caos interpretativo; ZAGREBELSKY, *Nuovi sviluppi nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 81 c.p. al concorso di reati puniti con pene eterogenee*, in *Cass. pen.*, 1985, 2152; MESSINA, *Finalmente ammessa la continuazione tra reati comuni e militari*, in *Foro it.*, 1985, II, 172; NAPPI, *Reato continuato e pene diverse nel genere*, in *Cass. pen.*, 1986, 62; ADAMI, *La pena unica progressiva nel reato continuato*, *ibidem*, 67; CATALIOTTI, *Il cumulo giuridico di pene eterogenee nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Ind. pen.* 1998, 601; DE ROBERTO, *Criteri per determinare la pena in caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 490.

<sup>583</sup> Sul punto: ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., 143 ss., *Id.*, *Un inizio di revisione della giurisprudenza sulla continuazione e i reati con pene eterogenee*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1981, 1254 ss.; FIORELLA, *Concorso formale, reato continuato e pene eterogenee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1553 ss.; FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed IVA*, Padova, 1979, 268 ss.; *contra* CALDERONE, *Reato continuato e principio di legalità*, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1978, 297 ss.

<sup>584</sup> L'ammissibilità del cumulo giuridico tra pene dello stesso genere seppur di specie diversa è stata affermata definitivamente dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 312 del 1988 in *Cass. pen.*, 1998, 1581 ss. con nota di NAPPI, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*. Per mezzo di tale sentenza la Consulta ha effettuato importanti dichiarazioni sul principio di legalità della pena in relazione ad un concorso formale tra furto e guida senza patente. La Corte ha sottolineato come, essendo fuori discussione che l'intento della riforma del 1974 fosse quello di mitigare il regime sanzionatorio del concorso di reati, la nuova normativa andava interpretata nel senso di consentire al reo di godere comunque di una minore restrizione della libertà personale rispetto a quella che deriverebbe dal cumulo materiale. Per il reo è preferibile, infatti, subire un aumento della pena per il furto, piuttosto che dover subire autonomamente l'applicazione di tre mesi di arresto per guida senza patente. Si tratta, allora, di un beneficio ispirato al *favor rei*, essendo poco rilevante che l'arresto sia astrattamente una sanzione meno grave della detenzione.

così delicato, come il computo in concreto della pena da applicare, non dovrebbero essere rimesse del tutto agli interpreti<sup>585</sup>.

Il principio di legalità della pena impedirebbe il cumulo giuridico tra pene di genere diverso, ma viene generalmente considerato che negare *tout court* l'applicazione del calcolo giuridico costituisce una scelta eccessivamente di sfavore nei confronti dell'autore di reato<sup>586</sup>. Si prospetta, allora, di sfruttare i criteri di conversione di cui al 135 c.p. per determinare l'aumento della pena base. Anche tale criterio non è esente da critiche dal momento che trasformare una pena pecuniaria in una detentiva, però, appare contrario al *favor rei*, soprattutto in assenza di un'espressa volontà legislativa. Una soluzione potrebbe essere quella di riconvertire, nuovamente, l'aumento di pena detentiva così calcolato in una pena pecuniaria<sup>587</sup>.

Infine, con specifico riferimento ai reati meno gravi puniti con pena detentiva e pecuniaria congiunta, in giurisprudenza sembra affermarsi la tendenza ad applicare due cumuli di pene diversi per pene detentive e pene pecuniarie.

Per i problemi relativi all'applicazione del cumulo giuridico tra reati giudicati in vicende processuali diverse, si rinvia a quanto detto in materia di continuazione anche se tale discorso vale anche per l'applicazione di tale calcolo sanzionatorio anche in materia di concorso formale di reati.

Va, infine, sottolineato il quarto comma dell'art. 81 c.p., introdotto dalla l. 251 del 2005, il quale stabilisce che nel caso in cui i reati in concorso formale o in continuazione siano stati consumati da un soggetto recidivo reiterato ai sensi dell'art. 99 co. 4 c.p., l'aumento della pena non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, fermi restando i limiti di temperamento previsti per il cumulo<sup>588</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, per mitigare la portata applicativa di tale disciplina ha sottolineato il dato letterale per cui si deve trattare di un soggetto al quale sia stata già

---

<sup>585</sup> FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 712; a prescindere dalla soluzione più corretta si richiede l'intervento del legislatore. Tali soluzioni, tutte fortemente incerte ed ambigue, lasciano trapelare la sensazione di fondo che in presenza di un cumulo giuridico nessuna pena debba essere applicata per l'intero; cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 500 ss. Secondo parte della dottrina, il problema ha delle conseguenze pratiche di non poco momento e coinvolge principi dell'ordinamento di non poco momento quali la legalità delle pene l'effettività del principio unificante oltre che di favore proprio del sistema del cumulo giuridico; così C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss.

<sup>586</sup> La citata sentenza n. 312 del 1988 della Corte costituzionale ha avuto modo di prendere posizione sul punto affermando che la pena legale non è solo quella che deriva dall'applicazione della singola norma penale, ma anche dall'applicazione combinata di tutte le disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio e quindi anche quella derivante dall'art. 81 c.p.

<sup>587</sup> Sul punto C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 608 ss.

<sup>588</sup> Secondo il principio di diritto affermato dalla Cass., Sez. Un., sent. 23 giugno 2016 (dep. 21 luglio 2016), in *Dir. pen. cont.* 23 luglio 2016: «Il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all'art. 81, quarto comma, cod. pen. nei confronti di soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, stesso codice, opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti».

applicata la recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p. Ne consegue che tale norma si applicherebbe solo in presenza di una precedente condanna che già dichiarava l'agente recidivo reiterato e non nel caso in cui tale condizione fosse riscontrabile proprio per applicazione del concorso formale o del reato continuato oggetto di giudizio<sup>589</sup>.

La recidiva non è altro che un aggravamento della pena dovuto al fatto che il soggetto è stato già condannato per un delitto non colposo<sup>590</sup>. Stabilire una soglia minima di aumento del cumulo giuridico, allora, significa far conseguire due conseguenze negative per lo stesso requisito di carattere personale, cosa che appare palesemente in contrasto con i requisiti di proporzione e con la finalità costituzionale della pena.

Inoltre, l'applicazione dell'art. 81 co. 3 e 4 c.p. era stato interpretato, costantemente, nel senso di poter applicare un aumento fino al limite del cumulo materiale e dei suoi temperamenti. Questo comportava che, di fatto, per i recidivi reiterati la pena applicata in concreto fosse spesso analoga a quella che sarebbe risultata da un cumulo materiale di sanzioni, neutralizzando gli effetti di mitigazione sanzionatoria voluti dalla riforma del 1974.

Su quest'ultimo punto è, di recente, intervenuta la Corte Costituzionale che ha posto un argine a tale sproporzione sanzionatoria affermando che il limite massimo di aumento a cui fa riferimento l'art. 81 co. 3 c.p. dev'essere calcolato in riferimento alla somma delle pene che il giudice, applicando un cumulo materiale, avrebbe applicato in concreto ai singoli illeciti realizzati e non alla somma dei massimi edittali previsti per essi<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> Su tutte, Cass. I sez., 26 marzo 2013 n. 18773; Cass. III sez., 28 settembre 2011, n. 431; Cass. I sez., 1° luglio 2010, n. 31735; Cass. I sez., 2 luglio 2009, n. 32625.

<sup>590</sup> Non è possibile soffermarsi in questa sede sulle perplessità che la dottrina nutre circa l'istituto dal quale consegue una risposta sanzionatoria sproporzionata anche a voler ammettere una funzione retributiva della pena. Ci si vede costretti, quindi, a rinviare alla letteratura sull'argomento. Sul punto v., *ex multis*, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 453 ss.; C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 454 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 651 ss. e relativi riferimenti bibliografici.

<sup>591</sup> Ci si riferisce alla sent. Corte Cost. 26.11.15 n. 241 su *Dir. pen. cont.*, 2 dicembre 2015. Tale sentenza interpretativa di rigetto ha perso, ancora una volta l'occasione di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma. A prescindere dal calcolo del limite come somma delle pene inflitte in concreto o applicabili in astratto, il trattamento sanzionatorio risulta sproporzionato per le succitate ragioni. Tale norma, infatti, a parità di dannosità sociale dei fatti commessi da un soggetto non recidivo reiterato, neutralizza il favore con cui il legislatore valuta il concorso formale e il reato continuato. A tale obiezione la Corte costituzionale aveva risposto già in passato, affermando che nella considerazione della maggiore pericolosità dell'agente è possibile che il legislatore voglia inasprire il trattamento sanzionatorio e neutralizzare gli effetti positivi del cumulo giuridico nel concorso formale e nella continuazione (che si fondano proprio su una minore pericolosità dell'agente). Inoltre, trattandosi di un caso, ormai, assodato di recidiva facoltativa, il giudice ha il potere di valutare il caso concreto e decidere se dover applicare tale norma o no. Sul punto v. Corte cost., ordinanza n. 193 del 2008. Non è possibile soffermarsi ulteriormente sull'interessante tema della compatibilità tra recidiva e continuazione o concorso formale che meriterebbe un autonomo approfondimento.

## 5.2. La connessione di reati

La connessione di reati è una circostanza aggravante comune, fondata sul solo atteggiamento interiore dell'agente, i cui rapporti con la continuazione sono ancora accanitamente discussi.

Il suo fondamento andrebbe riscontrato nella maggiore pericolosità dell'autore che non desiste dalla commissione di un reato nonostante si debba commettere un altro reato<sup>592</sup>. Si tratta di un fondamento discutibile se solo si considera che molti reati per propria natura non sono fini a sé stessi<sup>593</sup>. Per questi motivi si discute, in dottrina, di una possibile abrogazione di tale norma in una prospettiva di riforma.

Essa può essere teleologica o ideologica quando un reato c.d. mezzo è commesso con lo scopo di eseguire un altro reato c.d. fine o consequenziale quando un reato è commesso per eseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato oppure per occultarlo<sup>594</sup>. La sua operatività, però, non è legata all'effettiva realizzazione di tali reati connessi, potendo essa essere applicata per la sola indagine sulle intenzioni dell'agente, anche se l'ulteriore reato non è stato più consumato o se, per esempio, si è trattato di un tentativo inidoneo<sup>595</sup>. Il soggetto viene sottoposto a un aggravamento sanzionatorio per il sol fatto di aver preventivato di voler commettere degli ulteriori reati utili ai fini del suo piano criminale.

Oltre l'aumento sanzionatorio essa comporta all'applicazione di alcune norme particolari come l'art. 170 co. 2 c.p. in materia di estinzione di reato connesso, l'art. 609 *septies* c.p. in materia di irrevocabilità della querela ed altre conseguenze processuali, per esempio in materia di competenza per territorio.

La dottrina ha sovente sottolineato come la sua sopravvivenza sembrerebbe essere messa in discussione dalla riforma del 1974 in materia di continuazione eterogenea, che disciplinando la stessa materia in modo analogo ne avrebbe determinato un'abrogazione tacita. Il medesimo disegno criminoso che lega i reati consumati, addirittura eterogenei, coinciderebbe, infatti,

---

<sup>592</sup> DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 103 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 502.

<sup>593</sup> In ogni caso, spesso la realizzazione del reato fine presuppone la commissione di un reato mezzo, oppure il reato fine è la conseguenza naturale dell'aver commesso il reato mezzo. Si pensi, ad esempio, ai reati di falso. Sul punto MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 503.

<sup>594</sup> *Ivi*, 503. Secondo l'Autore quella la connessione teleologica è l'unica ipotesi di concorso di reati come forma di manifestazione del reato, mancando nelle altre una giustificazione razionale. Vi è poi chi distingue, ulteriormente, tra nesso consequenziale paratattico, se il soggetto ha commesso il fatto per conseguire assicurarsi il prezzo, il prodotto o il profitto di un determinato reato, e nesso ipotattico, se il soggetto ha commesso il fatto per occultarne un altro. In tal senso CAPUTO, Art. 61, in LATTANZI-LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 42. Problemi particolari sorgono per la prova della connessione teleologica ovvero della volontà diretta a realizzare il reato scopo, anche quando il reato fine non sia stato effettivamente consumato.

<sup>595</sup> L'aggravante, infatti, viene unanimemente considerata in senso soggettivo. DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 104.

con l'aver predisposto i reati l'uno come il mezzo dell'altro<sup>596</sup>. Di conseguenza sarebbe assurdo valutare due volte lo stesso elemento, per di più una volta come mitigazione e una volta come inasprimento del trattamento sanzionatorio.

A tali osservazioni si obietta, innanzitutto, che il problema dei rapporti tra connessione e continuazione sussisteva già prima della riforma del 1974, data l'interferenza delle nozioni. Anche reati omogenei commessi in esecuzione di un medesimo criminoso, infatti, possono benissimo essere legati da un nesso di connessione teleologica<sup>597</sup>. La riforma del 1974, allora, non avrebbe fatto altro che aggravare problemi di compatibilità tra 61 co.1 n. 2 c.p. e art. 81 co.2 c.p. facendo assumere alla questione una vera e propria rilevanza sistematica<sup>598</sup>.

Parte della dottrina propende per l'incompatibilità dei due istituti, data la differenza di struttura tra il reato continuato e le ipotesi di continuazione. Tale impostazione era molto accreditata prima della riforma del 1974 dal momento che la formulazione dell'art. 81 co. 2 c.p. faceva propendere, per i motivi suesposti, alla tesi della struttura unitaria del reato continuato. Questo veniva inteso quasi come un reato a struttura complessa che assorbiva in sé la commissione delle varie violazioni di legge. Da qui il facile coordinamento con la disciplina della continuazione che, invece, essendo una circostanza, dev'essere applicata a reati singoli. Non sarebbe possibile, infatti, applicarla al reato continuato, perché significherebbe frazionare un reato unitario<sup>599</sup>. In ogni caso, anche non aderendo espressamente alla teoria unitaria, vi è chi afferma che la continuazione è comunque una valutazione complessiva di un insieme di reati che, quindi, non può essere frazionata.

Vi è poi chi argomenta l'incompatibilità alla luce del concorso apparente di norme; gli articoli in questione, infatti, realizzerebbero una convergenza apparente di norma da risolvere con il criterio della specialità bilaterale. L'elemento di convergenza, in particolare, sarebbe dato dallo scopo perseguito in concreto dall'agente, componente finalistica esistente in entrambi gli istituti<sup>600</sup>.

---

<sup>596</sup> Cfr. C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 619ss.; l'aver realizzato un reato per eseguirne un altro è, secondo tali Autori, una tipica forma di continuazione ai fini dell'81 c.p. *Contra* DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 103 per il quale la dottrina non ha mai veramente spiegato i motivi per i quali si sarebbe verificata questa abrogazione attraverso un preciso raffronto tra le fattispecie.

<sup>597</sup> Si pensi al caso di chi uccida le guardie del corpo del proprio nemico per poter, successivamente, uccidere anche lui. Questo esempio dimostra ancora una volta che medesimo disegno criminoso, connessione teleologica sono nozioni ambigue e difficilmente distinguibili dai motivi che hanno indotto il soggetto a delinquere.

<sup>598</sup> DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 105.

<sup>599</sup> *Ibidem*. A tale osservazione l'Autore risponde che comunque era immaginabile che il reato fine cadesse in continuazione. Essendo la connessione teleologica un legame esistente, nell'intenzione dell'agente, tra reato mezzo e reato fine, è ben possibile che tale legame copra dei fatti di reato che costituiscono un tratto esecutivo della continuazione.

<sup>600</sup> Cfr. C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 495 ss. e 619 ss.: connessione teleologica e continuazione sono due norme che si trovano tra loro in rapporto di concorso apparente. L'aver commesso un reato per eseguirne un altro è uno stesso identico dato che non può essere computato più volte in modo opposto.

Parte della dottrina propende, invece, per la compatibilità tra art. 61 co. 1 n. 2 e continuazione dal momento che quest'ultima, a differenza della connessione di reati, non richiede espressamente un ordine cronologico, pertanto l'applicabilità dell'aggravante dipenderebbe dalla priorità del reato mezzo rispetto al reato scopo<sup>601</sup>.

Una soluzione molto articolata, giustifica l'incompatibilità tra la connessione teleologica e il medesimo criminoso alla luce del criterio del *ne bis in idem* da applicare al caso concreto. Tale posizione individua un punto essenziale, ossia che medesimo disegno criminoso e connessione teleologica costituiscono un identico elemento psicologico<sup>602</sup>. Se, allora, l'interprete ha già tenuto conto della gravità di tale nesso psicologico nella determinazione dell'aumento di pena concreto entro i limiti fissati dall'art. 81 co. 2 c.p., non vi sarà più spazio per una sua nuova valutazione anche in termini di connessione. L'interprete, quindi, dovrebbe scegliere, nel caso concreto, se applicare l'uno o l'altro articolo.

Ma se, come si condivide, la connessione altro non è che un medesimo disegno criminoso, si capisce che il sistema soffre di una contraddizione in termini applicando in modo diametralmente opposto lo stesso dato<sup>603</sup>. Il fatto che connessione e medesimo disegno criminoso siano due dati analoghi, dimostra che non può trattarsi di un elemento utile in modo inequivocabile a caratterizzare i reati realizzati né in senso di un minore disvalore d'azione, né del suo maggiore disvalore. La sua valutazione dev'essere rimessa, necessariamente, alla valutazione del merito del caso concreto.

L'analisi dei rapporti dell'art. 81 co. 2 c.p. con l'art. 61 co. 1 n. 2, allora, non fa altro che avvalorare le riflessioni svolte in materia di continuazione. Se il vero parametro di ragionamento nella valutazione del reato è la sua offensività e se l'art. 133 c.p. già prevede la considerazione dei motivi che hanno indotto a delinquere, dell'intensità del dolo, del grado della colpa e, in generale, di una serie di elementi relativi al caso concreto, non si comprende per quale motivo si dovrebbe dare un rilievo autonomo ai rapporti che l'agente ha soggettivamente creato tra i fatti pensati o realizzati.

---

Ne consegue che è possibile applicare l'aggravante teleologica se si è al di fuori della continuazione e quindi se c'è un nesso solo occasionale cioè se solo occasionalmente l'uno è il mezzo di esecuzione dell'altro.

<sup>601</sup> Cfr. obiezioni di DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 106 per il quale non si tratterebbe di una argomentazione giuridica sufficiente a fondare la soluzione della compatibilità.

<sup>602</sup> La previsione di più reati tra loro collegati costituisce un elemento psicologico che al pari del dolo e della colpa, può avere diverse intensità. non a caso l'art. 81 co. 2 c.p. prevede una percentuale di aumento entro un certo limite e non un aumento fisso. La più grave è proprio quella della connessione teleologica. Sul punto DE FRANCESCO, *La connessione teleologica*, cit., 105.

<sup>603</sup> Si condivide sul punto la già citata opinione di C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 619 ss.

### 5.3. Osservazioni critiche sul trattamento sanzionatorio della pluralità di reati

Sull'esigenza di una ponderata riforma sanzionatoria che ponga fine ai dubbi interpretativi sulle singole questioni applicative del cumulo giuridico nel silenzio della riforma del 1974 non c'è molto da aggiungere. Si auspica, quindi, una riforma esaustiva sul modello del sistema tedesco o di quello esistente nella vigenza del codice Zanardelli.

L'analisi della disciplina della pluralità di reati indurrebbe, però, anche a chiedersi quale dei sistemi di calcolo sanzionatorio sia compatibile con la funzione costituzionale della pena e, quindi, sia idoneo a calcolare una pena che sia legale, certa e proporzionata rispetto alla responsabilità personale dell'agente.

In realtà, qualunque criterio sembrerebbe astrattamente idoneo, purché regolato con chiarezza dal legislatore nei suoi aspetti applicativi ed inserito in un sistema penale coerente ed efficace. A tal fine le fattispecie dovrebbero essere chiare e determinate, cosa che faciliterebbe l'analisi anche ai fini della convergenza di norme, e dovrebbero prevedere pene edittali proporzionate. Sembrerebbe, forse, da escludersi solo l'utilizzo esclusivo del criterio dell'assorbimento delle pene nella pena più grave dal momento che potrebbe portare ad eccessive mitigazioni sanzionatorie<sup>604</sup>. Non a caso, gli ordinamenti moderni lo utilizzano in combinato disposto con altri meccanismi di calcolo.

Spetta al legislatore, poi, stabilire tra i due criteri di cumulo quale sia quello più utile al raggiungimento degli scopi politico criminali prefissati. Non è detto, infatti, che il cumulo giuridico assicuri un trattamento sanzionatorio più mite se ritenuto compatibile con norme come l'art. 61 co. 1 n. 2 c.p. Analogamente, se il legislatore discrezionalmente non condividesse l'assunto per il quale la sofferenza del condannato aumenta in modo geometrico rispetto al passare del tempo in cui è sottoposto a restrizione della libertà personale, il cumulo materiale di pene certe e realmente proporzionate alla responsabilità dell'agente non sembra per forza incompatibile col sistema penale. Ciò che rende incompatibile tale criterio con le finalità costituzionali della pena è la generale tendenza all'ipertrofia legislativa. L'elevato numero di norme in convergenza materiale, infatti, può sì determinare un cumulo aritmetico di sanzioni che risulta del tutto sproporzionato rispetto alla responsabilità personale dell'agente.

Ciò che, però, fa maggiormente apparire incoerente il sistema penale è il trattamento differenziato delle ipotesi di pluralità sulla base di fondamenti sostanziali irragionevoli.

---

<sup>604</sup> Non si prende in riferimento l'assorbimento stabilito dall'art. 82 co. 2 c.p., perché esso stabilisce un regime a sé stante che non trova la sua *ratio* nella riflessione sulla convergenza di pene in capo al soggetto, bensì sull'esigenza di non lasciare impunito un fatto gravemente offensivo.

L'analisi della disciplina dell'*aberratio ictus*, basata di per sé sull'analisi delle intenzioni dell'agente, stabilisce un criterio sanzionatorio fondato sulla mera valutazione dell'offesa oggettivamente realizzata più che sulla responsabilità personale dell'agente.

Il concorso formale di reati e la disciplina della continuazione sono puniti in base alla considerazione che il soggetto che ha agito una sola volta o ha agito più volte in esecuzione del medesimo disegno criminoso. Si tratterebbe, quindi, di una valutazione sulla rimproverabilità del soggetto, che in molti casi sembra difficilmente distinguibile dall'analisi dei motivi che hanno indotto a delinquere. Gli stessi presupposti di fatto sembrano, poi, essere oggetto di valutazioni diametralmente opposte in altre norme di legge, come nel caso della recidiva, dell'aggravante della connessione teleologica, dell'aggravante della premeditazione o delle circostanze dei motivi abietti e futili o dei motivi di particolare valore morale e sociale.

È vero che, nell'ipotesi di pluralità di reati, si discute di un soggetto che ha commesso più fatti offensivi e nei cui confronti occorre ponderare bene i termini della rieducazione, ma occorre chiedersi se nel nostro sistema penale, orientato dai principi della costituzione, sia ancora ragionevole indagare sulla personalità dell'agente e sui moti interiori che hanno accompagnato la realizzazione del fatto di reato<sup>605</sup>.

L'indagine sulla personalità dell'agente e sulla sua pericolosità appare comprensibile solo se si ragiona nell'ottica retributivo deterrente e di attenzione alle esigenze di prevenzione speciale negativa del 1930<sup>606</sup>.

Si è avuto modo di considerare come già l'art. 133 c.p. prevede una serie di elementi che, valutati dal giudice, consentono di personalizzare la pena secondo la sua effettiva responsabilità personale nella scelta della pena da irrogare in concreto nell'ambito dell'ampia forbice edittale. Non si dimentichi, inoltre, che anche il bilanciamento delle altre circostanze incide sulla valutazione della gravità del fatto e su tale calcolo concreto.

Se, allora, il diritto penale si deve occupare dei fatti realizzati e della responsabilità personale degli autori, intesa in senso deeticizzato, tali norme risultano incompatibili con i parametri di legittimità costituzionale<sup>607</sup>.

Basta prendere in considerazione l'esempio eclatante dell'omicidio doloso per comprendere che appare del tutto irragionevole differenziare l'uccisione di più persone, analogamente voluta, a seconda che tali omicidi siano stati commessi con una sola azione esecutiva o con più condotte, ovvero in esecuzione di un medesimo disegno criminoso.

---

<sup>605</sup> MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., 115 ss.

<sup>606</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 561 ss.

<sup>607</sup> Per conclusioni in senso conforme si veda. SANTORO, *I riflessi penalistici della questione multiculturale. Implicazioni dommatiche e profili di politica criminale*, Saarbrücken, 2015, 180-181.

A ben considerare, allora, le modifiche del trattamento sanzionatorio operate dalla novella del 1974 tradiscono il vero scopo della riforma, ovvero quello di realizzare una mitigazione generalizzata del trattamento sanzionatorio senza assumersi la responsabilità di intervenire sulle singole norme di parte speciale.

Sarebbe, allora, più coerente unificare il regime di calcolo delle ipotesi di pluralità di reati, così come coerentemente predisposto dalla formulazione originaria del codice Rocco, e provvedere o ad una seria e complessa riforma organica del sistema sanzionatorio incidendo sulle singole cornici edittali previste dalla parte speciale del codice, ovvero assumersi la responsabilità politica di affermare che si ritiene il cumulo giuridico di sanzioni, il criterio generale utile a risolvere la convergenza di pene.

## Conclusioni

### L'unità o pluralità di reati in un sistema penale teleologicamente orientato

#### 1. Conclusioni *de iure condito*

L'analisi degli istituti coinvolti ha messo in evidenza che il codice del 1930 è stato pensato come un sistema penale coerente e perfetto nella sua severità. In tale sistema, il legislatore ha la piena discrezionalità di tradurre sul piano giuridico il disvalore dei fatti realizzati sul piano empirico caratterizzati da un significato illecito, addirittura superando il limite della responsabilità personale dell'agente, come avviene nel caso dell'*aberratio ictus* monolesiva. I rapporti tra le fattispecie di parte speciale vengono regolati secondo criteri formali e rigidi ai sensi dell'art. 15 c.p. e delle clausole di riserva contenute nelle fattispecie di parte speciale. Un discorso particolare dev'essere fatto per il reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p. Sebbene tale articolo sembri riferirsi alle sole ipotesi in cui la legge, esplicitamente, prevede un fatto, autonomamente valutabile come illecito, quale elemento costitutivo o circostanza di un altro reato, i lavori preparatori tradiscono l'intenzione di utilizzare il reato complesso come figura idonea a derogare al concorso di reati ogni qual volta l'offesa agli interessi tutelati dal legislatore appaia unitaria. Ogni qual volta si verifica un concorso di reati, salvo che vi sia una deroga sanzionatoria stabilita dal legislatore, il criterio sanzionatorio è unico a prescindere dall'unità o pluralità di condotta attraverso la quale essi vengono realizzati.

Come più volte sottolineato, tale sistema di coordinamento tra norme di parte speciale nella determinazione dell'unità o pluralità di reati eterogenei dev'essere reinterpretato alla luce dei principi costituzionali ed europei, cioè il principio di uguaglianza, di ragionevolezza e di proporzione e il principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Forti criticità rispetto alla disciplina dell'unità o pluralità di reati eterogenei sono determinate dall'aumento esponenziale delle fattispecie di parte speciale, che individuano un numero sempre maggiore di interessi giuridici meritevoli di tutela. Nell'introdurre tali nuove fattispecie, il legislatore quasi mai si interroga sui loro rapporti rispetto a quelle preesistenti, delegando all'interprete il compito di risolvere i problemi di unità o pluralità di reati eterogenei alla luce delle norme stabilite in materia di concorso apparente di norme.

Lo studio del problema delle qualificazioni giuridiche multiple ha consentito di individuare i presupposti della convergenza. Occorre che vi siano una «stessa materia» e una pluralità di norme su essa convergenti. Non è necessario, invece, che i rapporti tra le norme convergenti siano problematici.

Come si è avuto modo di analizzare, la dottrina maggioritaria interpreta il concetto di «stessa materia» alla luce dei rapporti strutturali tra le fattispecie in astratto. Sussiste una convergenza, quindi, se le fattispecie sono riconducibili ad una relazione di specialità che possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 15 c.p. Proprio per questo motivo, l'antefatto e postfatto non punibili sarebbero questioni non rientranti nell'ambito del concorso apparente di norme, perché tali fenomeni coinvolgono fattispecie che non rientrano in tali rapporti strutturali.

Si ritiene, però, che tale impostazione sia caratterizzata da un vizio di fondo. Il criterio di specialità è previsto dall'art. 15 c.p. per stabilire la norma prevalente tra quelle convergenti. Sembra sbagliato, quindi, ricavare i presupposti della convergenza dall'esistenza o meno di un rapporto di specialità. Del resto, la specialità non è neanche l'unico criterio previsto dal legislatore per regolare i rapporti tra fattispecie erogenee. Le clausole di riserva e quelle che, espressamente, stabiliscono la non punibilità dell'antefatto e postfatto sono comunque modi attraverso i quali il legislatore stabilisce che la sanzione da applicare all'agente è unitaria. Ma se la sanzione è unitaria, vuol dire che il legislatore ha considerato quella manifestazione di personalità dell'agente come espressiva di un disvalore unitario e, quindi, come un reato unico.

La nozione di «stessa materia», allora, potrebbe essere meglio ricollegata alla nozione processualistica di «medesimo fatto» di cui all'art. 649 c.p.p. e cioè alla nozione di stessa vicenda naturalistica sottoposta a giudizio in un determinato processo. Se, infatti, si considera la disciplina delle contestazioni e delle qualificazioni giuridiche nella fase dibattimentale, si comprende che al giudice viene chiesto di stabilire quali e quanti reati sono stati consumati dall'imputato attraverso la sua manifestazione di personalità come descritta nei capi di imputazione. Sussiste una convergenza di norme, allora, quando gli stessi fatti di cui si discute in un giudizio sono *prima facie* sussumibili in una pluralità di norme di parte speciale. Restano esclusi, da tale nozione ampia di convergenza di norme, solo i problemi di qualificazioni giuridiche multiple tra fattispecie tra loro incompatibili. A ben interpretare le norme, infatti, la stessa materia processuale è sussumibile solo in una tra esse. Pertanto, non si pone un problema di convergenza, perché l'autore, con la sola condotta, ha violato una sola norma.

Tale convergenza di norme, poi, può essere reale dando luogo ad un concorso di reati eterogenei, oppure apparente dovendo riconoscere che il reato è unico perché espressivo, secondo il legislatore, di un disvalore unitario. Sussiste, allora, un concorso apparente di norme ogni qual volta un soggetto, con la propria condotta, ha violato una pluralità di norme,

ma, per effetto di un criterio previsto dal legislatore, la norma valida ed applicabile, in ultima analisi, è solo una.

Individuata una convergenza di norme, occorre stabilire quali criteri utilizzare per regolare i rapporti tra le norme e risolversi per l'apparenza del loro concorso. Tali criteri sembrano essere quello della specialità, della sussidiarietà espressa, della prevalenza di una norma rispetto ad un'altra stabilita con una qualsiasi clausola di riserva anche se non espressiva di un rapporto di sussidiarietà e l'antefatto e il postfatto non punibili. A netto di tali criteri, si deve prendere atto del fatto che per il legislatore i fatti sono espressivi di disvalori diversi e, quindi, sussiste una pluralità di reati.

Come già sottolineato, un'attenzione particolare dev'essere riservata al reato complesso e al criterio di consunzione. Nonostante il rigore del sistema del 1930, infatti, i lavori preparatori del codice tradiscono l'intento del legislatore di lasciare spazio a valutazioni di valore sull'unità o pluralità di reati. Cioè, sebbene il legislatore abbia provato a vincolare l'interprete stabilendo dei criteri rigorosi di qualificazione dei fatti come unità o pluralità, la spiegazione che i lavori preparatori danno dell'art. 84 c.p. consente di comprendere che lo stesso legislatore si è arreso all'evidenza di non poter risolvere tutti i problemi di qualificazioni giuridiche multiple *a priori*, e di essere obbligato a rimettere all'interprete alcune valutazioni circa l'unitarietà del fatto a seconda delle caratteristiche del caso concreto.

La consunzione, allora, non sembra operare come criterio di soluzione del concorso apparente di norme, ma quale criterio sostanziale per comprendere se il legislatore ha previsto o quelle violazioni di legge come espressione di un disvalore unitario. È vero che tali valutazioni di valore possono creare arbitri giurisprudenziali, ma non è possibile non ricorrervi quando è lo stesso legislatore che ha imposto una valutazione dell'unitarietà o meno del disvalore caso per caso. Una volta ricostruita, in questo modo, la fattispecie complessa essa si pone in un normale rapporto di specialità rispetto alle fattispecie base.

Si critica, pertanto, anche quella dottrina che si riferisce al reato eventualmente complesso, perché riduce, ancora una volta, il problema dell'unità o pluralità di reati nell'ambito di una fattispecie complessa alla possibilità di riscontrare una relazione strutturale di specialità bilaterale.

Tale interpretazione del reato complesso consente, sicuramente, di risolvere svariate questioni in materia di unità o pluralità di reati, ma non risolve le ipotesi in cui il concorso di reati sembra violare il criterio del *ne bis in idem* sostanziale.

Occorre ancora comprendere, allora, che cosa si debba intendere per specialità tra fattispecie. Sono state analizzate le tesi monistiche volte ad estendere tale nozione alle ipotesi di specialità c.d. bilaterale o reciproca. Sono stati altresì esposti i motivi per cui si ritiene che

la teoria del raffronto strutturale di fattispecie in astratto di De Francesco sia quella più utile sul piano dei risultati. Essa, infatti, ha introdotto un lessico che è stato, ormai, assorbito dalla giurisprudenza, ha creato un metodo rigoroso di raffronto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie e consente di individuare un concorso apparente di norme nel maggior numero possibile di casi di specialità reciproca, casi in cui la contestazione di una pluralità di reati viene avvertita come iniqua. Nonostante tali pregi, però, definizioni quali specialità bilaterale “unilateralmente per aggiunta”, specialità “bilaterale per specificazione” e specialità “bilaterale bilateralmente per aggiunta”, sembrano davvero allontanarsi dal senso della specialità. Tale ricostruzione, inoltre, non è risolutiva. Infatti, sebbene essa risolva il maggior numero possibile di casi di specialità reciproca, residuano delle ipotesi in cui tale rapporto di specialità non è riscontrabile, ma si avverte comunque un problema di sproporzione sanzionatoria. Sembra, allora, difficile giustificare tale disparità di trattamento sulla base di una ricostruzione dottrinale che sembra tanto allontanarsi dal senso della norma.

È vero che la ricostruzione del principio del *ne bis in idem* sostanziale come parametro costituzionale, impone un'interpretazione conforme delle norme penali. È, altresì, vero che i lavori preparatori non sono vincolanti e che le norme previste nel 1930 possono acquisire un nuovo significato a seguito dell'avvento della Costituzione. Ci si domanda, però, se il dovere di interpretazione conforme possa giustificarla ricostruzione di un sistema di rapporti tra fattispecie di cui non v'è traccia nel codice penale.

In caso di risposta negativa, nei casi in cui si pone un problema di *bis in idem* non vi sarebbe altra soluzione che sollevare una questione di legittimità costituzionale, perché il legislatore ha disposto un concorso di reati illegittimo. Nei casi in cui, invece, non si pone un problema di *bis in idem*, perché le offese prese in considerazione dal legislatore sono diverse, ci si deve limitare a qualificare i fatti sottoposti al giudizio dell'interprete come reati in concorso. Una parziale mitigazione degli effetti nefasti della proliferazione delle fattispecie può essere riscontrata nella riforma del 1974 sul trattamento sanzionatorio del concorso formale di reati e della continuazione tra fatti anche eterogenei. Ovviamente, la valutazione della violazione del principio costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale presuppone un'indagine dei criteri attraverso i quali stabilire se il reato è o meno unico, studio che non è può trovare spazio in tale sede.

Ovviamente, il principio del *ne bis in idem* sostanziale opera come limite costituzionale non solo rispetto al concorso di illeciti penali, ma anche nel caso di concorso tra illeciti penali ed amministrativi. Se, infatti, come si è sottolineato, le sanzioni amministrative che rientrano nell'ambito di applicazione della l. n. 689/1981 svolgono una funzione *latu sensu* punitiva e sono alternative alla sanzione penale, evidentemente anche nel concorso tra illeciti

amministrativi e tra illeciti penali ed amministrativi vale il principio per cui una stessa offesa non può subire conseguenze sanzionatorie plurime.

Se è vero che non è possibile comprendere le questioni di parte generale slegandole dalla parte speciale, l'utilità di tali conclusioni può essere messa alla prova solo confrontandola con i problemi applicativi che sorgono nella realtà delle aule di tribunali. È in tale direzione, infatti, che si intende indirizzare le future ricerche. Allo stesso modo, si è consapevoli del fatto che, una volta individuate le fattispecie da applicare, residuano gli ulteriori problemi di unità o pluralità di reati omogenei. Non essendo stato possibile approfondire tali questioni nel presente lavoro, si rinvia l'analisi di tali problematiche in un futuro lavoro.

## **2. Prospettive *de iure condendo***

In una prospettiva di riforma, non si può fare a meno di osservare che i maggiori problemi in tema di unità o pluralità di reati eterogenei, dovrebbero essere risolti attraverso una semplificazione e razionalizzazione delle norme di parte speciale. Ciò è imposto al legislatore dalla Costituzione attraverso la previsione dei principi di legalità, di *extrema ratio* e frammentarietà del diritto penale, di tutela della libertà personale, nonché le ulteriori norme previste dall'art. 27 co. 1 e 3 Cost. Sebbene "tali promesse di garanzia non siano state mantenute" e sebbene non vi siano molte speranze che il legislatore possa arrestare il fenomeno di proliferazione delle fattispecie, non si può fare a meno di sottolineare la grave violazione dei principi costituzionali.

*Rebus sic stantibus*, occorre riflettere in primo luogo sui rapporti tra fattispecie di parte speciale. Si ritiene, infatti, che molti dei problemi di sproporzione della risposta sanzionatoria potrebbero essere risolti con un utilizzo più frequente e più preciso delle clausole di riserva. Attraverso esse, infatti, il legislatore potrebbe esprimere, eliminando in radice ogni dubbio, quand'è che la manifestazione di personalità dell'agente dev'essere considerata espressiva di un disvalore unitario e, quindi, quand'è che dev'essere applicata una sola norma. Quando il legislatore introduce una nuova fattispecie, infatti, dovrebbe valutare anche i rapporti che si vengono a determinare rispetto alle norme preesistenti e, laddove prevedibile e possibile, potrebbe introdurre clausole di riserva che risolvano *ab origine* gli eventuali problemi di qualificazione giuridica multipla.

Dal punto di vista sanzionatorio, invece, si è detto per quali motivi la distinzione tra concorso formale e materiale debba essere interpretata come una distinzione operante solo sul piano dell'esecuzione. Accertato che si tratta comunque di ipotesi di pluralità di reati, non sembrano sussistere giustificazioni idonee a differenziare il trattamento sanzionatorio delle

due ipotesi di concorso. Piuttosto, l'aumento delle fattispecie di parte speciale e l'aumento dei casi per i quali il legislatore dispone un cumulo giuridico di sanzioni dovrebbero far riflettere sull'opportunità di rendere quest'ultimo il criterio valido, in generale, per il trattamento sanzionatorio della pluralità di reati. Con un ritorno ad una legislazione simile a quella prevista dal c.p. del 1889, quindi, potrebbe essere prevista una disciplina che risolva esplicitamente tutti i problemi che sorgono nella prassi. Tale criterio, infatti, sembra il più adeguato a rispondere al canone costituzionale della proporzione.

In questo modo, inoltre, potrebbero essere eliminate norme come quella relativa alla continuazione che sembrano non avere, in realtà, alcuna giustificazione sul piano sostanziale. Si è spiegato, infatti, per quali motivi si ritiene che la continuazione, specie dopo la sua estensione a fattispecie eterogenee, non sia altro che un caso di pluralità di reati. Detto questo non si vede per quale motivo essa dovrebbe avere un trattamento sanzionatorio diverso rispetto ad una qualsiasi altra ipotesi di pluralità di reati. Il medesimo disegno criminoso o la connessione esistente tra i reati, infatti, sembrano riguardare profili soggettivi che attengono alla commisurazione in concreto della sanzione nella forbice edittale prevista dal legislatore, così come disposto dall'art. 133 c.p. Essi, quindi, sembrano maggiormente attinenti al giudizio di personalizzazione del trattamento sanzionatorio. Non sembrano essere idonei, invece, a connotare i reati al punto tale da giustificare un diverso trattamento sanzionatorio.

Infine, considerando che è impossibile prevedere in astratto tutti i casi in cui si potrebbe venire a verificare un problema di convergenza reale di norme che realizza una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, sembra utile l'introduzione di una norma che vieti in ogni caso al giudice di punire più volte una stessa offesa allo stesso bene giuridico. In tal caso, il giudice dovrebbe essere chiamato ad applicare la sola pena più grave tra quelle previste dalle fattispecie in concorso. Tale norma, lungi dall'essere una disposizione in materia di concorso apparente di norme, potrebbe essere considerata una sorta di clausola di salvaguardia del sistema. Come, infatti, l'art. 49 c.p. in materia di reato impossibile consente la non punibilità del fatto solo apparentemente tipico, ma in realtà inoffensivo, allo stesso modo è pensabile l'introduzione di una norma che consenta l'applicazione di un assorbimento sanzionatorio tutte le volte in cui le fattispecie speciali, per come sono state previste dal legislatore, concorrono, ma tale concorso di reati viola il canone costituzionale del *ne bis in idem*.

## Indice bibliografico

- AIMI, *Le Sezioni Unite sull'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena per il reato continuato*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2013
- ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 co. 1 Cost.*, in BRANCA- PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario*, cit., 1 ss.
- ALBERTI, *In tema di particolare tenuità del fatto e reato continuato*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015
- AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Dir. pen. cont.*, *Rivista trimestrale* 2/2014, 19 ss.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003
- BELL-VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *diritto penale contemporaneo*, 21 luglio 2015, 9 ss.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino 1973, vol. XIX, 7 ss.
- BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino 2004
- CANNADA BARTOLI, *Illecito (dir. ammin.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 122 ss.
- CAPPAL, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452 quater c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2016
- CAPUTO, *Art. 61*, in LATTANZI-LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 42 ss.
- CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Nss.D.I.*, III, Torino, 1958, p. 1014
- COPPI, voce *Reato continuato*, in *Dig. pen.*, Vol. XI, Torino, 1997, 222 ss.
- COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli 1969
- DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, II, 416 ss.
- DE FRANCESCO, *Diritto penale, II, Forme del reato*, Torino 2013
- DE FRANCESCO, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 103 ss.
- DE FRANCESCO, *Lex specialis specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980
- DE ROBERTO, *Criteri per determinare la pena in caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 490 ss.
- DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, 487 ss.
- DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano 2012
- FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3°*, in BRANCA – PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo IV, art. 27-28. Rapporti civili, Bologna-Roma 1991, 222 ss.
- FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Settima ed., Bologna 2014
- FIORAVANTI, *Nuove tendenze giurisprudenziali in tema di individuazione della «violazione più grave» ex art. 81c.p.*, in *Riv.it. dir. proc. pen.* 1982, 745 ss.
- FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale, Quarta edizione*, Torino 2013

- FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello 1937
- GIORDANO, *Il diritto al ne bis in idem. Le ricadute interne della sentenza Grande Stevens*, in corso di pubblicazione
- GUERRINI, *Reato continuato e pene eterogenee*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1979, 1383
- LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli 1933
- LEONE, voce *Reato continuato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 966 ss.
- MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Padova 2011
- MARINI, voce *Concorso di reati e di pene* (Diritto penale), in *Noviss. dig. it.*, Appendice II, Torino, 1980, 315 ss.
- MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano 1971
- MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di dir. pubblico*, II, 2006
- MESSINA, *Finalmente ammessa la continuazione tra reati comuni e militari*, in *Foro it.*, 1985, II, 172
- MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992
- MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale - II Ed.*, Napoli, 1997
- MOCCIA, *La promessa non mantenuta. ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001
- MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, in ID. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 41 ss.
- MORO, *Unità e pluralità di reati*, II ed., Padova 1954
- MUSCATIELLO, *Pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova 2002
- NAPPI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2010
- NOBILI, *Commento all'art. 25 Cost.*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24-26), Bologna 1981, 135 ss.
- PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. giur. Treccani* 1988, vol VII
- PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano 2012
- PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2008
- PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in PIZZORUSSO – VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano 1985, 529 ss.
- PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 345
- PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1961, 660
- PAGLIARO, *Concorso di pene*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. VIII, Milano 1961, 555 ss.
- PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1955-2008*, II, Milano 2009, 235 ss.
- PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino 1997

- PETRONE, *Reato abituale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 945 ss
- PIACENZA, *Reato complesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 965
- PISAPIA, *Il reato continuato*, Napoli, 1938
- PITTON, *Violazione più grave e pene eterogenee nel reato continuato: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 1988, 2314
- PROSDOCIMI, *Reato complesso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 212 ss.
- PROSDOCIMI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 508 ss.
- PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino 2013
- RANIERI, *Il reato complesso*, Milano 1940
- RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano 1942
- RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE-MOCCIA-CAVALIERE a cura di, *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli 2010, 311 ss.
- ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1910, 263 ss.
- ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma 1929
- ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2013
- ROXIN, *Cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, 150
- ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 21 ss
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, München, 2003
- SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino 2006
- VALLINI, *Circostanze del reato*, in DE FRANCESCO – PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, 1 ss.
- VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO – PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, 264
- VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Scritti giuridici*, Vol. II, *La legge penale e la sua interpretazione il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, Tomo II, Milano, 1997, 989 ss.
- WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2013
- ZAGREBELSKY, *Nuovi sviluppi nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 81 c.p. al concorso di reati puniti con pene eterogenee*, in *Cass. pen.*, 1985, 2152 ss.

*La conoscenza non si versa di vaso in vaso, ma brucia di fiamma in fiamma.*

Ringrazio sentitamente i Maestri che, costantemente, alimentano tale fiamma.

Il Prof. Sergio Moccia, per la sua capacità di accendere il bisogno di conoscenza, di non transigere nell'applicazione dei principi, di credere nelle utopie, di adoperarsi per la loro realizzazione, di restare curiosi nei confronti della vita e dell'umanità in ogni loro forma.

Il Prof. Antonio Cavaliere, guida autorevole, attenta, discreta e incondizionatamente comprensiva, capace di comunicare un mondo di cose con un silenzio o un sorriso, per le innumerevoli occasioni di crescita e di confronto scientifico offerte durante tutto il corso di dottorato e per la preziosa correzione di questo lavoro.