

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO

TESI DI DOTTORATO

*Il concorso apparente di norme tra teoria e prassi*

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. SERGIO MOCCIA

Tutor:

Chiar.mo Prof. VINCENZO MAIELLO

Candidato:

Dott. LUCA DELLA RAGIONE

Anno Accademico 2011/2012 – Ciclo XXIV

## INDICE

<i>Elenco abbreviazioni</i> .....	5
-----------------------------------	---

### CAPITOLO I

#### CONCORSO APPARENTE DI NORME E FUNZIONI DEL SISTEMA PENALE

<i>1. Panoramica generale e precisazioni terminologiche</i> .....	6
<i>2. L'inquadramento del problema del concorso apparente di norme nelle funzioni del sistema penale</i> .....	9
<i>3. Premesse metodologiche e contenutistiche: la necessità di un approccio struttural/funzionalistico</i> .....	12
<i>4. Concorso di norme, ne bis in idem sostanziale e funzioni della pena</i> .....	15

### CAPITOLO II

#### IL CONCORSO APPARENTE DI NORME TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

<i>1.1. Premessa. La possibilità di risolvere il problema tramite una corretta interpretazione della fattispecie</i> .....	20
<i>1.2.1 Concorso omogeneo apparente per capacità di contenenza della singola fattispecie</i> .....	22
<i>1.2.2. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità</i> .....	38
<i>1.2.3. L'ambito del concorso di norme</i> .....	39
<i>2.1. I criteri di identificazione del concorso apparente di norme</i> .....	41
<i>2.2.1. Teorie monistiche e pluralistiche: panoramica generale</i> .....	45
<i>2.2.2. Le teorie strutturali. Cenni sul criterio della specialità. La nozione di “stessa materia”</i> .....	46
<i>2.2.3. Le teorie naturalistiche. La c.d. specialità in concreto</i> .....	56
<i>2.2.4. Le teorie teleologiche. Cenni in tema di illegittimità costituzionale della norma penale di favore speciale</i> .....	61
<i>3.1. La norma prevalente: la posizione della dottrina</i> .....	71
<i>3.2.1. La norma prevalente: lo stato della giurisprudenza. Il restrittivo indirizzo “stesso</i>	

<i>fatto e stesso bene</i> .....	73
3.2.2. <i>(segue)...l'approccio delle teorie naturalistiche</i> .....	77
3.2.3. <i>(segue)...l'indirizzo strutturale</i> .....	78
3.2.4. <i>(segue)...la prospettiva ispirata ai criteri di valore</i> .....	86
3.2.5. <i>(segue)...i tormentati rapporti tra gli 640 bis e 316 ter c.p.</i> .....	89
3.2.6. <i>ulteriori ipotesi problematiche</i> .....	113
3.3. <i>La norma prevalente: nostra opinione</i> .....	123
3.4. <i>Il concorso (eterogeneo) apparente in ragione del criterio di specialità. La specialità unilaterale</i> .....	126
3.5. <i>Il momento cruciale dell'analisi: la specialità bilaterale o reciproca. Conclusioni de lege data</i> .....	133
3.6. <i>Le clausole di riserva. Il criterio della sussidiarietà</i> .....	158
3.7.1. <i>Il principio di consunzione o assorbimento e le sue applicazioni</i> .....	166
3.7.2. <i>Il reato complesso nel quadro del concorso apparente di norme</i> .....	172
3.7.3. <i>L'art. 68 c.p.</i> .....	179
3.7.4. <i>Il reato progressivo. Antefatto e postfatto non punibili</i> .....	184
3.8.1. <i>Concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative</i> .....	202
3.8.2. <i>Il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria</i> ..	229
3.9.1 <i>Il concorso apparente nel quadro dei rapporti tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato. I rapporti strutturali tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato</i> .....	234
3.9.2. <i>Il quadro giurisprudenziale antecedente la pronuncia delle Sezioni Unite n. 1235 del 2011</i> .....	235
3.9.3. <i>L'intervento delle Sezioni Unite in materia di "frodi carosello"</i> .....	246
3.9.4. <i>Brevi considerazioni: la risoluzione della questio mediante la variante valutativa.</i> ..	262

### CAPITOLO III

#### PROFILI DI DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1.1. <i>Una premessa necessaria: la crisi del sistema penale ipertrofico quale fattore di congestione del concorso apparente di norme</i> .....	270
1.2. <i>Le difficoltà della comparazione nel concorso apparente di norme</i> .....	272

<i>1.3. Il sistema tedesco.....</i>	<i>274</i>
<i>1.4. I modelli francese e spagnolo.....</i>	<i>278</i>
<i>1.5. L'esperienza angloamericana.....</i>	<i>280</i>
<i>2.1. Prospettive di riforma. Le proposte dei progetti di riforma del codice penale.....</i>	<i>283</i>
<i>2.2. L'ipotesi di riforma preferibile: la riorganizzazione della parte speciale.....</i>	<i>291</i>
<i>2.3. (segue)...l'opzione più verosimile: la riforma del concorso apparente di norme tramite una disposizione di parte generale.....</i>	<i>296</i>
<i>2.4. Il concorso apparente di norme come problema da risolvere al di fuori della "legge penale": critica.....</i>	<i>299</i>
 <i>Bibliografia.....</i>	 <i>301</i>

## ELENCO ABBREVIAZIONI

<i>Ann. sem. giur.</i>	Annali del Seminario Giuridico
<i>Arch. pen.</i>	Archivio Penale
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione Penale
<i>Comun. internaz.</i>	La Comunità Internazionale
<i>Corr. giur</i>	Il Corriere Giuridico
<i>Corr. mer.</i>	Il Corriere del Merito
<i>Crit. pen.</i>	Critica Penale
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle Discipline Penalistiche
<i>Dig. disc. pubbl.</i>	Digesto delle Discipline Pubblicistiche
<i>Dir. &amp; Giust.</i>	Diritto & Giustizia
<i>Dir. pen. proc</i>	Diritto Penale e Processo
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
<i>Dir. soc.</i>	Diritto e Società
<i>Dir. un. eur.</i>	Il Diritto dell'Unione Europea
<i>Doc. giust.</i>	Documenti Giustizia
<i>Dr. pen.</i>	<i>Droit Pénal</i>
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del Diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia Giuridica
<i>Foro amb.</i>	Il Foro Ambrosiano
<i>Foro it.</i>	Il Foro Italiano
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza Costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza Italiana
<i>Giur. mer.</i>	Giurisprudenza di Merito
<i>Giust. pen.</i>	La Giustizia Penale
<i>Giusto proc</i>	Il Giusto Processo
<i>Govern.</i>	Governance
<i>Guida dir.</i>	Guida al Diritto
<i>Ind. pen.</i>	L'Indice Penale
<i>Leg. giust</i>	Legalità e Giustizia
<i>Leg. pen.</i>	Legislazione Penale
<i>Nov. dig. it.</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quad. Cons. Sup. Mag.</i>	Quaderni CSM
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni Costituzionali
<i>Quad. fiorent.</i>	Quaderni Fiorentini
<i>Quad. sc. pol.</i>	Quaderni di Scienza Politica
<i>Quest. giust.</i>	Questione Giustizia
<i>Rass. parl.</i>	Rassegna Parlamentare
<i>Rev. pen.</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>Riv. dir. cost.</i>	Rivista di Diritto Costituzionale
<i>Riv. dir. eur.</i>	Rivista di Diritto Europeo
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
<i>Riv. it. dir. pubbl. comun.</i>	Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
<i>Riv. pen.</i>	Rivista Penale
<i>Riv. trim. dir. pen. econ</i>	Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia
<i>Stud. Iuris</i>	<i>Studium Iuris</i>

# CAPITOLO I

## CONCORSO APPARENTE DI NORME E FUNZIONI DEL SISTEMA PENALE

SOMMARIO: *1. Panoramica generale e precisazioni terminologiche – 2. L'inquadramento del problema del concorso apparente di norme nelle funzioni del sistema penale – 3. Premesse metodologiche e contenutistiche: la necessità di un approccio strutturale/funzionalistico – 4. Concorso di norme, ne bis in idem sostanziale e funzioni della pena: cenni*

**1. Panoramica generale e precisazioni terminologiche** – Uno dei problemi più controversi della teoria e della prassi del diritto penale riguarda i casi in cui con una sola azione od omissione o con una pluralità di azioni od omissioni si integrino gli estremi di più figure legali di reato, ubicate in qualsivoglia legge penale.

La soluzione passa necessariamente attraverso l'analisi del *rapporto* morfologico sussistente tra le norme che prevedono quelle figure di reato<sup>1</sup>, atteso che la natura di quel rapporto può comportare tanto l'applicazione di una soltanto di tali norme, escludendo le altre, quanto di tutte quelle norme reclamino la loro applicazione.

In quest'ultimo caso uno stesso soggetto realizza più fattispecie criminose, ponendo in essere un concorso di reati, il quale può essere omogeneo, quando si tratti di più violazioni della stessa norma incriminatrice, ovvero eterogeneo, quando coinvolge distinte figure di reato. Gli artt. 71 ss. c.p. definiscono così le regole utili a determinare la sanzione complessivamente applicabile in questi casi. Si dispone, nello specifico, l'applicazione cumulativa e tendenzialmente integrale delle

---

<sup>1</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, 424 ss.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato, Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. II, diretto da Palazzo e Paliero, Torino, 2011, 260 ss.

correlative pene, entro certi limiti massimi (c.d. cumulo materiale “temperato”). Nondimeno, stando all’art. 81 comma 1 c.p. nel caso in cui siano violate più disposizioni di legge, ovvero commesse più violazioni della medesima legge, con un’unica azione od omissione (c.d. concorso formale di reati), il *quantum* di pena applicabile viene determinato in virtù di un cumulo giuridico; considerando, cioè, la “*pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo*”, senza superare la soglia che deriverebbe dal ricorso ad un cumulo materiale (art. 81 comma 3 c.p.). Da questa disposizione si ricava, *a contrario*, che gli artt. 71-80 c.p. si riferiscono principalmente all’ipotesi in cui le varie violazioni siano avvenute mediante più azioni od omissioni (c.d. concorso materiale di reati). Se, peraltro, i molteplici reati in concorso materiale sono consumati in esecuzione “di un medesimo disegno criminoso” (c.d. reato continuato), l’art. 81 comma 2 c.p., prescrive, ancora una volta, il ricorso ad un cumulo meramente giuridico.

Nel caso in cui, di primo acchito, il fatto concreto risulti qualificabile alla stregua di più disposizioni penali, le quali tuttavia, ad una più attenta analisi, non risultano congiuntamente applicabili, si avrà un concorso apparente di norme<sup>2</sup>.

Talora, l’inapplicabilità di alcune fattispecie viene in evidenza a seguito dell’ordinario giudizio di *tipicità*; in altri casi, si può affermare la natura apparente del concorso solo in virtù di regole espresse e di portata generale, quali quelle di cui all’art. 15 (principio di specialità) e, secondo

---

<sup>2</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Bologna, 2010, 335 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; ID., voce *Specialità (Principio di)*, in *Nss. d. I., Appendice*, vol. VII, Torino, 1987, 487 ss.; ID., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, 416 ss.; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 545 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1961, 660 ss.; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 179 ss.; G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517.

alcuni, dell'art. 84 c.p. (reato complesso), volte a fornire indicazioni su come “interpretare” i rapporti reciproci tra più figure di reato interferenti quanto a sfera di operatività<sup>3</sup>.

Il fenomeno del concorso di reati, in definitiva, può determinarsi sia per la contemporanea inerenza ad un medesima condotta di più disposizioni incriminatrici, sia per la consumazione di più figure criminose con più “fatti”, chiaramente distinti logicamente e/o cronologicamente: fermo restando che l'unicità o pluralità del “fatto concreto” non è un dato riscontrabile in natura, ma dipende necessariamente da un confronto tra gli accadimenti reali e la qualificazione strutturale che di essi dà il precetto<sup>4</sup>. Nel primo caso, può riconoscersi un concorso formale, salvo che la riconducibilità dell'unica condotta a più fattispecie non sia soltanto apparente. Anche nel secondo caso è opportuno valutare se davvero ogni disposizione qualifichi un diverso “fatto”, o si tratti invece di più “aspetti” di una vicenda concreta considerata tuttavia come unitaria da più norme penali, le quali dunque si trovano, ancora una volta, a collimare tra di loro, in modo da sollecitare una valutazione circa il loro effettivo operare “cumulativo”<sup>5</sup>.

Basti prendere in considerazione l'ipotesi di un abuso d'ufficio realizzato falsificando un verbale<sup>6</sup>. Se si ritiene che il falso ideologico (ad es. *ex art. 479 c.p.*) possa integrare la violazione di legge rilevante *ex art. 323 c.p.*, da solo o con altre condotte, si deve ritenere che un medesimo complesso di dati fattuali e normativi (il comportamento del pubblico ufficiale che incide sul documento falsificandone il contenuto in violazione di un dovere di veridicità su di lui gravante) diviene oggetto di una valutazione plurima eterogenea da parte dell'ordinamento penale, sicché si pone il problema di considerare apparente o reale – nelle forme del

---

<sup>3</sup> M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 211.

<sup>4</sup> B. ROMANO, *op. cit.*

<sup>5</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>6</sup> L'esempio è di A. VALLINI, *op. cit.*



concorso formale – tale sovrapposizione di fattispecie incriminatrici<sup>7</sup>.

Per contro, se si postula che una falsità documentale mai possa costituire la condotta dell'abuso di ufficio – la quale, dovendo inerire al “fisiologico” svolgimento delle funzioni, non può comprendere atti intrinsecamente criminosi – si deve concludere che l'ordinamento penale “sezioni” la vicenda concreta in più segmenti diversificati (la redazione del documento falso rilevante *ex art* 479, prima, il suo uso rilevante *ex art.* 323 c.p., poi), ognuno costitutivo d'una fattispecie in niente collimante con quella successiva; sicché di nessun “concorso di norme incriminatrici” su di uno stesso “fatto” si potrà parlare, tantomeno apparente, bensì di un concorso materiale tra falso in atto pubblico e abuso d'ufficio<sup>8</sup>.

**2. L'inquadramento del problema del concorso apparente di norme nelle funzioni del sistema penale** – Il tema dei rapporti tra concorso di reati e concorso di norme penali presuppone un atto interpretativo della portata semantica delle disposizioni incriminatrici; si tratta, pertanto, di una questione di *tipicità*, inquadrabile nell'ambito del *principio di stretta legalità penale*<sup>9</sup>, e da leggere, pertanto, in conformità agli scopi complessivi del sistema penale.

D'altra parte, affermare o negare un concorso significa valutare *quali e quanti fatti tipici* risultano realizzati nella vicenda concreta, ai fini, oltretutto, del computo della pena complessivamente applicabile, che, come è noto, deve essere proporzionata al disvalore del fatto di reato.

Ora, il principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost. riserva espressamente al legislatore (parlamentare) il compito di selezionare le fattispecie meritevoli d'assumere rilievo penale, in ragione del loro disvalore (sulla base quindi del giudizio di *meritevolezza/stretta necessità*

---

<sup>7</sup> Il problema è risolto, nel senso del concorso apparente, dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 323 c.p.: così Cass., Sez. VI, 22.9.2009, Fanuli, in *CED*, 2009/4257.

<sup>8</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>9</sup> C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2009, 545 ss.

di pena), nonché di quantificare e precisare detto rilievo penale, attraverso la formulazione di figure astratte tipiche e la determinazione della relativa cornice sanzionatoria. Sempre e solo al legislatore, conseguentemente, compete chiarire, nel rispetto del modello costituzionale di lotta al delitto, come debbano essere risolte eventuali “convergenze” di fatti tipici su di una medesima vicenda concreta.

Proprio per tale ragione – come si vedrà in seguito – sono tendenzialmente da condividere quegli orientamenti<sup>10</sup> che rifuggono approcci puramente “valutativi”, i quali, cioè, programmaticamente tralasciano una considerazione della struttura “tipica” del fatto nonché delle regole legali in tema di concorso di norme e di reati, per affidarsi ad opinabili ed incerte considerazioni circa l’idoneità di una talune disposizioni incriminatrici ad “esaurire” l’“offensività” della vicenda concreta, ovvero a non “esaurirla” se non concorrendo con altre, in ragione dello “scopo di tutela” perseguito e del tipo di sanzione predisposta.

Invero, così ragionando, l’interprete si attribuisce indebitamente il compito di tradurre il “disvalore” del fatto storico in termini di “fatti tipici” realizzati.

Resta vero, per altro verso, che anche l’approccio rigorosamente morfologico-strutturale, che applica il solo criterio di specialità, è condizionato da una previa “interpretazione” delle norme incriminatrici di riferimento, la quale ben può essere di carattere teleologico, quindi influenzata da una considerazione delle finalità di tutela perseguite<sup>11</sup>.

Non pare, dunque, che il diffuso ricorso, nella prassi, a considerazioni relative al “bene giuridico” salvaguardato ed ai criteri politico-criminali, al fine di stabilire quali e quante fattispecie di reato siano in grado di “consumare” il significato penalistico di talune vicende

---

<sup>10</sup> Per tutti, G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit.

<sup>11</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

concrete, siano sempre e comunque criticabili, atteso che tali criteri possono orientare l'interprete nella perimetrazione della norma incriminatrice, a supporto comunque di un confronto morfologico tra figure di reato.

Tale tipo di approccio appare infatti correlato a considerazioni di carattere meramente assiologico, che sembrano sottintendere una sorta di “sfiducia” rispetto alla capacità del legislatore di esprimere in termini tecnicamente adeguati la tipicità di certe fattispecie, considerate anche nei loro rapporti reciproci. Tale sfiducia, del resto, appare, se non “metodologicamente” giustificata, comunque connotata da “una buona dose di realismo”<sup>12</sup>, in quanto è innegabile che oramai da tempo e non di rado la normazione in materia penale – caratterizzata da descrizione con metodo casistico, esasperato rigore sanzionatorio e proliferazione di fattispecie incriminatrici a valanga – determina sovrapposizioni e contiguità tra figure criminose non adeguatamente meditate, sino a produrre esiti applicativi palesemente incongrui ed eccessivamente rigorosi, che sollecitano il ricorso a criteri maggiormente attenti alle ragioni dell'equità e ad alla stessa *intentio legislatoris* nella sua dimensione originaria, a prescindere da come poi la stessa si sia (malamente) esteriorizzata nella costruzione della disposizione penale.

Le indagini di valore, in breve, sono volte a rimediare agli inconvenienti di farragine operativa provocati da un diritto penale ipertrofico – che certamente collidono con un progetto della penalità che intenda accreditarsi quale sintesi di soluzioni politico-criminali ragionevoli – nelle quali dovrebbero bilanciarsi funzioni ‘liberali-garantistiche’ e compiti positivi di controllo e difesa sociale – e che, pertanto, si candidi a comunicare credibili linee di orientamento pragmatico dell'azione umana.

Su queste basi, è possibile affermare che l'idea di una selezione fra più

---

<sup>12</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

norme astrattamente idonee a regolare un medesimo fatto risponde ad un'esigenza concreta di eguaglianza/ragionevolezza<sup>13</sup>, funzionale, in ultima analisi, all'implementazioni delle funzioni positivo/integratrici della pena, posto che, in un sistema penale caotico e bulimico di fattispecie incriminatrici, la pressoché costante affermazione di un concorso di reati con conseguente più aspro trattamento sanzionatorio verrebbe senza dubbio a pregiudicare gli scopi di orientamento culturale razionale e l'offerta di recupero sociale che il legislatore deve (o meglio, dovrebbe) porre con l'applicazione della pena.

**3. Premesse metodologiche e contenutistiche: la necessità di un approccio struttural/funzionalistico** – L'ultima considerazione svolta permette di affermare che nell'analisi del concorso apparente di norme è necessario partire dalla premessa, largamente condivisa dalla dottrina contemporanea<sup>14</sup>, che gli scopi della pena vanno assunti a fondamento del sistema penale, dei suoi principi di riferimento e delle stesse categorie dommatiche aventi funzione esplicativa dei presupposti della punibilità. Questo assunto metodologico, a sua volta, implica la ricostruzione in chiave positivo-integratrice i profili preventivi delle finalità della sanzione penale, secondo scansioni di tipo struttural/funzionale stico<sup>15</sup>.

È infatti noto che la penetrazione della politica criminale (dei suoi 'punti di osservazione', delle sue pretese epistemologiche e dei suoi programmi) nel quadro dei materiali conoscitivi in uso alla dottrina, ha imposto una riconsiderazione anche della struttura logico-descrittiva

---

<sup>13</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>14</sup> Per tutti, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992. Nella manualistica l'impostazione può dirsi ampiamente seguita; si vedano, in particolare, G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011; G. DE VERO, *Corso di diritto penale, I*, Torino, 2004; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009; S. CANESTRARI- L. CORNACCHIA- G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

<sup>15</sup> V. MAIELLO, *op. cit.*; ID., *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1614 ss.

dell'attività dommatica, decretandone il superamento in favore di un suo orientamento alla definizione della rilevanza funzionale delle categorie del reato.

In questa prospettiva, ciascun istituto penalistico deve essere selezionato e conformato, a partire dal manifesto roxiniano<sup>16</sup>, in funzione di specifiche esigenze politico-criminali<sup>17</sup>.

Più precisamente, capovolgendo la celebre formulazione lisztiana<sup>18</sup>, e ridefinendo i rapporti tra politica criminale e diritto penale in termini di reciproca e complessa integrazione, il programma elaborato da Claus Roxin ha arricchito le prestazioni della scienza penalistica di consapevolezze epistemologiche nuove, laddove è evidente che un diritto penale, coerentemente funzionalizzato alla *protezione sussidiaria di beni giuridici* ed al corretto svolgimento dei compiti pubblici di promozione della personalità individuale (partecipe, dunque, della 'politica sociale' e dei suoi obiettivi di tutela e di controllo), non potrebbe essere adeguatamente indagato sulla base di strumenti cognitivi puramente logici. In quest'ottica, sotto un primo aspetto, la politica criminale opera quale vincolo di orientamento razionale delle scelte di penalizzazione. Queste, legandosi alle esigenze ed ai bisogni effettivi di tutela additati dal complesso e variegato sapere di estrazione storico-sociale e criminologico, si proiettano

---

<sup>16</sup> C. ROXIN, *Und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 50 ss.; ID., *Strafrecht, A.T., Aufl. III, B.1, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag, München, 1997. L'interesse che tale opera ha suscitato nella dottrina italiana è stato (e continua ad essere) notevole; nel dibattito che ne è seguito, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, ivi, 798 ss.

<sup>17</sup> Una esemplare costruzione di dottrina del reato orientata agli scopi di una politica criminale, derivata dai principi dello stato sociale di diritto, è quella elaborata da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., parte seconda. Per aspetti particolari di teoria dell'illecito penale, esplorati con la medesima metodologia, cfr. i pregevoli studi di A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000; F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998; A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006.

<sup>18</sup> Il riferimento va alla celebre affermazione secondo cui "il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale", espressa da F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlin, 1905, 80 ss.

nella dimensione della *razionalità strumentale*, caratterizzandosi non già quale risposta puramente ideologica a forme di disfunzionalità sociale, bensì come mezzo utile a contenere l'espansione delle più gravi, e non altrimenti controllabili, aggressioni ad una ordinata e pacifica convivenza in libertà. Sotto altro profilo, essa offre strumenti interpretativi in grado di legare le scelte giudiziali ai programmi decisionali del legislatore. In tal modo, la politica criminale si conforma come fattore ermeneutico finalizzato ad esplorare gli *aspetti di senso* del diritto penale vigente; segnatamente, a delineare i criteri normativi che definiscono – in via generale – i confini della responsabilità penale.

Proprio tale prospettiva, dal carattere sistematico/funzionale, dell'analisi del reato impone la assunzione degli scopi della pena a punto cardinale del lavoro di formazione dei concetti. A ben vedere, tale paradigma configura lo strumento di materializzazione del vero obiettivo delle istanze epistemologiche antiformalistiche<sup>19</sup>, applicate alla dottrina del reato: dare vita a sintesi categoriali del piano dell'illecito, idonee a rappresentare il senso pratico delle scelte di tutela operate dal legislatore, vuoi per rendere più agevole e trasparente la trasmissione 'didattica' delle relative strutture di significato, vuoi per indirizzare l'attività giudiziale di verifica ed implementazione verso esiti consentanei agli scopi perseguiti con le opzioni normative.

Va quindi costantemente tenuto presente il progetto penalistico, disegnato dallo Stato costituzionale di diritto, che si propone di rimuovere ogni sorta di antinomia, tanto strutturali quanto funzionali e 'di scopo', che contraddistinguono il 'volto' e l'azione' della giustizia penale nel nostro Paese, le quali, per contro, devono apparire ragionevoli e proporzionate, nonché, fondamentalmente, strumentali ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione.

---

<sup>19</sup> V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit.

Ed invero, l'entrata in vigore della Carta del 1948 ha restituito alle caratterizzazioni autoritarie ed antiindividualistiche di un sistema penale esasperatamente repressivo a livello sanzionatorio una indiscutibile dimensione di illegittimità, ancor più complessa perché arricchita dei fattori di incompatibilità generati dalla matrice solidaristica ed interventista dello Stato sociale.

Senza considerare che i principi strutturali che definiscono il volto del diritto penale classico (*stretta legalità, materialità ed offensività del fatto e criteri personali di imputazione e responsabilità*) traducono istanze di forte contenimento del potere di punire, rispetto alle quali un modello di lotta al delitto marcatamente repressivo caratterizzato da un *surplus* sanzionatorio si pone agli antipodi, sia in termini ideologici che funzionali.

Il risultato che ne consegue conforma ambito e scopi della pena ai complessi momenti di strutturazione dell'intervento punitivo, secondo una prospettiva indirizzata a definire le modalità di funzionamento del sistema di giustizia penale considerato nella sua globalità: solo su queste basi, la teoria della pena assurge effettivamente a *teoria della giustizia penale*<sup>20</sup>.

**4. Concorso di norme, *ne bis in idem* sostanziale e funzioni della pena** – La necessità di delineare un *modello costituzionale di lotta al delitto* che valorizzi le connessioni funzionali tra i contenuti espressivi delle scelte e delle tecniche di tutela penale e gli scopi della teoria preventiva a sfondo personalistico<sup>21</sup>, consente di affermare che, nel nostro ordinamento giuridico, il criterio che deve guidare la scelta fra concorso apparente e reale di norme, è quello di non attribuire allo stesso soggetto, in relazione ad un unico fatto, la violazione plurima di disposizioni penali tutte le volte che una di esse sia sufficiente ad esaurire il disvalore complessivo della condotta. Trattasi, in

---

<sup>20</sup> V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit.

<sup>21</sup> V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penali*, Napoli, 2005, 97 ss.

altri termini, di una fondamentale istanza equitativa<sup>22</sup>, che, lo si sottolinea ancora una volta, non deve essere fine a se stessa, ma funzionale alla realizzazione dei compiti di orientamento culturale e di ‘motivabilità secondo norme’, esercitabili dalle istituzioni penali nella cornice pluralistica e ‘discorsiva’ propria delle democrazie costituzionali.

Ed invero, quanto alla prevenzione generale positiva, l’applicazione della disciplina (rigorosa) del concorso di reati a fronte di un fatto caratterizzato da un disvalore unitario si risolve certamente in un ostacolo alla realizzazione delle finalità perseguite da un modello politico-criminale razionale, poichè viene intorbidita la lettura sociale di legittimità di quella parte dell’ordinamento rendendone incerta la funzione di (promozione e di) consolidamento della fiducia istituzionale.

Con riferimento, poi, agli scopi di prevenzione speciale positiva, la situazione appena ipotizzata nuoce anche alla loro implementabilità; il soggetto che si vedesse condannato per una pluralità di reati (in concorso fra loro) per un fatto la cui offensività è esaurita da una sola disposizione incriminatrice, sarebbe portato – inevitabilmente – a considerare ingiusta la propria condanna e ad assumere un atteggiamento di ostilità verso l’ordinamento, derivandone, con ogni probabilità, la chiusura degli ambiti necessari per una collaborazione con finalità risocializzante.

Tale impostazione, si ricollega anche al principio del *ne bis in idem* sostanziale, che la sottende e, allo stesso tempo, la implementa. La dottrina dominante<sup>23</sup>, infatti, è oggi orientata nell’affermare che, così come nel

---

<sup>22</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>23</sup> Per un esame della tesi favorevole all’esistenza del principio del *ne bis in idem* sostanziale, cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 71. Nel senso che, ove più norme convergano verso la medesima situazione di fatto, l’applicabilità della norma – la quale esaurisca con la sua valutazione dell’accadimento l’intero significato delittuoso – esclude l’applicazione della norma ulteriore, in applicazione del principio del *ne bis in idem* si veda, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 547. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 7 ss., il quale pone in rilievo le differenze con l’omonimo principio processuale, e di V. B. MUSCATIELLO, *Unità e pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., 440 ss.



diritto processuale esiste un esplicito richiamo al *ne bis in idem* nel disposto di cui all'art. 649 c.p.p., allo stesso modo nel diritto sostanziale numerosi dati normativi confermano l'esistenza di tale principio. Tali elementi sarebbero costituiti, oltre che dall'art. 15 c.p., anche dagli artt. 68, 84, 61 e 62 prima parte, 131, 170, 301, 581 c.p., nonché dalle numerose clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice e nelle leggi speciali.

Tale principio, poi, si articola nella duplice accezione di divieto di reiterare il giudizio di disvalore sul medesimo fatto, o di duplicare il medesimo giudizio di illiceità, anche in assenza della identità del fatto<sup>24</sup>; o meglio, sulla scia delle acquisizioni del sistema penale tedesco<sup>25</sup>, nei più specifici sottoprincipi del “divieto di doppia valutazione”, del divieto di plurima punizione” e del “divieto di plurima utilizzazione dei fondamenti della pena”.

Così, se l'applicazione di una disposizione incriminatrice risulta nel caso concreto sufficiente ad esaurire il significato di illecito del fatto, tenuto conto altresì dei profili soggettivi di illiceità, istituendo la comparazione anche tra le dinamiche psicologiche che sorreggono la realizzazione delle diverse figure di reato<sup>26</sup>, è allora lesivo delle istanze positive integratrici rappresentate da tale principio punire il reo anche per le altre fattispecie integrate dalla sua condotta.

In breve, l'apparente pluralità di disposizioni si trasforma in reale unità di una esclusiva applicazione normativa, senza duplicarne la forza normativa in modo ingiusto ed inutile.

---

<sup>24</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, cit., 42 ss.

<sup>25</sup> T. VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in *Festschrift Bockelmann*, Munchen, 1979, 715 ss.

<sup>26</sup> V. B. MUSCATIELLO, *Unità e pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., 446 ss.

Proprio il *ne bis in idem* costituisce, come è stato ben detto<sup>27</sup>, il fondamento logico-giuridico della disciplina relativa al concorso apparente di norme.

Ma a ben vedere il fondamento più profondo del *ne bis in idem* sostanziale va rinvenuto nelle funzioni positive integratrici della pena, la cui implementazione non ammette l'addebito ad un singolo soggetto più titoli di reato quando manchino, nella vicenda concreta, elementi fattuali abbastanza diversificati, per numero e tipologia, da integrare davvero una pluralità di fattispecie tipiche.

In quest'ottica, è possibile affermare che, per contro, la valorizzazione delle istanze di prevenzione integrazione impone una rigorosa *corrispondenza tra la complessiva risposta sanzionatoria* applicabile al fatto storico e gli scopi della pena riconosciuti come prioritari dall'ordinamento giuridico penale ad orientamento costituzionale.

La corrispondenza si misura, è evidente, soprattutto con riferimento al rispetto della fondamentale istanza di *proporzione* tra fatto (complessivamente considerato) e sanzione; invero, al rispetto di tale *ratio* proporzionalistica devono essere informati i meccanismi di soluzione del problema del concorso apparente di norme.

Non si può non condividere, infatti, l'opzione volta a valorizzare pienamente il principio di *proporzione*, che trae alimento, come è noto, dagli artt. 25 e 27, primo e terzo comma, Cost.<sup>28</sup>.

Su queste basi, è corretto affermare che sono e devono essere le funzioni della pena a guidare l'elaborazione e l'applicazione delle regole sul concorso apparente di norme.

La funzione di prevenzione generale – come già visto –, nel suo particolare profilo dell'orientamento culturale, condiziona in modo assai

---

<sup>27</sup> S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 2009, 520.

<sup>28</sup> E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1995, 395 ss.

profondo le scelte legislative in merito ai criteri di risoluzione del concorso apparente di norme. Questo profilo è tuttavia strettamente legato anche all'*istanza di stretta legalità*. Tale principio e le *rationes* ad esso collegate devono infatti anche condizionare a monte le scelte legislative, impedendo che tutte le questioni relative al concorso apparente di norme possano appiattirsi in mere questioni circa il *quantum* di pena. Esiste, pertanto, una funzione non meno importante rispetto alla congruità della risposta sanzionatoria: si tratta della capacità del sistema di assicurare che la *valutazione e la repressione dei fatti suscettibili di qualificazione giuridica multipla avvenga nel rispetto della fondamentale istanza di legalità*. In altre parole, le definizioni legislative destinate a regolare tale attività assicurano che le garanzie della legalità, della tipicità, della determinatezza non siano vanificate a causa delle molteplici opzioni disponibili in ordine alla qualificazione giuridica del fatto.

Anche la funzione *specialpreventiva*, poi, può imporre l'uso dei parametri valoriali.

Così, allo scopo di garantire il *ne bis in idem*, a sua volta funzionale alla ragionevolezza/equità ed alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, da intendersi quale metodo di interpretazione problematico del diritto<sup>29</sup>, la scienza penalistica deve elaborare diversi criteri delegati, in primo luogo, a identificare quando ricorre un'ipotesi di concorso apparente di norme, e, in secondo, a indicare quale fra le due norme concorrenti debba prevalere a scapito dell'altra.

---

<sup>29</sup> F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006, 33 ss.; E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 55 ss.

## CAPITOLO II

### IL CONCORSO APPARENTE DI NORME TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: *1.1. Premessa. La possibilità di risolvere il problema tramite una corretta interpretazione della fattispecie – 1.2.1 Concorso omogeneo apparente per capacità di continenza della singola fattispecie – 1.2.2. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità – 1.2.3. L’ambito del concorso di norme – 2.1. I criteri di identificazione del concorso apparente di norme – 2.2.1. Teorie monistiche e pluralistiche: panoramica generale – 2.2.2. Le teorie strutturali. Cenni sul criterio della specialità. La nozione di “stessa materia” – 2.2.3. Le teorie naturalistiche. La c.d. specialità in concreto – 2.2.4. Le teorie teleologiche – 3.1. La norma prevalente: la posizione della dottrina – 3.2.1. La norma prevalente: lo stato della giurisprudenza. Il restrittivo indirizzo “stesso fatto e stesso bene” – 3.2.2. (segue)...l’approccio delle teorie naturalistiche – 3.2.3. (segue)...l’indirizzo strutturale – 3.2.4. (segue)...la prospettiva ispirata ai criteri di valore – 3.2.5. (segue)...i tormentati rapporti tra gli 640 bis e 316 ter c.p. – 3.2.6. (segue)...ulteriori ipotesi problematiche – 3.3. La norma prevalente: nostra opinione – 3.4. Il concorso (eterogeneo) apparente in ragione del criterio di specialità. La specialità unilaterale – 3.5. Il momento cruciale dell’analisi: la specialità bilaterale o reciproca. Conclusioni provvisorie – 3.6. Le clausole di riserva. Il criterio della sussidiarietà – 3.7.1. Il principio di consunzione o assorbimento e le sue applicazioni – 3.7.2. Il reato complesso nel quadro del concorso apparente di norme – 3.7.3. L’art. 68 c.p. – 3.7.4. Il reato progressivo. Antefatto e postfatto non punibili – 3.8.1. Concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative – 3.8.2. Il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria – 3.9.1 Il concorso apparente nel quadro dei rapporti*

*tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato. I rapporti strutturali tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato – 3.9.2. Il quadro giurisprudenziale antecedente la pronuncia delle Sezioni Unite n. 1235 del 2011 – 3.9.3. L'intervento delle Sezioni Unite in materia di "frodi carosello" – 3.9.4. Brevi considerazioni: la risoluzione della questione mediante la variante valutativa*

**1.1. Premessa. La possibilità di risolvere il problema tramite una corretta interpretazione della fattispecie** – In linea di principio, in un sistema a legalità formale, la sussistenza di un reato dipende esclusivamente dall'esistenza, in concreto, di tutti quei fattori che la fattispecie astratta qualifica come elementi costitutivi. Di conseguenza, non potrà esservi un concorso di reati laddove il dato fattuale non riproduca più volte tutti gli elementi necessari e sufficienti, nel numero e nella qualità, a delineare in ogni loro aspetto le fattispecie astratte di riferimento; ferma restando, però, la possibilità di integrare più fattispecie con un'unica condotta<sup>30</sup>, espressamente considerata dall'art. 81 c.p., che permette di affermare che detta norma configura un'eccezione alla regola secondo la quale, in mancanza di una pluralità di elementi fattuali tipici nel "quadro di vita" di riferimento, non vi può essere pluralità di fattispecie criminose, perché il medesimo complesso di dati fattuali non può essere computato "più volte" ai fini dell'integrazione di più ipotesi criminose<sup>31</sup>.

Compito primario dell'interprete è, dunque, verificare l'eventuale difetto di elementi costitutivi di una o più delle fattispecie tipica, quando si sospetti l'integrazione di un concorso eterogeneo<sup>32</sup>; ove, invece, "appaia" possibile un concorso omogeneo, si dovrà altresì considerare se la singola disposizione "di parte speciale", adeguatamente interpretata, non sia idonea

---

<sup>30</sup> Oltreché, ovviamente, *da parte di un unico soggetto*, essendo l'identità del soggetto attivo un requisito della stessa definizione di concorso di reati

<sup>31</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>32</sup> Così, condivisibilmente, A. VALLINI, *op. cit.*

a comprendere in sé tutti gli atti e fatti che, in concreto, assumono rilievo tipico, componendoli in un'unica figura criminosa (secondo un criterio di “continenza” o “contenenza”)<sup>33</sup>. Se così fosse, non residuerebbero elementi utili a “costruire” ulteriori fattispecie del medesimo tenore, sicché il concorso omogeneo dovrà essere negato.

**1.2.1 Concorso omogeneo apparente per capacità di continenza della singola fattispecie** – Un concorso omogeneo di reati è normalmente configurabile laddove sussista una chiara cesura cronologica e/o spaziale tra i diversi episodi, ognuno singolarmente riconducibile alla stessa fattispecie incriminatrice.

Tuttavia, una più attenta valutazione della struttura del fatto tipico può talvolta consentire di apprezzarne l'attitudine a contenere in sé più condotte diversamente dislocate nel tempo, di modo che l'insieme delle stesse venga a confluire in un'unica figura di reato<sup>34</sup>.

È il caso, evidentemente, delle fattispecie strutturate nelle forme del reato abituale e più in generale di tutte quelle ipotesi criminose costituite, necessariamente od eventualmente, da una pluralità di atti dello stesso tipo.

Così, si ritiene costituire un unico reato di molestie un insieme di atti petulanti ripetuti nel tempo<sup>35</sup>.

Ma è possibile considerare anche la comune interpretazione dell'art. 368 c.p., in virtù della quale sussisterebbe un'unica calunnia quando il soggetto reiteri in diversi sedi ed in diversi “momenti” del procedimento penale le medesime mendaci incolpazioni, ai danni della stessa persona<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> L. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, Milano, 2006, 1162 ss.

<sup>34</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cass., sez. I, 13.3.2008, Gerli, in *CED*, 2008/17308.

<sup>36</sup> Cass., sez. VI, 6.5.2003, Fedeli, in *CED*, 2003/26994, ove peraltro si precisa che, se tale reiterazione avviene in sede di informazioni al pubblico ministero, ed alla presenza di terzi – agenti di polizia giudiziaria – neppure si integrano i reati di false informazioni (art. 371-bis c.p.) o quello di diffamazione (art. 595 c.p.), posto che rispetto a tali fattispecie l'ipotesi della calunnia si pone in rapporto di specialità.

Vi sono, poi, all'interno del nostro ordinamento, alcune disposizioni le quali, o nella singola formulazione oppure nel loro articolarsi in più commi o più numeri, contengono la descrizione di una pluralità di condotte sanzionate con la medesima pena.

Paradigmatica di simile tecnica legislativa è la norma di cui all'art. 216 l. fall., la quale punisce fatti diversi tra loro a titolo di bancarotta patrimoniale e documentale<sup>37</sup>. Un ulteriore esempio si rinviene poi nella normativa in materia di stupefacenti. Infatti, l'art. 73, 1° co., d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 descrive una serie di comportamenti rilevanti penalmente, che riguardano tutto il ciclo produttivo e commerciale della droga. Si può ricordare anche l'art. 3, l. 20 febbraio 1958, n. 75, nel quale, all'elencazione di singole condotte illecite dai numeri 1 a 7, segue al n. 8 una norma sussidiaria di chiusura, volta a reprimere tutti i residui comportamenti volti a favorire o sfruttare la prostituzione<sup>38</sup>.

In questi casi si ritiene che, anche qualora il reato venga realizzato attraverso la pluralità di condotte descritte nella norma, l'illecito rimanga nella sostanza unico, perché una soltanto è la disposizione violata. Si tratterebbe, perciò, di unificazione legislativa di più fatti all'interno di un'unica disposizione.

In dottrina<sup>39</sup> vengono impiegate anche le formule di “norme a più fattispecie” o “legge mista alternativa”. Tale situazione si presenta quando vi è una descrizione di modalità alternative di un reato, realizzato già dalla commissione di una sola delle condotte descritte, pur rimanendo unico anche se le condotte sono plurime.

Per converso, si ricorre all'espressione “disposizioni a più norme” quando nella molteplicità dei fatti descritti sarebbe possibile individuare una pluralità di fattispecie astratte di reato che possono concorrere fra loro.

---

<sup>37</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>38</sup> Per un'analisi critica della tecnica normativa, e nel senso che tutte le ipotesi previste nella norma in esame siano riconducibili alle ipotesi del n. 8 si veda A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, 55 ss.

<sup>39</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

Tuttavia, non sempre risulta agevole distinguere quando la norma incriminatrice rimanga unica anche se realizzata in più d'uno dei diversi modi indicati, e quando invece un'unica disposizione contenga in effetti la previsione di più fattispecie astratte di reato. In realtà, la risoluzione del problema dipende dall'esame delle singole fattispecie. Ciò premesso, alcune norme, quali ad esempio gli artt. 635 c.p. e 648 c.p., – configurate attraverso una pluralità di espressioni quali rispettivamente “distrugge, disperde, deteriora ovvero acquista, rivede od occulta” –, si mostrano più chiaramente norme unitarie descrivendo comportamenti sostanzialmente analoghi.

Altre disposizioni, invece, si sono prestate ad interpretazioni divergenti, come dimostra la lettura dell'art. 3 cit. l. 75/1958. Sul punto, ad avviso di parte della dottrina, la realizzazione di più fatti in tale norma descritti è da considerarsi un unico reato, mentre per altra dottrina si tratterebbe di una disposizione contenente più norme incriminatrici, ove a ciascuno degli otto numeri corrisponde un reato distinto ed autonomo rispetto agli altri<sup>40</sup>.

A tale proposito, non si può non rilevare che simili dubbi interpretativi, resi sempre più frequenti dalla recente tecnica legislativa sovente casistica, vanno risolti singolarmente. Inoltre, la determinazione del trattamento sanzionatorio dovrebbe decidersi caso per caso sulla base delle modalità di realizzazione del fatto concreto in base a criteri di valore, rispondenti al principio di *ne bis in idem*<sup>41</sup>, che connotano scopi di tutela del sistema penale.

---

<sup>40</sup> Per una completa disamina delle posizioni dottrinali sul punto, si rinvia a L. FORNARI, voce *Prostituzione*, in PALAZZO e PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1516.

<sup>41</sup> In questa prospettiva, in tema di sfruttamento della prostituzione si è osservato che nell'alternativa tra unicità o concorso di reati “sembra che la soluzione non possa essere rintracciata secondo criteri netti, ma che vada ricercata nelle caratteristiche dei casi concreti” (così, L. FORNARI, *op. loc. cit.*). Più in generale, si è ritenuto che l'interpretazione di norme articolate con la descrizione di una molteplicità di fatti, dovrebbe sempre condurre a ravvisare un unico reato, posto che il tratto comune di queste ipotesi è che i vari fatti descritti all'interno dell'unica disposizione rappresentano sul piano sostanziale o altrettanti gradi di



In ogni caso, la molteplicità dei fatti eventualmente commessi dall'agente, pur nell'unicità del reato, rileverà ai fini della commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*

Si noti, peraltro, che in materia fallimentare, l'art. 219, comma 2 prevede espressamente una circostanza aggravante stabilendo che "le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli".

Rivolgendosi ora al quadro giurisprudenziale, si deve sottolineare che i giudici non sono particolarmente propensi a riconoscere le ipotesi di unificazione legislativa.

Un'eccezione è stata individuata proprio in tema di reati fallimentari, ove l'art. 219 l. fall., prevedendo una circostanza aggravante per le ipotesi in cui vengano commessi più fatti descritti dagli artt. 216, 217 e 218, non dovrebbe lasciare spazio a dubbi interpretativi riguardo alla sussistenza di un'ipotesi di unificazione legislativa di tali fatti<sup>42</sup>.

Ciononostante, con una recente pronuncia le Sezioni Unite<sup>43</sup> hanno affermato, in relazione all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., che più condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento mantengono la propria autonomia ontologica e danno luogo a un concorso di reati, che vengono unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico.

---

offesa ad uno stesso bene giuridico (come nei rapporti tra i fatti di deterioramento, dispersione e distruzione di cui all'art. 635 c.p.), oppure modalità diverse di offesa a quel bene (come nei rapporti fra i vari fatti di bancarotta patrimoniale o documentale). Per questo indirizzo dottrinale, dunque, sarebbe scontato che sono ipotesi di unificazione legislativa norme come l'art. 635 c.p., l'art. 616 c.p. – violazione di corrispondenza – fattispecie nella quale è punito chi sottrae al fine di prendere conoscenza ovvero chi prende cognizione, l'art. 405 c.p. –, che sanziona la condotta di chi turba o impedisce lo svolgimento di funzioni religiose. Inoltre, riguardando più fatti offensivi di uno stesso bene giuridico, sono ipotesi di unificazione legislativa l'art. 216 l. fall., l'art. 73, 1° co., d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, l'art. 3, 1° co., l. 20 febbraio 1958, n. 75.

<sup>42</sup> In tal senso, la Corte di Cassazione ha esplicitamente affermato che "in base al principio della unitarietà della bancarotta, desumibile dall'art. 219 l. fall., detto reato resta unico pure se posto in essere con la commissione di una molteplicità di fatti tra quelli previsti negli artt. 216, 217 e 218 stessa legge, dovendosi considerare la reiterazione come circostanza aggravante. Ciò in deroga alla disciplina che regola il reato continuato ed il concorso di reati ed in ossequio al criterio generale di specialità di cui all'art. 15 c.p." (Cass., sez. V, 24.6.1988, in *Cass. pen.*, 1990, 330).

<sup>43</sup> Cass., Sez. un., 27.1.2011 (dep. 26.5.2011), n. 21039.

Più precisamente, la pronuncia delle Sezioni Unite ruota attorno al significato da attribuire alle parole usate dal legislatore per configurare la circostanza.

La disposizione in esame parla, invero, di più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli suddetti.

Come sottolineato dalle Sezioni Unite, la dottrina meno recente ne ha desunto che la circostanza era applicabile soltanto in caso di commissione di fatti previsti dallo stesso articolo (vale a dire di fatti di bancarotta fraudolenta o di bancarotta semplice o di ricorso abusivo al credito) e non di fatti previsti da articoli diversi (ad es. fatti di bancarotta fraudolenta e fatti di bancarotta semplice)<sup>44</sup>.

In tale ultimo caso, riprende, pertanto, vigore le disposizioni sul concorso materiale di reati (segnatamente quelle sulla continuazione di cui all'art. 81, comma secondo, c.p.).

Per tale orientamento, peraltro, l'impossibilità di riconoscere al dato testuale un significato diverso da quello descritto non comporta la necessaria condivisione della scelta operata dal legislatore, ritenuta invero tutt'altro che ragionevole.

Irragionevolezza che si rivela soprattutto nell'ipotesi della commissione di reati dolosi e colposi, che rende inevitabile procedere al cumulo materiale delle sanzioni (non potendosi applicare né la circostanza aggravante per le ragioni dette, né la disciplina della continuazione perché incompatibile con il reato colposo).

Negli ultimi anni, però, l'orientamento è radicalmente mutato. Ha trovato, invero, spazio prevalente l'affermazione, in aperto e consapevole contrasto con l'orientamento fin qui descritto, secondo cui la circostanza aggravante deve applicarsi anche nel caso di commissione di fatti previsti

---

<sup>44</sup> Riferimenti in R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 239 ss.

da articoli diversi, segnatamente di fatti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice.

Naturalmente, la circostanza viene ritenuta applicabile anche nel caso di reiterazione di fatti dello stesso tipo e cioè riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, ad es., più fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>45</sup>; è necessario, però, che si tratti di distinte condotte criminose, cioè di comportamenti staccati nel tempo ed autonomamente enucleabili nella loro completezza, perché in ogni caso sussiste quella maggiore gravità del fatto che, a giudizio del legislatore, giustifica l'aggravamento della pena.

Le Sezioni Unite hanno confermato questa lettura, imposta – secondo i Supremi giudici - dalla necessità di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma “perché, diversamente opinando, si determinerebbero, in contrasto con l'art. 3 Cost., situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento”.

Va aggiunto che anche in passato si è affermato che la circostanza non fosse invece configurabile “nella diversa ipotesi in cui l'azione rimanga unica, pur alimentandosi di una pluralità di atti”. La Suprema Corte riprende il concetto affermando che “il reato rimane logicamente unico nelle ipotesi ... di condotte criminose in rapporto di “alternatività formale” o “alternatività di modi”, di condotte espressione di un'unica azione con pluralità di atti, di fattispecie costruite, per espressa previsione normativa, su una base strutturale unitaria, assimilabile a quella del reato abituale ma non coincidente con la stessa”.

Insomma, la disposizione non si applica nel caso in cui la pluralità di azioni già costituisca un tratto che caratterizza la fattispecie incriminatrice.

---

<sup>45</sup> *Ex plurimis* Cass., sez. V, 12.1.2010, Calì, in *CED Cass.*, n. 246707, caso in cui erano stati contestati all'imputato fatti di bancarotta fraudolenta prefallimentare e fatti di bancarotta fraudolenta postfallimentare

Nella legge fallimentare sono infatti frequenti le fattispecie a condotta eventualmente plurima, la cui struttura supporta quindi un'esecuzione del fatto tipico scaglionata nel tempo: si pensi, nell'art. 216, primo comma, n. 1, alla dissipazione nonché all'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti e nel n. 2 alla tenuta della contabilità in modo da non rendere possibile la ricostruzione; nell'art. 217 alle spese eccessive, alle operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti e alle operazioni di grave imprudenza del primo comma, n.1-3, nonché alla tenuta irregolare o incompleta della contabilità del secondo comma.

Le Sezioni Unite hanno affrontato quindi un fondamentale interrogativo: se la disposizione in esame contenga un *unico fatto* di bancarotta aggravata o se, invece, disciplini in modo peculiare *un concorso di reati*.

Dopo una minuziosa analisi del contenuto e della portata delle norme incriminative (artt. 216, 217, 218) richiamate dall'art. 219, comma secondo, n. 1, la Corte perviene, come già visto, alla conclusione che dette norme contengono plurime, distinte e autonome fattispecie delittuose in concorso materiale tra loro.

Riflettendo, poi, sulla disciplina alle stesse riservata dall'art. 219, secondo comma, n. 1, i Supremi giudici concludono nel senso che ci si trovi, sul piano formale e funzionale, di fronte ad una circostanza aggravante.

Detta circostanza aggravante ha, peraltro, connotazione strutturale atipica, nel senso che è lo strumento tecnico scelto dal legislatore per disciplinare, nella sostanza, “un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica fittiziamente agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico”.

In effetti – si osserva – l'intenzione di evitare trattamenti di eccessivo rigore per il fallito non poteva trovare nel 1942 un facile sbocco nella

disciplina del reato continuato, posto che all'epoca la continuazione poteva essere instaurata solo a fronte della ripetuta violazione della medesima disposizione di legge.

Insomma, una circostanza aggravante nella forma, una pluralità di reati nella sostanza: l'art. 219, comma secondo, n.1 configurerebbe un'ipotesi di concorso di reati, regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione.

I singoli fatti di bancarotta, quindi, pur unitariamente considerati *quoad poenam*, conserverebbero, ove ne ricorrano i presupposti, la loro autonomia sia sul piano ontologico che su quello giuridico.

Ora, è possibile osservare che nel caso esaminato il legislatore, con clausola espressa, esclude il concorso tra più fattispecie di reato che altrimenti potrebbero ritenersi parte di una “fattispecie a più norme”, in ragione di un qualche elemento unificante, prescrivendo nondimeno un aumento di pena (rilevante in sede di comminatoria edittale) ove dette fattispecie risultino congiuntamente realizzate (con ciò in sostanza delineando una disciplina intermedia, volendo, tra quella propria delle norme a più fattispecie – che danno luogo ad un concorso apparente – e quella delle fattispecie a più norme – ove si ha invece un cumulo di reati).

Il punto merita tuttavia qualche riflessione ulteriore; in effetti, il dato testuale della fattispecie in esame, per il quale le pene sono aumentate *se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati*, sembra suggerire la conclusione secondo cui, in presenza di più fatti-reato che rientrano nella previsione di articoli diversi, dovrebbe applicarsi la disciplina della continuazione in luogo di quella prevista dall'art. 219 comma 2, n. 1. In realtà, a parte alcune eccezioni variamente articolate<sup>46</sup>, l'istituto di cui all'art. 81 comma 2 c.p. è diffusamente ritenuto

---

<sup>46</sup> Si veda, ad esempio, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Pisapia, vol. II, 5<sup>a</sup>, Torino, 1981, 737, il quale evidenzia come non possa aversi, di regola, continuazione nei delitti colposi, poiché, se anche si volesse riferire il disegno delittuoso alla condotta contraria alla polizia o alla disciplina (il

inammissibile in presenza di una diversità di elemento soggettivo, con l'ovvia conseguenza che le ipotesi di fatti eterogenei di bancarotta testé menzionate verrebbero ad essere ricondotte alla disciplina in materia di concorso materiale di reati.

Senonché, le conseguenze di tale ultima conclusione si prestano ad una serie di obiezioni critiche, principalmente ricalcate sull'irragionevolezza della disparità di trattamento cui darebbe luogo un'interpretazione così modellata; infatti, una pluralità di fatti di bancarotta fraudolenta sarebbe sanzionata meno gravemente (cumulo giuridico delle pene) rispetto ad un fatto di bancarotta semplice ed uno di bancarotta fraudolenta in concorso (cumulo materiale delle pene).

Per tali ragioni, l'art. 219 comma 2, n. 1 l. fall. va interpretato in chiave costituzionalmente orientata, ovverosia nel senso dell'operatività della fattispecie in esame anche in relazione alle ipotesi di concorso fra fatti-reato riconducibili a diversi articoli, piuttosto che indugiare su una chiave ermeneutica foriera di conseguenze sanzionatorie drasticamente irragionevoli.

La conclusione appena suggerita, tra l'altro, è sostenuta anche sulla base di ulteriori argomenti, che, tuttavia, fanno leva su premesse dogmatiche più controverse rispetto al consolidato canone interpretativo - nonché di giudizio in sede di sindacato di legittimità costituzionale - di ragionevolezza.

Non è mancato, infatti, un approccio esegetico che, al fine di evitare le evidenziate e discutibili conseguenze applicative in caso di commissione di più fatti riconducibili ai diversi articoli richiamati dalla norma in esame, ha

---

riferirlo all'evento non voluto è evidentemente impossibile), la verifica del primo effetto dannoso o pericoloso sarebbe in ogni caso tale da richiamare il colpevole ad un nuovo disegno, prima di ripetere il fatto illecito causale. Tuttavia, ove l'evento causato dal primo di questi fatti fosse rimasto ignoto al reo, la continuazione nel delitto colposo potrebbe verificarsi (es., automobilista che, correndo di notte imprudentemente, investe senza accorgersene una persona, e poco dopo, commettendo un'altra imprudenza, ne travolge una seconda); sull'ammissibilità del vincolo della continuazione fra reati colposi, cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., 322 ss.

rispolverato, proponendone una versione più raffinata, la tesi della concezione unitaria della bancarotta.

Non potendosi riproporre la vecchia tesi della bancarotta fondata sulla centralità del fallimento e sul valore sintomatico dei fatti tipizzati, che si limiterebbero a far presumere la consumazione del reato indipendentemente dalla pluralità dei predetti indici ed in presenza di un'unica dichiarazione giudiziale di insolvenza, la concezione unitaria del delitto in questione è stata ridisegnata ricorrendo alla massima dilatazione possibile dei principi in materia di concorso apparente di norme<sup>47</sup>.

In particolare, secondo la tesi in questione, in ordine al medesimo quadro di vita, deve ritenersi che la disposizione che prevede la bancarotta fraudolenta documentale prevarrebbe su quella che prevede la bancarotta fraudolenta patrimoniale e le norme sulla bancarotta fraudolenta prevarrebbero sulle disposizioni riguardanti la bancarotta semplice; in presenza di più fatti, invece, gli artt. 216, 217 e 218 l. fall. presentano caratteristiche tali per cui, salva l'eccezione di cui al concorso materiale fra fatti previsti nell'art. 217 e fatti previsti nell'art. 218, si può determinare solo un concorso apparente, ragion per cui il reato che ne risulta è sempre uno solo. Per l'art. 218, ciò risulterebbe dalla stessa lettera della legge, posto che l'articolo inizia con la dizione “salvo che il fatto costituisca un reato più grave”, in tal modo escludendo la possibilità di un concorso formale con le più gravi figure di cui agli artt. 216 e 217. Nel confronto tra i tre articoli, secondo la tesi che si espone, dove si applica l'art. 216, non può trovare applicazione anche l'art. 217, né l'art. 218, e ciò sulla base della considerazione per cui tutto il disvalore che potrebbe incorporarsi nel delitto di bancarotta semplice o di ricorso abusivo al credito sarebbe già pienamente valutato dalla incriminazione di bancarotta fraudolenta. Pertanto, nell'ambito della teoria in esame, l'ipotesi di concorso materiale,

---

<sup>47</sup> A. PAGLIARO, *Nuovo processo penale e pluralità dei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 473 ss.

con l'applicazione - se del caso - dell'art. 81 cpv. c.p., è limitata ai rapporti tra bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito, come dimostrerebbe la diversità dei beni protetti e la vicinanza nel disvalore tra le due ipotesi; in altri termini, le su accennate caratteristiche sarebbero di ostacolo all'assorbimento di un reato nell'altro, così come la clausola di riserva ex art. 218 limiterebbe la propria operatività all'ipotesi del concorso formale.

Tali conclusioni troverebbero ulteriore e specifica convalida nell'art. 219 comma 2, n. 1 l. fall., il quale andrebbe interpretato come previsione di una circostanza aggravante inerente ad un reato unico, qualificabile come forma di reato abituale della seconda specie nel quale, cioè, il ripetersi dei fatti conduce al configurarsi di una fattispecie complessa più grave, capace di assorbire in sé, per consunzione, il disvalore contenuto in ciascuno dei fatti singoli.

In realtà, nonostante si ispiri ad una condivisibile *ratio* garantistica, la concezione appena riferita si espone a due tipi di obiezioni<sup>48</sup>: in primo luogo, l'applicazione oltranzista del principio di consunzione è priva di fondamento normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. Inoltre, i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il *principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrastabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale.*

Ed ancora, per quanto concerne l'art. 219 comma 2, n. 1 l. fall., appare contraddittorio immaginare un'espressa ipotesi di concorso fra più fatti-

---

<sup>48</sup> G. PERDONO', *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 325 ss.



reato, come quelli indicati negli articoli 216, 217 e 218, sia pure riservando ai medesimi un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello desumibile dalle norme comuni, per poi, in realtà, restringere l'applicazione della norma in esame fino al punto da determinarne una sorta di *interpretatio abrogans*.

In quest'ottica, è stato affermato che, lungi dal ritenere che la norma in esame disciplinerebbe una circostanza aggravante, ravvisa in ciascuno dei fatti di cui all'art. 219 comma 2, n. 1, l. fall. un distinto reato di bancarotta il cui concorso viene regolato, in deroga alle disposizioni del cumulo materiale (art. 71 ss. c.p.) ed alla disciplina dell'art. 81 c.p., dallo speciale regime di cumulo giuridico previsto nella norma in questione<sup>49</sup>.

Quest'ultima impostazione, tuttavia, determina una violazione del *ne bis in idem*, atteso che una condotta complessivamente unitaria vede attribuire più volte ad un medesimo soggetto un determinato profilo fattuale della sua azione. Pertanto, tenuto conto che l'applicazione del criterio rigorosamente strutturale determina tali esiti, pare opportuno ritenere applicabile la disciplina del concorso apparente di norme in considerazione di una "variante valutativa" tale da determinare la corrispondenza tra entità della sanzione applicata e disvalore complessivo del fatto<sup>50</sup>.

Volgendo lo sguardo ai reati in materia di stupefacenti, l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza non esclude in linea di principio la possibilità del concorso dei fatti descritti nell'ambito dell'art. 73 d.p.r. 309, se essi non siano stati realizzati contestualmente<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 322 ss.

<sup>50</sup> G. PERDONO', *op. cit.*

<sup>51</sup> In tal senso, si veda Cass., sez. VI, 1.4.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2790, ove si è ritenuto che nel caso *de quo*, non presentando la detenzione e l'offerta in vendita soluzione di continuità, le diverse condotte perdevano la loro individualità rimanendo assorbite. Si veda anche Cass., sez. VI, 17.11.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 3137, nella quale l'art. 73 d.p.r. viene esplicitamente definito norma a più fattispecie per la quale il legislatore ha previsto diverse modalità di realizzazione, tra loro alternative ed equivalenti sotto il profilo sanzionatorio. Nel caso di specie, tra le condotte di coltivazione, detenzione e successiva cessione dello stupefacente era stato ravvisato un apprezzabile intervallo di tempo, con conseguente esclusione

Sempre nell'analisi delle ipotesi in cui si realizza un concorso omogeneo apparente per capacità di contenenza della singola fattispecie, si deve considerare il caso in cui l'elemento che, concretamente, si ripropone più volte, pur essendo "correlato" (se non altro empiricamente) con una fattispecie di reato, non ne costituisce tuttavia elemento costitutivo, sicché tale molteplicità non può in alcun modo implicare la realizzazione di più fatti tipici in concorso.

Emblematica, in tal senso, l'ipotesi di un singolo accordo corruttivo poi eseguito mediante una pluralità di prestazioni contrarie ai doveri d'ufficio ripetute nel tempo: poiché è l'accordo, non la sua esecuzione, elemento tipico del reato, in questo caso correttamente la giurisprudenza ritiene consumata un'unica fattispecie *ex art. 319 c.p.*<sup>52</sup>.

Sempre in tema di corruzione, va detto poi che le fattispecie incriminatrici descrivono la condotta costitutiva del delitto in via alternativa: "ricevere denaro o altra utilità, ovvero accettarne la promessa". In altri termini, ci si trova di fronte ad una norma mista alternativa (o, se si preferisce, ad una norma a più fattispecie ovvero a condotta fungibile) in cui ogni singolo comportamento tipizzato rappresenta una possibilità

---

dell'assorbimento poiché sono configurabili tre distinte condotte penalmente sanzionate e quindi concorrenti. Una simile pronuncia non appare condivisibile sotto diversi profili. In primo luogo, sotto il profilo terminologico posto che in dottrina l'etichetta di norma a più fattispecie è solitamente utilizzata per classificare quelle norme ove la commissione di una pluralità di condotte fra quelle descritte dà comunque luogo ad un unico reato. Inoltre, in tema di stupefacenti, dopo la modifica post-referendaria, ha rilevanza penale non il consumo personale bensì l'induzione o l'agevolazione del consumo altrui. Ne deriva che i fatti descritti nell'ambito dell'art. 73 – quali, trasportare, coltivare detenere – sono puniti laddove si rivelino alla prova dei fatti finalizzati alla vera condotta rilevante che è appunto l'offerta o la cessione a terzi. Dunque, appare discutibile ravvisare il concorso di reati anche laddove i fatti tipo – detenere e cedere ovvero trasportare e cedere – siano realizzati senza unità di tempo e di luogo, posto che l'illecita condotta relativa alla cessione assorbe già i fatti ad essa prodromici. Conforme all'orientamento sopra indicato, ovvero nel senso che i diversi fatti descritti dall'art. 73 concorrono ove non siano contestuali, Cass., sez. VI, 8.7.1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2703, e App. Milano, 31.3.1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1956, con nota di PACIONI, *In tema di norme a più fattispecie e disposizioni a più norme*. Peraltro, nell'introdurre l'indice della contestualità quale elemento risolutore dell'alternativa tra unicità e concorso di reati, la giurisprudenza mostra di far uso di un criterio che è in generale considerato rilevante in qualsiasi caso di concorso di reati e non solo in tema di norme a più fattispecie. In ogni caso, l'orientamento giurisprudenziale che impone l'analisi del caso concreto allo scopo di verificare se fra i diversi fatti vi sia o meno contestualità, è in linea con l'opinione secondo la quale la soluzione dell'alternativa in esame tra unicità e concorso di reati va ricercata caso per caso.

<sup>52</sup> Cass., Sez. VI, 28.10.2004, Lacatena, in *Riv. pen.*, 2005, 733.

(*rectius*, una forma alternativa) di commissione del reato, il quale resta comunque unico anche in caso di realizzazione - differita nel tempo - di entrambi simili comportamenti.

Ed invero, se sul piano dei criteri formali di identificazione non sembra dubitabile che il termine o individua una disgiunzione, il carattere fungibile (*rectius*, equivalente) delle fattispecie si profila con maggiore pregnanza in forza della interpretazione letterale della disposizione, anche alla luce della sua rubrica. La semplice accettazione della promessa di una qualche utilità integra ed esaurisce l'unitario delitto di corruzione, come evidenzia la collocazione della condotta di accettazione della promessa nella struttura dello schema tipico e, soprattutto, la particella pronominale "ne" che, legando la accettazione della promessa alla ricezione di una utilità, delinea chiaramente la alternatività delle due fattispecie.

È tuttavia sul piano sostanziale dell'offesa che si manifesta la fungibilità delle condotte tipiche considerate (seppure la seconda implichi logicamente la prima).

La realizzazione, pur differita nel tempo, di entrambi i comportamenti integra, infatti, una lesione unitaria dei beni oggetto di tutela e non più ipotesi di condotte infedeli caratterizzate da distinta offensività, pena un'inammissibile violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

La plurima realizzazione delle condotte tipizzate - si è osservato in tal senso - non è a priori configurabile, perché l'integrazione della prima condotta consuma la possibile conformità al tipo della realizzazione della seconda. L'aggressione portata agli interessi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione con la condotta di accettazione della promessa di denaro - funzionalmente collegata ad una attività determinata dell'*intraneus* - costituisce l'offesa tipica, per qualità e grado, della fattispecie delittuosa.

La asserita (ulteriore) condotta infedele del pubblico funzionario, individuabile nella ricezione dell'utilità frutto del previo accordo corruttivo, nulla aggiunge sul piano contenutistico alla offesa tipica e pertanto non può ricadere nel fuoco della tutela penalistica.

Nei casi finora esaminati, l'affermazione o la negazione di un concorso omogeneo, in sostanza, parte dalla premessa necessaria di un'interpretazione della norma di parte speciale, per ricostruirne i profili costitutivi e valutarne la capacità di continenza<sup>53</sup>.

La giurisprudenza, tuttavia, sembra ispirarsi anche in questi casi ad un criterio generale, di carattere valutativo, condiviso da ampia dottrina<sup>54</sup>, per cui vi sarebbe concorso quando risulti offeso più volte "l'interesse protetto" dalla norma penale, mediante un'azione unica o comunque un complesso di atti contenuti in un medesimo contesto cronologico.

Si precisa anche che ad una pluralità di vittime corrisponderebbe una pluralità di offese quando l'interesse tutelato sia di natura "personale" – si pensi ad es. alla vita, o all'integrità fisica – ovvero strettamente connesso con il singolo soggetto titolare; altrettanto non accadrebbe in caso di interessi non strettamente personali, quali ad es. quelli di natura patrimoniale<sup>55</sup>.

Così, ad esempio, si ritiene che un'unica falsa incolpazione ai danni di più soggetti passivi configuri una pluralità di calunnie in concorso formale<sup>56</sup>; che, a fronte di un'unica omessa prestazione di mezzi di sussistenza, vi siano tanti reati di violazione degli obblighi di assistenza

---

<sup>53</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>54</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2011, 665 ss.

<sup>55</sup> Critico rispetto alla praticabilità del parametro del "bene protetto", che rimanda di fatto all'arbitrio dell'interprete, il quale può non di rado, se vuole, attribuire natura plurioffensiva alla fattispecie criminosa, con ciò aprendosi spazi per soluzioni diversificate, a seconda che intenda attribuire prevalenza all'uno o all'altro dei beni che suppone coinvolti, D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, *passim*.

<sup>56</sup> Cass., sez. VI, 2.4.2008, Santangelo, in *CED*, 2008/18745.

familiare (art. 570 c.p.) – in concorso formale – quanti sono i soggetti conviventi danneggiati<sup>57</sup>.

Al cospetto di una fattispecie non caratterizzata da un'aggressione a beni individuali di una vittima, bensì da una “relazione” tra il soggetto attivo ed alcuni oggetti (nelle forme ad es. della detenzione), sia pure dopo qualche contrasto interpretativo, si è giunti a sostenere che la molteplicità di tali oggetti – purché la condotta che li riguarda sia unitaria quanto a contesto spaziale e cronologico – non implica di per sé una pluralità di violazioni della norma penale, ma può al più incidere sulla determinazione della pena in concreto<sup>58</sup>. Esiste peraltro un orientamento giurisprudenziale più rigoroso, propenso a ravvisare la pluralità (di reati) non appena la diversità dell'oggetto presenti un qualche carattere giuridicamente rilevante, a prescindere dunque dalla natura personalissima o meno dell'interesse leso: sicché il furto di più oggetti in un medesimo contesto è unico solo se unico è il soggetto passivo<sup>59</sup>.

Orbene, come è stato correttamente osservato<sup>60</sup>, il ricorso al criterio della pluralità o singolarità delle “offese”, in ragione della tipologia di bene tutelato, a ben vedere, non implica – ne può determinare – l'abbandono di una attenta interpretazione della singola disposizione incriminatrice e dei fondamentali parametri strutturali nell'affrontare la questione inerente alla pluralità o singolarità di violazioni realizzate alla stregua della stessa.

Invero, questa impostazione considera la natura dell'interesse salvaguardato quale “appiglio teleologico utile a definire, appunto, la capacità di contenenza della fattispecie astratta di riferimento”, con

---

<sup>57</sup> Cass., sez. Un., 20.12.2007, Cassa, in *Cass. pen.*, 2008, 2751, con nota di S. BELTRANI.

<sup>58</sup> Con riferimento alla detenzione abusiva di armi *ex art. 2 legge 2.10.1967, n. 895*, v. da ultimo Cass., Sez. VI, 13.11.2008, Reghenzi, in *CED*, 2008/44420; Cass., Sez. I, 22.4.2008, Liotta, in *CED*, 2008/19411; diversamente, in precedenza, riconoscevano tanti reati di detenzione – unificati dal vincolo della continuazione – quante erano le armi detenute, purché dotate di “una propria specificità ed autonomia”, ad es. Cass., sez. II, 26.2.2004, Chiruzzi, in *CED*, 2004/15402; Cass., Sez. V, 13.3.2000, Fastoso, in *CED*, 2000/1353.

<sup>59</sup> Cass., Sez. V, 7.2.1997, El Bouhtari, in *CED*, 1997/1985.

<sup>60</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

particolare attenzione al significato rivestito, al riguardo, dal connotato dell'“identità del soggetto passivo” o dalla “unicità dell'oggetto materiale”<sup>61</sup>.

La circostanza che in tali casi la questione è risolvibile tramite uno specifico atto interpretativo “di parte speciale” risulta evidente proprio analizzando le motivazioni di alcune delle sentenze citate, che ad una valutazione circa lo scopo di tutela della norma accompagnano considerazioni di carattere letterale, storico e sistematico<sup>62</sup>.

Questo approccio, del resto, appare il più corretto in quanto, come si vedrà, le considerazioni inerenti alla natura dell'“interesse leso” ed alla dimensione offensiva del fatto concreto *non possono costituire l'unico ed esclusivo referente per l'affermazione o la negazione di un concorso di norme o di reati*, ma possono invece contribuire – sempre insieme ad altri criteri ermeneutici – ad una più corretta ricostruzione della struttura della fattispecie criminosa, quest'ultima restando tuttavia l'unico, legittimo parametro per la soluzione del problema in discussione.

I criteri valutativi, come si vedrà, potranno intervenire in via *sussidiaria* qualora il rigoroso utilizzo di parametri strutturali conduca a soluzioni irragionevoli di tutela, in modo da riaffermare le fondamentali istanze di garanzia sottese alle esigenze di prevenzione/integrazione.

**1.2.2. Concorso eterogeneo apparente per difetto di tipicità –**  
L'eventualità di un concorso *eterogeneo* di reati deve anche essere esclusa

---

<sup>61</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 726 ss.

<sup>62</sup> Cass., Sez. Un., 20.12.2007, Cassa, cit., che argomenta sì dalla mutata natura dell'interesse tutelato, a seguito della riconsiderazione che la Costituzione ha compiuto della famiglia, intendendola non più come un'entità personificata dotata di propri interessi sovraindividuali, bensì come formazione sociale al cui interno si sviluppano i diritti dei singoli membri familiari (talché una singola inottemperanza a doveri familiari non implica la lesione ad un unico diritto *della* famiglia, bensì offende tanti singoli diritti *nella* famiglia); ma argomenta altresì dall'esigenza di un raccordo sistematico tra l'art. 570 comma 2 n. 1 c.p. (ove è evidente, alla lettera, che il singolo reato è correlato all'identità del singolo figlio o della singolo coniuge vittima della “dilapidazione”).

nel caso in cui l'accadimento concreto risulti pienamente “tipico” alla stregua di un'unica fattispecie incriminatrice<sup>63</sup>.

Così, imporre ad altri, in luogo pubblico, la visione delle proprie parti intime, è sicuramente fatto tipico *ex art. 527 c.p.*, ma non costituisce, al contempo, ingiuria, quando non si tratti di atto volto – oggettivamente e soggettivamente – ad offendere l'altrui onore o decoro *ex art. 594 c.p.*<sup>64</sup>; né viene integra una violenza sessuale, dato che la nozione di “atto sessuale” *ex art. 609-bis c.p.*, secondo l'interpretazione maggioritaria, implica un coinvolgimento di zone erogene della vittima. Proprio ricorrendo a tale ultimo argomento, in altra sentenza la Cassazione ha escluso che fare soltanto assistere minorenni ad atti sessuali, senza coinvolgerli personalmente, costituisca un'ipotesi di atto sessuale con minorenni ai sensi dell'*art. 609-quater c.p.*, in concorso con la fattispecie, invece sussistente, di corruzione di minorenni *ex art. 609-quinquies*<sup>65</sup>. Ancora, in considerazione della diversità dei presupposti tipici delle fattispecie di cui agli artt. 378 e 390 c.p., un concorso tra favoreggiamento personale e procurata inosservanza di pena può esservi *soltanto* nel caso in cui la persona aiutata rivesta *contemporaneamente* la qualità di condannato in via definitiva e di sottoposto ad indagine ad altro titolo.

**1.2.3. L'ambito del concorso di norme** – Essendo contrassegnato nella sua disciplina dalla ricerca dell'unica norma applicabile, tra 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 di concorso formale di reati, ove una stessa fattispecie dà luogo all'applicazione cumulativa di più norme incriminatrici

---

<sup>63</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>64</sup> Cass., sez. III, 5.11.2008, Sgarbi, in *CED*, 2008/46356.

<sup>65</sup> Cass., sez. III, 10.10.2007, Pizzi e altri, in *CED*, 2008/4718.

speciali: il che avviene quando la condotta del soggetto realizza nel mondo esterno più fattispecie legali di reato.

Quest'ultimo effetto non può non risultare inibito dalla identità di oggetto che contrassegna la relazione tra norme che regolano la stessa materia, atteso che, se esse si applicassero congiuntamente risulterebbero pregiudicate le funzioni complessive del sistema penale in considerazione dell'indebita duplicazione della rilevanza penale di un comportamento a cui per definizione corrisponde una sola fattispecie.

L'ambito applicativo del concorso di norme viene quindi delimitato dall' "identità dell'oggetto". Conseguentemente, non può aversi concorso di norme nelle ipotesi di fattispecie del tutto "eterogenee", prive, cioè, di alcun elemento in comune; basti pensare al rapporto tra falsità in atti e furto.

Parimenti, l'istituto rimane escluso fra norme che si trovano in una relazione di incompatibilità, nel senso che le corrispondenti fattispecie di reato, accanto ad elementi comuni, ne presentano altri fra loro incompatibili; è il caso del rapporto tra appropriazione indebita e furto, entrambi caratterizzati dal fine di profitto, ma contrassegnati, il primo, dal possesso della cosa altrui da parte del soggetto attivo, il secondo, dall'impossessamento della cosa, originariamente detenuta da altri<sup>66</sup>.

Fuori dall'area del concorso si collocano anche le ipotesi in cui due o più disposizioni si trovano nella relazione che viene generalmente definita di interferenza e che ricorre quando le fattispecie legali hanno un nucleo comportamentale comune su cui si innestano, però, elementi tra loro eterogenei; basti pensare alla congiunzione carnale quale elemento costitutivo del fatto sia nell'incesto che nella violenza sessuale<sup>67</sup>. Questo elemento comune, tuttavia, non elimina l'eterogeneità delle due ipotesi di reato e, pertanto, ove ricorrano gli estremi di entrambe le fattispecie, ci si

---

<sup>66</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*

<sup>67</sup> C. FIORE – S. FIORE, *op. cit.*



troverà di fronte ad un concorso formale di reati (come nell'ipotesi in cui l'incesto sia commesso mediante una congiunzione carnale violenta).

### **2.1. I criteri di identificazione del concorso apparente di norme.**

**L'evoluzione storica** – Quando le valutazioni di parte speciale, inerenti alla dimensione *tipica* della singola figura criminosa, di per sé portano a ritenere che nel fatto concreto siano riscontrabili gli estremi tipici di una pluralità di violazioni di norme penali eterogenee, è comunque possibile sostenere la natura soltanto apparente del concorso applicando, in *primis*, le disposizioni, di parte generale, degli artt. 15 o 84 c.p. Tali disposizioni, quindi, sono dirette a determinare quali siano, per qualità, le norme applicabili al caso di specie.

Sotto la vigenza del Codice Zanardelli l'esigenza di fissare confini netti fra il concorso di norme ed il concorso di reati era meno sentita, posto che tale codice, all'art. 78, sanciva il principio dell'assorbimento, stabilendo che nel caso di concorso di reati doveva applicarsi soltanto la pena per il reato più grave.

Con l'entrata in vigore del Codice Rocco - che, prima della novella del 1974, puniva il concorso formale con il cumulo materiale - si è invece posta l'esigenza equitativa di comprimere, dilatando la categoria del concorso apparente di norme, la rigida disciplina del concorso di reati<sup>68</sup>. Nonostante il fenomeno del concorso di norme possa prospettarsi con riferimento a gruppi di disposizioni appartenenti ad ogni ramo dell'ordinamento, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è da sempre polarizzata sui rapporti tra norme incriminatrici speciali, al fine di accertare quale fra più figure criminose debba trovare concreta applicazione da parte del giudice.

---

<sup>68</sup> L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. d.I.*, vol. III, Torino, 1959, 1009 ss.

Ciononostante, come già visto, la problematica, pur volta all'analisi della parte speciale, va inquadrata più correttamente nell'ambito della parte generale e, più precisamente, *nel quadro dei principi sovraordinati che governano il sistema penale*, tra i quali spicca il principio di stretta legalità.

Vengono in rilievo, nella parte generale del codice penale, gli artt. 15 c.p. ed 84 c.p., che si caratterizzano invero per un ambito applicativo indiscusso – quello inerente ai casi di specialità c.d. “unilaterale” – ma si prestano anche ad interpretazioni estensive, oggetto di discussione e di critica in dottrina ed in giurisprudenza; così come discusso è se il criterio di specialità sia l'unico utile ad affermare la natura apparente di un concorso eterogeneo, o se ad esso debbano affiancarsi altri criteri non nominati espressamente dal codice, di tipo valutativo, come quelli di consunzione o sussidiarietà<sup>69</sup>.

Ed invero, la posizione della dottrina non può, peraltro, dirsi univoca in ordine a quali e quanti criteri, dirimenti il concorso apparente di norme, trovino ingresso nell'ordinamento penale<sup>70</sup>.

Da un lato, si ritiene sufficiente il solo principio di specialità, considerato l'unico di diretta derivazione legislativa essendo espressamente contemplato dall'art. 15 c.p. Per contro, altri studiosi reputano che per regolare esaurientemente i casi di concorso apparente di norme siano necessari criteri ulteriori: il principio di sussidiarietà, ricorrente quando la norma stessa indica la propria applicabilità vicaria, ove non ne sia in concreto applicabile un'altra, e il principio di consunzione, per il quale due norme concorrerebbero solo apparentemente qualora l'applicazione di quella contenente la sanzione più grave esprima già l'intero disvalore del fatto.

---

<sup>69</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>70</sup> G.L. FANULI- A. LAURINO, *Sub art. 15*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. I, Milano, 2010, 609 ss.

In effetti, se già nella definizione del concetto di norma speciale si è verificata una notevole difformità di vedute<sup>71</sup>, a maggior ragione i criteri di sussidiarietà e di consunzione, di matrice prettamente dottrinale, si sono rivelati vaghi e di incerta applicazione<sup>72</sup>. A questo proposito, si è osservato che il tema del concorso di norme è caratterizzato dalla necessità di tener conto di due distinti interessi: l'esigenza di equità/proporzione, che sottende l'elaborazione di criteri volti ad allargare le maglie del concorso apparente di norme, e il bisogno di certezza giuridica (*recte*: legalità) che deve guidare l'applicazione delle norme<sup>73</sup>.

Orbene, pur essendo indiscutibile che l'esistenza di plurimi principi atti ad impedire il verificarsi di un *ne bis in idem* tende a creare margini di incertezza nella trattazione dei casi concreti, appare inevitabile l'utilizzazione di criteri ulteriori rispetto a quello di specialità<sup>74</sup>.

Per vero, anche quella parte della dottrina, che apparentemente respinge tali criteri ritenendoli privi di fondamento, è poi costretta ad attribuire al principio di specialità, così come delineato dall'art. 15 c.p., un significato nella sostanza più ampio di quello che naturalmente gli spetterebbe. E ciò si verifica proprio al fine di accogliere comunque quell'insopprimibile istanza di equità che sta alla base del *ne bis in idem*<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Sul punto, si veda, per tutti, M. PAPA, *op. cit.*, 156 ss.

<sup>72</sup> La tesi favorevole all'esistenza di una pluralità di criteri è largamente prevalente in dottrina. Peraltro, una parte della dottrina accoglie tre criteri dirimenti il concorso apparente di norme, mentre altra parte si limita ad ammettere soltanto un secondo criterio oltre a quello di specialità. Fra gli autori che ammettono tutti e tre i criteri si vedano, fra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 176, e sia pure con significato parzialmente diverso G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit.292; V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 398 ss. Tra i sostenitori della impostazione volta ad attribuire valenza al solo principio di specialità, si ricorda, fra tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 157.

<sup>73</sup> Sul punto, si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, 465.

<sup>74</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>75</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit. Nel senso che la mancata accettazione di plurimi criteri, dirimenti il

A fronte di questo articolato quadro dottrinale, la giurisprudenza attribuisce assoluta prevalenza al principio di specialità sul presupposto che esso, a differenza degli altri criteri, ha un esplicito e diretto riferimento normativo nell'art. 15 c.p.

Al riguardo si deve, peraltro, tener conto di due circostanze. Da un lato, essendo le decisioni giurisprudenziali ispirate più da esigenze pragmatiche che teoriche, nella risoluzione del caso concreto si assiste ad una commistione della terminologia propria dei diversi principi<sup>76</sup>; dall'altro, la giurisprudenza tende a richiamare il principio di specialità anche laddove sarebbe più corretto il riferimento a criteri diversi<sup>77</sup>. In ogni caso, si deve osservare che nel corso degli anni la giurisprudenza di merito e di legittimità ha riconosciuto l'esistenza all'interno del nostro ordinamento di ulteriori criteri dirimenti il concorso apparente di norme. In tal senso possono considerarsi significative alcune recenti pronunce della Corte di

---

concorso apparente di norme, porta inevitabilmente alla sopravvalutazione dell'art. 15 c.p., M. ROMANO, *Commentario*, cit., 176.

<sup>76</sup> Ad esempio, applicando esplicitamente il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., ed escludendo in forza di tale principio l'applicazione dell'art. 610 c.p. qualora la violenza fisica sia stata usata per uno dei fini particolari previsti da altre ipotesi di reato come un sequestro di persona, diventa fuorviante definire il reato di cui all'art. 610 c.p., anziché norma di carattere generale, norma di carattere sussidiario (Cass., sez. I, 24.4.1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2226). In un'altra pronuncia, nell'escludere il concorso di reati fra ricettazione e commercio di prodotti con segni falsi di cui all'art. 474 c.p., si è affermato che le condotte di ricezione e acquisto costituiscono un antecedente non punibile in quanto presupposto necessario della detenzione per la vendita, e contestualmente si è affermato con argomentazione contraddittoria che fra le due norme vi è un rapporto di specialità con prevalenza dell'art. 474 c.p. (Cass., sez. V, 3.4.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1129). Da ultimo, Cass., Sez. Un. 28.10.2010 (dep. 19.1.2011), n. 1235, sulla quale si tornerà ampiamente

<sup>77</sup> Paradigmatica dell'orientamento giurisprudenziale, è una pronuncia nella quale si afferma esplicitamente che "l'ordinamento positivo è ispirato in materia di concorso apparente di norme, al principio della specialità consacrato nell'art. 15" (Cass., sez. VI, 12.1.1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, fasc. 7, 77). Come esempio di erronea applicazione del criterio di specialità, si segnala una decisione in tema di abuso d'ufficio, nella quale si è stabilito che, quando la norma concorra con quella relativa alla corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p., prevale quest'ultima per il principio di specialità essendo la fattispecie più grave (Cass., sez. I, 1.10.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2504). Come un ulteriore caso di inesatta applicazione del principio di specialità, si segnala, una pronuncia, con la quale la Corte di Cassazione, nell'ipotesi di una rapina in una banca e con riguardo alla violenza privata commessa in danno dei clienti presenti nei locali che avrebbero potuto ostacolare il fine delittuoso con la reazione, ha affermato, che in virtù del principio di specialità la fattispecie della violenza privata dovesse essere assorbita in quella della rapina (Cass., sez. I, 30.11.1992, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, fasc. 7, 44).

Cassazione in cui, per un verso, essa ha utilizzato il principio di sussidiarietà<sup>78</sup>, per altro, ha fatto ricorso a quello di consunzione<sup>79</sup>.

### 2.2.1. Teorie monistiche e pluralistiche: panoramica generale —

Pur nella estrema varietà di posizioni dottrinali sembra possibile individuare tre diversi filoni interpretativi<sup>80</sup>: dottrine di tipo strutturale (teorie monistiche), dottrine a sfondo naturalistico (anch'esse monistiche), teorie a sfondo valutativo-teleologico (pluralistiche), dottrine a sfondo naturalistico (teorie monistiche).

Detto in estrema sintesi, l'approccio strutturale fa leva sul confronto tra le fattispecie astratte di reato<sup>81</sup>.

Le tesi di tipo naturalistico utilizzano invece il concetto di “fatto concretamente verificatosi”, richiamandosi al solo principio di specialità<sup>82</sup>.

Infine, le teorie pluralistiche richiamano il concetto di oggettività giuridica del reato, e fanno riferimento ad una pluralità di criteri per

---

<sup>78</sup> Fra queste si segnala Cass. Pen., sez. un., 19.4.2007, in *Foro it.*, 2007, 715 e Cass., sez. VI, 12.5. 2009, in *Foro it.*, 2009, 503:.. Nella prima pronuncia la Suprema Corte ha affermato che i delitti di cui agli art. 316 *ter* e 640 *bis* c.p. sono in rapporto di sussidiarietà e non di specialità, mentre nella seconda ha affermato che il reato di cui all'art. 316 *bis* c.p. ha natura sussidiaria e residuale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 640 *bis* c.p., nella quale rimane assorbito.

<sup>79</sup> Interessante è Cass., sez. II, 5.6.2008, CED 241110. In questa decisione il Supremo Collegio fa espresso riferimento al principio di consunzione per escludere il concorso fra l'art. 8 d.lgs. n.74/2000 (emissione di fatture per operazioni inesistenti) e l'art. 640 c.p.

<sup>80</sup> G.L. FANULI- A. LAURINO, *Sub art.15*, cit., 609 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>81</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 438 ss.; ID., *Concorso*, cit.; G. A. DE FRANCESCO, *Lex*, cit.; ID., voce *Specialità (Principio di)*, in *Nss. d. I.*, Appendice, Torino, 1987, 486; ID., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 416.

<sup>82</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1948, 1; G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1934, 104; L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 1007; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, 940; G. NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, 873; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1966, 204; I. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. trasp.* 1964, 1 ss.

risolvere il conflitto di norme, quali quello di specialità, di sussidiarietà e di consunzione (o assorbimento)<sup>83</sup>.

**2.2.2. Le teorie strutturali. Cenni sul criterio della specialità. La nozione di “stessa materia”** – Le teorie strutturali reputano possibile affermare o meno l'apparenza del concorso sulla base della sola analisi strutturale delle fattispecie astratte a confronto, senza dover operare incerti e non univoci giudizi di valore.

Il percorso metodologico seguito si fonda sulla “frantumazione” delle fattispecie astratte nei loro elementi costitutivi, e nell'operare un confronto morfologico tra gli stessi “per categorie omogenee” (i soggetti attivi, le condotte, l'evento, il dolo, etc.), al fine di verificare se possa sussistere, tra i medesimi elementi, un rapporto di genere a specie<sup>84</sup>.

Viene così in rilievo l'art. 15 c.p. (che disciplina proprio il principio di specialità), in base al quale, quando più leggi penali o più disposizioni della legge penale regolano la stessa materia, prevale la legge o la disposizione di legge speciale.

Com'è evidente, la tale disposizione enuncia il principio senza peraltro provvedere a definire i concetti di legge generale e speciale.

Va segnalato che secondo autorevole dottrina<sup>85</sup> il principio nel contempo ispiratore ed esplicativo dell'approccio strutturale andrebbe individuato nel c.d. *ne bis in idem* sostanziale che, in tutte le ipotesi di concorso di norme, vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore.

Questo principio viene ricavato, in buona sostanza, con un procedimento di *analogia iuris in bonam partem* (art. 12 comma 2, seconda parte, delle disposizioni sulla legge in generale) e desunto da un complesso

---

<sup>83</sup> A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 545; ID., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.* 1976, 217; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto, cit.*; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954.

<sup>84</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>85</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 438 ss.

di riferimenti normativi costituito, tra l'altro, dallo stesso art. 15, dagli artt. 84, 61 e 62 prima parte, 68, 581 comma 2 c.p. e dalle numerose clausole di riserva.

Il richiamo a tale criterio dovrebbe essere funzionale alla risoluzione dei casi di specialità reciproca, per i quali non è possibile — sempre secondo lo stesso autore — la diretta applicazione del principio di specialità previsto dall'art. 15.

Questa impostazione, tuttavia, non appare strettamente riconducibile al criterio meramente strutturale, in quanto mira pur sempre ad utilizzare criteri di valore in funzione integratrice dei criteri strutturali<sup>86</sup> — il che, come si vedrà, risulta corretto qualora si intervenga al fine di riequilibrare il trattamento sanzionatorio.

Nel tentativo di indicare i presupposti della relazione di specialità fra norme, l'orientamento strutturale più accreditato ritiene che l'unico principio applicabile per la risoluzione del concorso apparente di norme sia quello di specialità previsto dall'art. 15 c.p.<sup>87</sup>, estensibile anche alle ipotesi di specialità bilaterale tra fattispecie.

La norma generale, in questi casi, ha portata più ampia rispetto a quella speciale con la conseguenza che si pone il problema se, qualora la prima venga meno, ad esempio in caso di amnistia o di abrogazione, la seconda riespanda la propria sfera di applicazione<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 276 ss.

<sup>87</sup> G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 160 ss.

<sup>88</sup> Ritiene che la norma generale supplisca al venir meno della norma speciale S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, 538. Secondo altra opinione, poiché la relazione di specialità è di natura logica, ove il fatto storico integri i presupposti di una norma che è speciale rispetto ad un'altra, il rapporto di specialità così instauratosi esclude l'applicabilità della norma generale anche se, per una qualsiasi ragione sia pure processuale, venga successivamente meno l'applicabilità della norma speciale (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. gen., 8<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 199). Quest'ultima opinione non sembra condivisibile: ad esempio, dopo l'abrogazione del delitto di oltraggio, non vi è dubbio che l'offesa a p.u. integra i presupposti dell'ingiuria di cui all'art. 594 c.p. (sul punto, cfr. E.M. AMBROSETTI, *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, 47 ss.). Diverso, appare il caso di un provvedimento di amnistia. Infatti, ove il legislatore manifesti l'intenzione di rinunciare alla pretesa punitiva in ordine a determinati reati, sembrerebbe contrario alla *voluntas legis* far residuare la punibilità per le fattispecie generali, normalmente sanzionate più lievemente, contenenti quelle speciali. Ciò a prescindere dalla natura — atto normativo causa estintiva del reato — che si vuole attribuire al provvedimento di amnistia.

Ora, come emerge dalla collocazione e dal tenore dell'art. 15 c.p., inserito nel Titolo I dedicato alla legge penale e alla sua applicazione, il rapporto di specialità attiene alla relazione strutturale tra fattispecie astratte. Quindi, simile rapporto è di natura logico-formale e sussiste quando due norme, per la loro formulazione, possono dirsi, nei termini sopra indicati, l'una speciale rispetto all'altra<sup>89</sup>.

Il concorso apparente di norme, perciò, può essere risolto attraverso il ricorso al principio di specialità solamente ove il fatto storico considerato sia riconducibile a due fattispecie fra le quali esista un rapporto da genere a specie nei termini indicati.

In questo caso, l'art. 15 c.p. detta la regola della prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale, indipendentemente dal trattamento sanzionatorio.

Il principio ha una portata assai vasta nel nostro ordinamento, riguardando non solo il rapporto tra norme di parte generale e norme di parte speciale del codice penale, ma anche, in base all'art. 16 c.p., i rapporti tra codice penale e leggi complementari.

Inoltre, tale principio opera anche al di fuori delle norme incriminatrici come nel caso delle circostanze attenuanti. A titolo esemplificativo, la circostanza attenuante di cui all'art. 219, comma 3, 1. fall., deve valutarsi come speciale rispetto a quella dell'art. 62, n. 4 c.p. Analogamente, l'art. 599, comma 2 c.p. prevede una causa di non punibilità che si pone in simile rapporto rispetto alla circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 2 c.p.<sup>90</sup>.

In base all'orientamento in esame, sono configurabili principalmente tre figure di specialità.

---

<sup>89</sup> La dottrina dominante ritiene che l'art. 15 c.p. per sua natura si riferisce ad un rapporto tra fattispecie astratte. In tal senso, fra gli altri, M. ROMANO, *Commentario*, cit.,175; G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 40.

<sup>90</sup> Così M. ROMANO, *Commentario*, cit..



Innanzitutto, la specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta o per specificazione, dove, rispetto agli elementi costitutivi di una norma generale, mentre una delle due fattispecie contempla un elemento aggiuntivo, l'altra include, invece, un elemento specifico. Si pensi ai rapporti tra l'art. 610 c.p. e l'art. 611 c.p.: mentre la norma sulla violenza privata è speciale per aggiunta perché richiede l'effettiva costrizione del soggetto passivo, l'art. 611 c.p., a sua volta, è speciale per specificazione, in quanto considera una delle possibili *species* in cui può articolarsi il comportamento coartato ("il commettere un reato").

Ed ancora, nei rapporti tra gli artt. 605 e 630 c.p., la finalità di estorsione, propria soltanto del secondo reato, si presenta come un *quid pluris* estraneo alla fattispecie del sequestro di persona, rispetto alla quale costituisce un elemento speciale aggiuntivo.

È evidente che la gran parte delle ipotesi di specialità presenti nella nostra legislazione integrano situazioni di specialità per aggiunta, anche se non manca qualche esempio di specialità per specificazione, come nel caso dell'art. 276 rispetto all'art. 277 c.p., dal momento che il concetto di libertà personale integra una *species* del *genus* libertà.

Viene poi in rilievo la specialità bilaterale "bilateralmente" per specificazione, dove il rapporto tra le fattispecie non rivela l'esistenza di elementi aggiuntivi; si pensi al rapporto che c'è tra il delitto di percosse di cui all'art. 581 c.p. e quello di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), laddove il primo delitto è speciale rispetto al secondo in relazione alle modalità di maltrattamento (percuotere), mentre il secondo è speciale rispetto al primo in relazione al soggetto passivo.

Infine, la specialità bilaterale "bilateralmente" per aggiunta, in cui ciascuna delle fattispecie è speciale rispetto all'altra perché ciascuna di esse possiede uno o più elementi estranei e ulteriori rispetto all'altra. Si fa l'esempio del reato di incesto (art. 564 c.p.) in rapporto con quello di

violenza sessuale, dove, accanto ad un nucleo comune costituito dall'atto sessuale, vi è, quanto all'incesto, l'elemento del rapporto di parentela che non trova un corrispondente generale nel reato di cui all'art. 609-bis c.p., mentre quanto alla violenza sessuale vi è l'elemento ulteriore della violenza, non presente nel primo reato.

Quest'ultima a ben vedere è la struttura tipica dell'interferenza, che dà luogo a concorso formale eterogeneo di reati, a differenza delle altre due ipotesi di specialità bilaterale, che invece danno luogo a concorso apparente di norme<sup>91</sup>.

A questa tesi si obietta l'inutilizzabilità dell'art. 15 c.p. sul presupposto che non sarebbe possibile individuare la norma speciale da applicare, contenendo appunto le fattispecie convergenti elementi reciprocamente speciali.

Ciononostante, si è replicato<sup>92</sup> che le fattispecie in rapporto di specialità reciproca contengono a ben vedere indici di specialità qualitativamente diversi, ai quali va quindi riconosciuto un diverso peso, con il risultato che, stabilito un rapporto gerarchico tra gli elementi di fattispecie, sarà possibile giungere alla scelta della norma prevalente.

Sempre nell'ambito dell'approccio strutturale, è stato osservato<sup>93</sup> che l'unica posizione compatibile con il principio di legalità appare essere quella monistica che fa riferimento al principio di specialità ed allo strutturalismo, pur ribadendosi che l'operazione di selezione degli elementi da considerare rilevanti ai fini della costruzione di un rapporto di specialità bilaterale tra fattispecie sconta un ineliminabile margine di discrezionalità dell'interprete; ma tale operazione, si osserva, rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, mentre i principi di sussidiarietà e consunzione

---

<sup>91</sup> Cfr., perspicuamente, G.A. DE FRANCESCO, *Lex*, cit., 119 ss.

<sup>92</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Lex*, cit., 119 ss.

<sup>93</sup> Ani. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 860 ss.

esigono scelte discrezionali che dichiaratamente prescindono dalla struttura della fattispecie.

Piuttosto, prosegue questo Autore, occorre notare che, considerata la relatività dei concetti di genere e di specie, il riferimento all'interesse tutelato dalle norme concorrenti può assumere rilievo, in particolare quando si prospetti la possibilità di un rapporto di specialità per aggiunta o comunque bilaterale, non per escludere il rapporto di specialità, bensì quale criterio di selezione degli elementi davvero rilevanti nel confronto tra le norme concorrenti, attesa l'evidente funzione anche ermeneutica dell'interesse tutelato ai fini della stessa ricostruzione della fattispecie.

Si è anche acutamente rilevato che il disordine e l'ipertrofia normativi, l'eterogeneità delle tecniche di formulazione, la presenza di norme a più fattispecie ovvero di disposizioni a più norme, la previsione di fattispecie meramente sanzionatorie con rinvio a complesse discipline amministrative di settore, fattori tutti che marcano sempre di più l'attuale momento storico ed innestano altrettante note di instabilità, rendono spesso impossibile l'utilizzo del criterio in esame, caratterizzato come si è detto dalla necessità di verificare analiticamente i rapporti strutturali tra fattispecie: tale criterio può divenire incontrollabile laddove occorra verificare le innumerevoli combinazioni strutturali tra centinaia di schemi di qualificazione<sup>94</sup>.

Ciò premesso, è noto che nell'ambito del problema del concorso apparente di norme assume fondamentale importanza il significato da attribuire alla locuzione "stessa materia"<sup>95</sup>. La norma generale e quella speciale, ai sensi dell'art. 15, devono infatti regolare la *stessa materia*.

Il tema è stato oggetto di un'ampia discussione nell'ambito della dottrina penalistica, che ha portato a conclusioni divergenti.

---

<sup>94</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 145.

<sup>95</sup> Per una efficace sintesi degli orientamenti, E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

Un orientamento largamente accreditato in dottrina e giurisprudenza ritiene che l'espressione "stessa materia" si riferisca alla "identità del bene giuridico tutelato" dalle norme concorrenti a regolare un medesimo fatto<sup>96</sup>.

In tal senso, si è osservato che la tesi secondo cui stessa materia coinciderebbe con stesso fatto sarebbe riduttiva. E ciò, tenuto conto che il concetto di medesima situazione di fatto è il presupposto stesso del principio di specialità. In altre parole, si è sottolineato che, essendo pacifico che le norme in rapporto da genere a specie convergono verso lo stesso fatto, non sarebbe stato necessario enunciare espressamente la regola della specialità<sup>97</sup>. In buona sostanza, secondo questa impostazione, una situazione di *ne bis in idem*, tale da imporre la selezione della norma da applicare al caso concreto, è possibile unicamente quando le norme concorrenti tutelino il medesimo bene giuridico: qualora non vi sia tale identità, si dovranno applicare più norme, esprimendo ciascuna di esse un diverso disvalore<sup>98</sup>.

La dottrina prevalente, tuttavia, accoglie una diversa tesi secondo la quale all'espressione stessa materia va attribuita l'accezione di stessa situazione di fatto sussumibile, a prima vista, sotto più norme<sup>99</sup>.

Depone a favore di tale impostazione, in primo luogo, argomenti letterali, posto che la parola materia coincide con la terminologia sia dell'art. 16 c.p. – materie regolate da altre leggi penali – sia dell'art. 15 disp. prel. c.c. in tema di abrogazione tacita, atteso che laddove si afferma che la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore,

---

<sup>96</sup> Riferimenti in E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale*, cit.

<sup>97</sup> L'osservazione è di S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 543. Tale autore trae il proprio convincimento anche dalla relazione al progetto definitivo ove si legge "può darsi... che per lo stesso fatto siano applicabili due disposizioni, aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni di beni giuridici diversi. La disciplina di tale ipotesi rimane fuori, naturalmente, dall'articolo 15, e trova la sua disciplina nell'articolo 84" (ora art. 81), relativo appunto al concorso formale (*Relazione sul Libro I*, in *Lav. prep.*, V, *Progetto definitivo*, I, Roma, 1929, 58).

<sup>98</sup> L. MASERA, *op. cit.*

<sup>99</sup> Seguono tale impostazione, fra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit.

è indiscutibile che il riferimento del termine materia ai settori dell'attività umana che le singole normative intervengono a disciplinare<sup>100</sup>.

A prescindere dall'indagine letterale, si è inoltre osservato che restringere l'operatività del principio di specialità ai soli casi in cui due norme tutelino il medesimo bene giuridico porterebbe a risultati irragionevoli.

Così ragionando, ad esempio nel caso di un'offesa arrecata in udienza, si dovrebbe ipotizzare il concorso tra la norma incriminatrice dell'oltraggio a un magistrato in udienza di cui all'art. 343 c.p., con quella dell'ingiuria di cui all'art. 594 c.p., tutelando tali norme beni diversi – rispettivamente il prestigio della pubblica amministrazione e l'onore individuale. Invece, non vi è dubbio alcuno che l'applicazione della norma di cui all'art. 343 c.p. appare da sola sufficiente ad esprimere il disvalore del fatto senza che si avverta l'esigenza di dar luogo a un concorso di reati<sup>101</sup>. Così come, proseguendo con gli esempi, appurato che il delitto di violenza a pubblico ufficiale – art. 336 c.p. – tutela il prestigio della pubblica amministrazione e la violenza privata - art. 610 c.p. - tutela la libertà individuale, si dovrebbe concludere nel senso del concorso di reati.

D'altra parte, non si può omettere di osservare come la tesi, che fonda il rapporto di specialità sul requisito dell'omogeneità del bene giuridico, porti a una applicazione eccessivamente restrittiva dell'art. 15 c.p., con conseguente pregiudizio per le finalità della pena costituzionalmente presidiate,

Va in ogni caso precisato che il rapporto di specialità sussiste solo tra fattispecie astratte, salvi i correttivi mediante apprezzamenti di valore, e che la medesima situazione di fatto integra solo il presupposto per l'applicazione del canone della specialità.

---

<sup>100</sup> L'osservazione è di M. ROMANO, *Commentario*, cit., 176.

<sup>101</sup> Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 295.

In definitiva, va riaffermato che il presupposto per l'operatività del principio di specialità è l'esistenza di una medesima situazione di fatto verso la quale più norme convergono: ove sussistano più azioni distinte, tale criterio non potrà trovare applicazione. In questo caso, ove permanga comunque l'esigenza di dare un'unica valutazione normativa del fatto, si dovrà far ricorso ad altri criteri, e in specie a quello di consunzione.

Sul piano dell'applicazione giudiziale, è dato rilevare come si riscontrino una scarsa attenzione all'inquadramento teorico-dogmatico della relazione da genere a specie intercorrente fra due norme<sup>102</sup>. Inoltre, si è già sottolineato che la giurisprudenza tende ad applicare

---

<sup>102</sup> Per una pronuncia contenente un inquadramento dogmatico si veda Cass., sez. VI, 12.1.1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, fasc. 7, 77. La decisione in esame offre una definizione della specialità laddove precisa che "detto principio postula che una determinata norma incriminatrice (speciale) presenti in sé tutti gli elementi costitutivi di un'altra (generale), oltre a quelli caratteristici della specializzazione; è necessario cioè, che le due disposizioni appaiano come due cerchi concentrici, di diametro diverso, per cui quello più ampio contenga in sé quello minore, ed abbia, inoltre, un settore residuo, destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità". Talvolta, alcune definiscono esplicitamente la natura della relazione di specialità fra norme. Ad esempio, si è osservato che l'art. 642 c.p. – che punisce la fraudolenta distruzione della cosa propria – costituisce un'ipotesi criminosa speciale rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., posto che nel primo sono presenti tutti gli elementi della condotta caratterizzanti il secondo e, in più, come elemento specializzante, il fine di tutela del patrimonio dell'assicuratore (Cass., sez. I, 10.4.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 453). In altra pronuncia sono presenti cenni al concetto di specialità unilaterale, con l'affermazione che fra il delitto previsto dall'art. 378 c.p. e quello di cui all'art. 371 bis c.p. esiste un rapporto di specialità unilaterale per specificazione, che esclude il concorso posto che alla norma generale dettata dall'art. 378 c.p., che prevede una fattispecie a forma libera, se ne accosta un'altra che, tra le molteplici condotte potenzialmente idonee a pregiudicare il regolare svolgimento delle indagini, incrimina soltanto quella che si materializza in dichiarazioni false o reticenti rese al p.m. (Cass., sez. VI, 12.10.1998, in *Cass. pen.*, 2000, 375).

Diversamente, un esempio di applicazione del principio di specialità in assenza di una precisa definizione della logica sottesa a tale criterio è offerta da una pronuncia in tema di falsità in atti pubblici, nella quale si è affermato che si realizza concorso apparente di norme tra le disposizioni degli art. 469 c.p. – contraffazione delle impronte di pubblica autenticazione e certificazione – 476 c.p. – falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici –, nel caso in cui la falsificazione concerna un atto notarile. Peraltro, nel caso in esame, si è affermata la prevalenza del delitto di cui all'art. 476 c.p., avendo tale fattispecie carattere più generale rispetto a quella di cui all'art. 469 c.p., che ha per oggetto solo un aspetto del documento falsificato e cioè l'impronta del sigillo notarile. In pratica, dunque, contrariamente a quanto dovrebbe avvenire in base al principio di specialità, si è applicata la norma generale.

Altri esempi di applicazione del principio di specialità si rinvencono nel rapporto fra reati del codice penale e reati militari. In particolare, si è riconosciuto che sussiste concorso apparente di norme tra il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. e quello di abuso di autorità mediante ingiurie nei confronti di inferiore di grado, di cui all'art. 196 c.p.m.p., che rimane assorbito, posto che nel delitto di cui all'art. 610 c.p., il soggetto attivo con la violenza o la minaccia mira a costringere la vittima a fare, tollerare, od omettere qualcosa, mentre, nel reato militare, la minaccia di ingiusto danno è fine a se stessa, poiché la norma non specifica lo scopo che l'agente intende raggiungere (Cass., sez. V, 18.11.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 3316).

il principio di specialità anche dove apparirebbe più corretto il richiamo ad altri criteri<sup>103</sup>.

Con riguardo alla definizione di stessa materia, la giurisprudenza propende per l'impostazione secondo la quale l'operatività del principio di specialità richiede che le fattispecie concorrenti tutelino un bene giuridico uguale. In tale ottica si segnala una pronuncia a Sezioni Unite – anteriore alla l. 19 marzo 2001, n. 92 in tema di contrabbando di tabacco – nella quale, è contenuta un'affermazione in relazione all'art. 15 c.p., secondo la quale non può parlarsi di specialità se fa difetto il presupposto della stessa materia, come identità od omogeneità del bene protetto<sup>104</sup>. Numerose sentenze si sono allineate a questo indirizzo, con conseguente affermazione del concorso effettivo dei reati sul presupposto che le norme concorrenti avrebbero diversa tutela giuridica<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, cit.

<sup>104</sup> Così, Cass., Sez. Un., 29.10.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1331. La pronuncia a Sezioni Unite è stata occasionata da un contrasto che non riguardava precipuamente l'art. 15 c.p., bensì il problema se l'art. 2 della l. 18 gennaio 1994, n. 50, nel determinare la pena per il contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore a quindici chilogrammi, configuri una circostanza aggravante del reato di contrabbando semplice previsto dall'art. 282 del d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 ovvero un'ipotesi di reato autonomo. La pronuncia, attribuito all'art. 2 cit., la natura di reato autonomo, ne affermava il concorso con l'art. 282. Infatti, ad avviso della Corte, mentre la legge doganale avrebbe tutelato la potestà tributaria dello Stato connessa alla percezione dell'imposta di confine, la l. 50 del 1994 avrebbe salvaguardato il pagamento dei diritti di monopolio e del prezzo dovuto all'amministrazione dei monopoli: dunque fra le due norme doveva sussistere concorso effettivo di reati. Dopo l'entrata in vigore della l. 19 marzo 2001, n. 92, la quale abrogando l'art. 2 della l. 50 del 1994 ha contestualmente inserito, nell'ambito delle disposizioni riguardanti il contrabbando in genere, alcune specifiche previsioni aventi ad oggetto il contrabbando di tabacchi lavorati esteri, la Cassazione ha affermato che per il principio di specialità consacrato nell'art. 15 c.p., queste devono ritenersi le uniche applicabili alle ipotesi di contrabbando di tali tabacchi (*Cass. Pen.*, sez. III, 14.2.2003, in *Riv. pen.*, 2003, 1003).

<sup>105</sup> In tal senso, Cass., sez. I, 1.2.1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2952, con nota di M. R. ROSA, *Sul reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza*. In questa pronuncia si afferma che il reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza di cui all'art. 513 bis c.p. e quello di tentata estorsione possono concorrere tra loro, essendo diretti alla tutela di beni giuridici diversi, posto che la disposizione dell'art. 513 bis, collocata tra i reati contro l'industria e il commercio, presupponendo una condotta dell'agente tesa a scoraggiare mediante violenza o minaccia l'altrui concorrenza, ha come scopo la tutela dell'ordine economico e, quindi, del normale svolgimento delle attività produttive ad esso inerenti, mentre la norma di cui all'art. 629 c.p. tende a salvaguardare prevalentemente il patrimonio dei singoli, trattandosi di reato contro il patrimonio.

Si è affermato che le norme di cui agli artt. 388 e 574 c.p., che prevedono rispettivamente il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e quello di sottrazione di persona incapace, tutelando obiettività giuridiche diverse, non darebbero luogo all'applicazione del principio di specialità (*Cass.*, sez. VI, 19.3.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 1647). E ancora, si è escluso il rapporto di specialità tra il delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p. e quello di riduzione in schiavitù, art. 600 c.p., tutelando l'uno la correttezza dei rapporti familiari, e l'altro la libertà individuale con conseguente concorso di reati (*Cass.*, sez. V, 1.7.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3056).

Sul punto, recentemente si è nondimeno precisato che sussiste un rapporto di specialità anche quando una delle due norme abbia natura plurioffensiva<sup>106</sup>.

**2.2.3. Le teorie naturalistiche. La c.d. specialità in concreto** – Sempre in relazione al significato da attribuire alla espressione “stessa materia”, si è sviluppata l’elaborazione dottrinale della c.d. specialità in concreto. Secondo questo orientamento, l’art. 15 c.p. – con la formula stessa materia – alluderebbe non al fatto così come descritto dalle due norme fra le quali intercorra il rapporto di specialità, bensì al concreto fatto storico verificatosi.

Tali impostazioni, che si affidano ad un criterio monistico di risoluzione del conflitto di norme, tendono quindi ad ampliare l’ambito operativo del criterio di specialità, interpretando l’inciso stessa materia

---

Si è ritenuto non applicabile l’art. 15 c.p. in relazione ai reati contravvenzionali previsti per la violazione di norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro e le eventuali lesioni o l’omicidio colposo, tenuto conto, fra gli altri motivi, della diversità degli interessi tutelati: le norme contravvenzionali avrebbero prevalente finalità di prevenzione, mentre gli artt. 589 e 590 c.p. tutelerebbero lo specifico bene giuridico della vita e dell’incolumità individuale (Cass., sez. IV, 6.6.2001, in *Cass. pen.*, 2002, 476). In tema di rapporti tra ricettazione e detenzione a fine di vendita di prodotti con marchi contraffatti di cui all’art. 474 c.p., numerose pronunce hanno affermato il concorso di reati perché sarebbe diversa l’obiettività giuridica (fra le altre, Cass., sez. II, 15.12.2000, in *Cass. pen.*, 2002, 607). Diversamente, per l’affermazione che tra gli artt. 648 e 474 c.p. intercorre un rapporto di specialità con prevalenza di quest’ultima norma la quale avrebbe natura plurioffensiva tutelando la fede pubblica ma anche il patrimonio, cfr. Cass., 3.3.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1129, con nota di G. MARRA, *Revirement della Cassazione sui rapporti tra ricettazione e detenzione al fine della vendita di prodotti con marchio contraffatto*.

<sup>106</sup> In tal senso, si è affermato che fra la disposizione relativa al delitto di truffa e quella relativa all’indebito utilizzo di carte di credito da parte del non titolare di cui all’art. 12, d.l. 3 maggio 1991, n. 143, conv. in l. 5 luglio 1991, n. 197, deve essere escluso il concorso di reati, oltre che per ragioni attinenti alla materialità della condotta, fra l’altro perché la tutela del patrimonio individuale, che costituisce l’obiettività giuridica della truffa, non è estranea alla *ratio* incriminatrice dell’art. 12 con la conseguenza che la norma di cui all’art. 12 può essere considerata speciale rispetto a quella prevista dall’art. 640 c.p. ed applicata in via esclusiva (Cass., Sez. Un., 28.3.2001, in *Foro it.*, 2002, II, 572). In precedenza, conforme alla pronuncia a Sezioni Unite, con analogo ragionamento in ordine alla plurioffensività, ove si sottolinea che l’oggettività giuridica della l. 197/1991 destinata alla prevenzione dell’utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, tutela l’ordine pubblico ma anche (come nella truffa) il patrimonio del privato o dell’ente pubblico vittima del raggio, con conseguente applicazione dell’art. 12 in quanto speciale rispetto all’art. 640 c.p., si segnala Cass., sez. V, 1.10.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2747. *Contra*, nel senso che le due fattispecie non sarebbero in rapporto di specialità avendo l’art. 12 cit. quale scopo primario la tutela dell’interesse pubblico affinché il sistema finanziario non venga utilizzato a scopo di riciclaggio, nonché quello di salvaguardare, ad un tempo, la fede pubblica, Cass., sez. V, 9.4.1999, in *Cass. pen.*, 2000, 2093, con motivazione e in *Cass. pen.*, 2001, 2461 con nota di LAZZARI, *Riciclaggio di carte di credito e truffa: concorso di reati o concorso di norme?*



come stessa situazione concreta, e giungono a riconoscere una *specialità in concreto* nei casi in cui uno stesso fatto rientra sotto più fattispecie tra loro astrattamente non in rapporto di specialità.

In simile prospettiva, dunque, la presenza dell'inciso stessa materia lascerebbe intendere che la norma si riferisce non a una relazione tra fattispecie astratte, ma a un rapporto triangolare, per il quale la medesima condotta concreta sarebbe riconducibile a due fattispecie astratte indipendentemente dal fatto che l'una si presenti speciale rispetto all'altra<sup>107</sup>.

Questa tesi si presta a molteplici critiche. In primo luogo, infatti, si osserva che, nel caso in cui si interpreti stessa materia come stesso fatto concreto, comunque riconducibile a più norme, ci si pone volutamente al di fuori del rapporto di specialità in astratto al quale si riferisce inequivocabilmente l'art. 15 c.p.<sup>108</sup>.

Inoltre, abbandonando il criterio dettato dall'art. 15 c.p., secondo il quale la norma speciale prevale su quella generale, in pratica si elimina lo strumento per scegliere quale disposto applicare e, dunque, per risolvere il concorso apparente di norme.

Invero, si deve osservare come coloro che seguono la teoria della specialità in concreto siano costretti a ricorrere ad altri criteri idonei ad individuare rispetto ad un caso concreto quale sia, fra più norme, quella da ritenersi speciale. In questa ottica, si è proposto come criterio quello per cui va scelta la fattispecie che colga appieno il disvalore del fatto prevedendo la sanzione più grave.

---

<sup>107</sup> Fra i sostenitori di questa tesi, si veda, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 222. L'illustre autore osserva che ove non si attribuisse tale significato all'art. 15 c.p., la norma apparirebbe inutile e superflua posto che la prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale è un criterio di interpretazione sistematica valido in ogni ramo dell'ordinamento senza necessità di una espressa previsione normativa. L'osservazione, peraltro non dà conto del fatto che l'art. 15 c.p., nello stabilire che nell'ordinamento penale in linea di principio la legge speciale prevale su quella generale a prescindere dall'entità sanzionatoria, detta una regola di non poco significato. Condivide l'impostazione della specialità in concreto anche L.CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Novissimo Dig.*, III, Torino, 1959, 1014.

<sup>108</sup> Così, M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 177.

In altri termini, seguendo tale ordine d'idee, si utilizza un indice che non ha nulla a che vedere con il principio di specialità<sup>109</sup>.

Il difetto d'origine della specialità in concreto consiste poi nel presupporre ciò che va dimostrato, e cioè che il concorso di norme deve considerarsi apparente. In effetti, non tutte le volte che ad una medesima condotta possano ricondursi più norme penali si deve aprioristicamente ammettere il concorso apparente dei reati, altrimenti non sussisterebbe l'istituto del concorso formale di reati di cui all'art. 81 c.p. In altre parole, ove convergano più norme verso un medesimo fatto, che non siano in rapporto di specialità unilaterale – la qual cosa esclude di per sé il concorso apparente di norme – è in forza dei ragionamenti che stanno a fondamento dei principi di sussidiarietà e consunzione che si dà per scontata l'esclusione del concorso effettivo di reati<sup>110</sup>.

Del resto, è chiaro che il concetto di specialità in concreto si è reso necessario – sul presupposto di voler ricorrere al solo art. 15 c.p. per dirimere il concorso apparente di norme, – proprio perché il principio di specialità inteso come relazione di natura logico formale fra fattispecie non appare da solo sufficiente a risolvere tutte le ipotesi di concorso apparente di norme.

Al riguardo, emblematici sono i quesiti proposti dalla dottrina che segue la teoria dell'elaborazione della specialità in concreto. Ad esempio, si è posto l'interrogativo se il soggetto, il quale induca altri in errore cagionando un profitto ingiusto con altrui danno attraverso una sostituzione di persona,

---

<sup>109</sup> Per la scelta della fattispecie contenente la sanzione più grave, M. GALLO, *Appunti*, I, cit., 226.

<sup>110</sup> Infatti, non ci si può esimere dall'osservare che gli esempi che provengono dai fautori della specialità in concreto sono tendenzialmente i medesimi riproposti nelle tesi che propugnano la specialità bilaterale o reciproca, o in tema di principio di consunzione. In particolare si veda al capoverso successivo l'esempio degli artt. 501 c.p. e 2628 c.c., o l'esempio del rapporto tra la truffa e l'art. 494 c.p., laddove il rapporto tra art. 640 c.p. altri reati che ne costituiscono il mezzo di attuazione, è una delle ipotesi tradizionali discusse sia in tema di specialità bilaterale, sia in tema di principio di assorbimento. Ciò dimostra che gli autori che seguono la specialità in concreto si rendono ben conto che non tutte le volte che c'è un concorso di norme esso deve considerarsi apparente, bensì solamente ove le fattispecie legali convergenti siano in qualche modo sovrapponibili, cosicché la duplicazione delle sanzioni apparirebbe una violazione del *ne bis in idem*.

realizzi in concorso il delitto di sostituzione di persona – art. 494 c.p. – quello di truffa – art. 640 c.p. – oppure solamente uno dei due.

Accogliendo quest'ultima opzione, sarebbe giocoforza concludere che, sulla base della gravità della pena, dovrebbe prevalere la fattispecie della truffa rispetto a quella della sostituzione di persona.

Un ulteriore caso problematico si presenta nell'ipotesi di un amministratore di una società commerciale che ponga in essere un aggio sui titoli della sua società al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci. Sul punto, sorge questione se fra l'art. 501 c.p. e l'ormai abrogato art. 2628 c.c. prevalga quest'ultima norma, posto che essa appare più idonea a trattare con maggior severità, e quindi in modo più completo il fatto commesso<sup>111</sup>.

In effetti, entrambe le fattispecie avevano come nucleo comune le manovre fraudolente sui titoli, ma, mentre l'art. 501 c.p. richiedeva come elemento specializzante il dolo specifico, e precisamente il fine di turbare il mercato interno, l'art. 2628 c.c. a sua volta si specializzava per la qualità dell'agente, potendo il reato essere commesso solo da soggetti che rivestano determinate qualifiche all'interno della società.

Da quanto si è venuto esponendo, è evidente come in questi esempi non vi è alcuna relazione di specialità tra le norme convergenti a regolare il medesimo fatto concreto. Nondimeno, proprio per rispondere all'esigenza di non moltiplicare il trattamento sanzionatorio, si estende il significato dell'art. 15 c.p. fino a ricomprendervi le situazioni della c.d. specialità in concreto.

In definitiva, l'esigenza di ampliare il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., sorge laddove, da un lato, si escluda l'esistenza di criteri

---

<sup>111</sup> Gli esempi sono di M. GALLO, *Appunti*, I, cit., 223.

ulteriori rispetto a quello di specialità, e, dall'altro, si faccia riferimento proprio alle esigenze sottese a questi principi<sup>112</sup>.

Il risultato è, tuttavia, che le incertezze connaturate ai criteri di sussidiarietà e consunzione, lungi dal venire risolte, si trasmettono anche in sede di applicazione dell'art. 15 c.p. In ultima analisi, sembrerebbe maggiormente coerente ammettere che tale norma regola il principio di specialità inteso nella corretta accezione di specialità in astratto. Ciò non significa, peraltro, che, al di fuori di questo rapporto, ulteriori istanze di equità non possano venire risolte facendo ricorso ad altri criteri.

A fronte di questo contrastato quadro dottrinale, la giurisprudenza, paventando il rischio di un eccessivo allargamento dell'art. 15 c.p., non sembra aver accolto l'elaborazione della specialità in concreto.

Va peraltro sottolineato come il settore ove si riscontra il maggior numero di sentenze nelle quali viene esplicitamente affrontato il problema della specialità in concreto è quello del rapporto fra norme penali e amministrative. In tal senso, si segnala una pronuncia nella quale si è esplicitamente affermato che per non incorrere nel rischio di possibili disparità di trattamento determinate da una delega al giudice in ordine alla valutazione in concreto del criterio di specialità, deve essere ripudiato il principio di specialità c.d. in concreto: una norma è speciale nei confronti di un'altra solo se presenta tutti i requisiti costitutivi di quest'ultima con l'aggiunta di uno o più elementi suoi propri o specializzanti<sup>113</sup>.

Più recentemente, in tema di specialità fra norme penali, va evidenziata una decisione nella quale la Corte di Cassazione ha manifestamente affermato di non poter aderire al c.d. principio della

---

<sup>112</sup> Rifiuta, infatti, l'accoglimento dei criteri di sussidiarietà e consunzione, in quanto vaghi, imprecisi e privi di dati normativi M. GALLO, *op. ult. cit.*, 224. Ciò premesso, tale autore afferma esplicitamente che, in luogo di tali criteri, alla soluzione dei casi in cui potrebbe verificarsi un *ne bis in idem* si deve giungere attribuendo all'art. 15 c.p. un più vasto contenuto rispetto alla mera enunciazione del principio di specialità.

<sup>113</sup> Cass., sez. III, 16.12.1994, in *Giur. it.*, 1995, 329. La pronuncia ha specificato che il principio affermato è valevole sia tra norme penali, sia tra norme penali e amministrative, come nel caso *de quo*.

specialità in concreto, ribadendo che la valutazione del principio di specialità deve essere effettuata non sulla base delle concrete modalità di svolgimento del fatto, bensì su quella di oggettivi parametri normativi<sup>114</sup>.

**2.2.4. Le teorie teleologiche. Cenni in tema di illegittimità costituzionale della norma penale di favore speciale** — Vengono infine in rilievo, sempre in termini generali, le dottrine pluralistiche, che assegnano all'interesse protetto dalle norme convergenti un ruolo fondamentale.

In particolare, si ritiene che il principio di specialità previsto dall'art. 15 (*lex specialis derogat legi generali*) possa essere applicato solo nei confronti di fattispecie che si trovino tra loro in rapporto di specialità unilaterale per cui troverà applicazione soltanto la norma più specifica, che contiene l'elemento specializzante. Le due fattispecie che vengono in considerazione si presenterebbero così come due cerchi concentrici, uno dei quali, quello situato all'interno, corrispondente alla fattispecie speciale<sup>115</sup>.

Un esempio in tal senso si ha nel caso dell'ingiuria rispetto al reato di oltraggio a pubblico ufficiale nella formulazione originaria prevista dall'art. 341 c.p., poi abrogato e riscritto, con modifiche, nell'art. 341-bis c.p., laddove il secondo reato presentava, rispetto al primo, un *quid pluris* costituito dalla qualifica di pubblico ufficiale, elemento specializzante rispetto al chiunque previsto dal primo reato. Analogamente tra il reato di

---

<sup>114</sup> Cass., sez. V, 9.4.1999, in *Cass. pen.*, 2001, 2461. Nella pronuncia in esame, è stato escluso il rapporto di specialità tra l'art. 12 della l. 5 luglio 1990, n. 197 e il delitto di truffa, reputando fra l'altro la Corte «di non poter aderire al principio dell'applicazione in concreto del principio di specialità, che determinando un eccessivo allargamento della relativa nozione, comporterebbe oltretutto il rischio della disparità di trattamento di situazioni oggettivamente identiche, certamente possibile ove restasse delegato all'apprezzamento discrezionale del giudice l'individuazione del criterio anzidetto sulla base non già di oggettivi parametri normativi, ma delle concrete modalità di svolgimento dell'azione delittuosa». Il più recente orientamento delle Sezioni unite, inoltre, interpreta il concetto di «stessa materia» come «stessa fattispecie astratta, stesso fatto tipico di reato nel quale si realizza l'ipotesi di reato» Cass., Sez.Un., 28.10.2010, n. 1963.

<sup>115</sup> Secondo la celebre definizione di F. MANTOVANI, *Concorso*, cit.

appropriazione indebita e quello di peculato, che presenta l'elemento specializzante sempre con riferimento al soggetto attivo (qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio). O ancora tra il reato di omicidio e quello di infanticidio (art. 578 c.p.), o tra il reato di violenza privata e quello di cui all'art. 609-bis c.p., laddove la violenza sessuale è una specie di violenza.

Si ritiene viceversa che lo stesso principio non possa essere utilizzato per risolvere il conflitto tra fattispecie caratterizzate dalla ricorrenza della specialità bilaterale o reciproca: si pensi al rapporto che c'è tra il delitto di percosse di cui all'art. 581 c.p. e quello di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), laddove il primo delitto è speciale rispetto al secondo in relazione alle modalità di maltrattamento (percuotere), mentre il secondo è speciale rispetto al primo in relazione al soggetto passivo.

In tali casi si afferma che, a ben vedere, ci si troverebbe di fronte ad un rapporto che non può essere riconducibile alla specialità prevista dall'art. 15, alludendo tale disposizione alla sola specialità unilaterale, non rintracciabile quando si danno due norme che siano entrambe, per qualche verso, reciprocamente speciali.

Per risolvere queste ipotesi (oltre che quelle del reato progressivo e dell'antefatto e postfatto non punibili su cui v. par. 3.7.4.) ci si richiama dunque ad altri criteri, tutti caratterizzati dalla ricorrenza di "apprezzamenti di valore" e dal riferimento alla linea politico criminale del legislatore, a differenza del principio di specialità che si basa sui rapporti logico-formali tra fattispecie astratte.

Si parla dunque di criterio di sussidiarietà (*lex primaria derogat legi subsidiariae*), in virtù del quale è sussidiaria la norma che tutela uno stadio o grado inferiore di offesa dell'identico interesse che è protetto dalla norma principale, con la conclusione che la norma superiore esaurisce l'intero disvalore del fatto e quindi sarà la sola che troverà applicazione, come

avviene ad esempio nel rapporto tra i reati di atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.) e atti osceni (art. 527 c.p.).

Ci si richiama inoltre al criterio di consunzione o di assorbimento (*lex consumens derogat legi consumptae*), secondo il quale è consumante la norma che comprende in sé il fatto previsto dalla norma consumata, che perciò esaurisce l'intero disvalore dell'azione, perché la commissione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, anche la commissione dell'altro, il quale perciò finisce, tenuto conto dell'unitarietà normativa sociale del fatto, con l'apparire assorbito dal primo. Tutto questo pur in mancanza di quei requisiti strutturali che caratterizzano la relazione da *genus a species*.

Sicché il concorso dovrebbe escludersi non solo quando la commissione di un reato comporti necessariamente la consumazione anche dell'altro, ma altresì quando sia solo ricorrente la consumazione di entrambi i reati in un contesto sociale unitario; sarà da considerare solo apparente il concorso tra due norme relative a un medesimo quadro di vita sociale<sup>116</sup>.

I criteri di valore, così, verrebbero a costituire un principio inespresso, ma non per questo meno diffuso nel corpo normativo, tale da collocare l'attenzione più su di una verifica complessiva della coerenza e logicità del sistema, che sul dato, estrinseco e formale, della positivizzazione di determinati criteri<sup>117</sup>.

Su queste basi, i parametri valoriali permettono di ricostruire i casi di conflitto apparente tra norme, che non appaiono risolvibili con il principio di specialità previsto dall'art. 15 c.p.<sup>118</sup>, quando la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato che assorbe l'intero

---

<sup>116</sup> A. PAGLIARO, voce *Concorso*, cit.; B. ROMANO, *op. cit.*; V.B. MUSCATIELLO, *op.cit.*

<sup>117</sup> B. ROMANO, *op. cit.*, 186; V. B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 428.

<sup>118</sup> L. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 1162 ss.

disvalore della situazione di fatto realizzatasi<sup>119</sup>. Così, la valutazione del fatto si svolge tramite un giudizio di valore, che porta ad escludere il concorso di reati quando, a fronte di due fattispecie criminose, il disvalore di un fatto di reato più grave appare (perché così è avvertito dalla coscienza sociale<sup>120</sup> o comunque perché commesso in un medesimo quadro di vita) idoneo ad assorbire il reato meno grave<sup>121</sup> del quale esaurisce l'offensività. Diversamente, la duplicazione della qualificazione penale condurrebbe ad un ingiusto proliferare delle sanzioni, in netto contrasto con l'istanza di equità che sta alla base del *ne bis in idem* sostanziale<sup>122</sup> - il cui fondamento, lo si ripete, va ravvisato nelle funzioni preventive positive della pena -, il quale fa divieto di punire più volte la stessa persona per un fatto complessivamente considerato indice di un medesimo disvalore.

I suddetti criteri di sussidiarietà e consunzione sono tuttavia stati criticati da altra parte della dottrina in quanto ritenuti privi di fondamento normativo, poiché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude alle clausole di riserva e non invece a tali principi<sup>123</sup>.

Va inoltre aggiunto che i giudizi di valore, laddove utilizzati *tout court*, creerebbero una tendenziale violazione del principio di stretta legalità, in particolare del principio di determinatezza e tassatività, perché farebbero dipendere da valutazioni intuitive e incontrollabili del giudice l'applicazione della norma penale: invero, un'esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento all'ordinamento penale complessivamente considerato, perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per

---

<sup>119</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 433.; L. MASERA, *op. cit.*

<sup>120</sup> D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, cit., 188 ss.

<sup>121</sup> G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 675.

<sup>122</sup> Desumibile, secondo M. ROMANO, *op. cit.*, 187, dagli artt. 15, 68, 84 c.p., in virtù del quale un fatto tipico "unico" non può essere sottoposto ad una valutazione "plurima" alla stregua di diverse fattispecie incriminatrici. (Cfr. Cass., Sez. Un., 9.5.2001, Ndiaye, in *Cass. pen.*, 2002, 653 ss.)

<sup>123</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 361.



stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur determinate, siano applicabili<sup>124</sup>.

Perché una fattispecie possa ritenersi assorbita in una più grave, è poi necessario che la pena prevista per il reato assorbente sia effettivamente irrogabile, in quanto la mancata applicazione in concreto della norma prevalente (non importa per quale ragione, processuale o sostanziale) comporta il venir meno della consunzione, e la ri-applicabilità della norma soccombente; così non è, invece, per le ipotesi di specialità, ove l'astratto concorso della norma speciale e di quella generale nella medesima situazione di fatto basta per escludere definitivamente l'applicabilità della disposizione generale, quali che siano poi le vicende della punibilità della norma speciale.

Le ragioni di tale diversità di disciplina sono evidenti. La norma speciale prevale su quella generale perché regola più da vicino il fatto concreto, e dunque è da reputare più adeguata a rappresentare il disvalore effettivo della condotta: ovvio, allora, che, se la fattispecie speciale non è punibile, non riacquista vigore quella generale, che ha definitivamente perso le proprie possibilità di applicazione quando il legislatore ha deciso di disciplinare più analiticamente la situazione di fatto oggetto della disposizione speciale.

Nei casi di consunzione, invece, le ragioni della mancata applicazione della norma meno grave risiedono soltanto nella necessità di non pronunciare un rimprovero sproporzionato rispetto all'effettivo disvalore della condotta; ma se la norma più grave non può ricevere concreta applicazione, tale preoccupazione perde ragion d'essere, e, per evitare ingiustificabili lacune di tutela, torna valida la norma assorbita (la quale, tra l'altro, anche nei casi di effettiva consunzione, non perde del tutto la propria efficacia, mantenendo rilevanza ai fini, ad esempio, della

---

<sup>124</sup> F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 546 ss.

commisurazione della pena, o dell'attribuzione ai danneggiati dal reato del diritto al risarcimento del danno)<sup>125</sup>.

Con riferimento all'ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale di favore, poi, vengono in considerazione le ipotesi di norme (speciali) che si trovano in *rapporto di specialità* di tipo *sincronico*: rapporto che si instaura fra due norme che *coesistono* nel sistema penale allo stesso tempo.

Viene così in rilievo la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 394 del 2006<sup>126</sup>, laddove, nella visuale sincronica, la relazione fra le norme è presa in considerazione facendo un taglio sull'asse del tempo, e guardando a come esse si presentano in un dato momento agli occhi dell'osservatore, prescindendo dalla loro evoluzione temporale e dai mutamenti che si sono avuti.

Il caso è proprio quello disciplinato a livello positivo dall'art. 15 c.p., dove la norma speciale non toglie vigore alla norma generale, ma ne circoscrive solo l'ambito di efficacia e di applicabilità.

La specialità sincronica non presuppone, tuttavia, che le due norme in relazione di genere a specie siano entrate in vigore contemporaneamente; che si tratti cioè di una specialità "originaria". La specialità sincronica può anche *sopravvenire*: nel senso che la norma speciale si *aggiunge* alla norma generale. La norma speciale non si sostituisce qui a quella generale, sicché il testo legislativo da cui si ricava la norma generale non viene espunto dall'ordinamento giuridico vigente.

In questa ipotesi, in cui appunto l'enunciato legislativo non viene eliminato dall'ordinamento, ma si ha in pratica l'introduzione di una norma speciale senza l'eliminazione della corrispondente norma generale. La norma speciale sottrae la disciplina di alcuni tipi di fatti, prima puniti

---

<sup>125</sup> L. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit.

<sup>126</sup> Sulla quale, v. V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1614 ss.

attraverso la norma generale; quest'ultima, comunque, continua a sanzionare quella parte della classe di fatti che oggi non ricade nell'area della norma speciale. In definitiva, si può affermare che qui la norma speciale successiva non abroga la norma generale antecedente, bensì la *deroga*: ossia ne restringe il campo di applicazione.

La Corte nella sua decisione affronta in modo ampio e articolato il problema relativo all'efficacia delle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma penale di favore nel giudizio *a quo*.

In proposito, conviene tuttavia distinguere tra le norme originariamente *sincroniche* e le norme in cui la sincronia è soltanto *sopravvenuta*.

Nel primo caso (*relazione di specialità sincronica originaria*), in cui le norme sono entrate in vigore simultaneamente, se la norma di favore speciale consiste in una *norma speciale incriminatrice*, che prevede un trattamento penale di favore per una certa classe di condotte o di soggetti, tale norma di favore deve essere necessariamente ancora applicata a tutti i fatti commessi prima della sentenza costituzionale di accoglimento: e dunque anche nel giudizio *a quo*.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma (speciale) non ha qui efficacia retroattiva, non impedisce ai giudici di applicare egualmente la norma annullata ai fatti verificatisi durante la sua vigenza. Deve ritenersi, quindi, circoscritta l'efficacia spettante alle pronunce di incostituzionalità rispetto a fatti commessi sotto l'impero della norma penale di favore. La regola della inapplicabilità delle leggi dichiarate incostituzionali (art. 136 Cost., art. 30 l. n. 87 del 1953) subisce insomma una deroga in forza del principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma

2, Cost.<sup>127</sup> – in base al quale spettano solo al Parlamento sovrano le scelte *sul se, sul cosa, sul come e sul quando punire*.

Invero, a differenza dell'ipotesi in cui la norma penale di favore sia costituita da una norma che introduce una causa di giustificazione o di non punibilità, ed è quindi esclusa la possibilità di punire penalmente la classe delle condotte ad esse riconducibili, in questo caso le condotte prese in considerazione dalla norma speciale sono penalmente rilevanti, anche se punite in maniera più mite rispetto alla norma incriminatrice generale.

Non si giustificherebbe in questa ipotesi l'assoluzione del reo, *ex art.* 530 c.p.p., con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato": sul doppio presupposto della operatività *ex tunc* dell'annullamento costituzionale della norma penale di favore, e del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Il fatto commesso dall'agente era astrattamente punibile anche in base alla norma incriminatrice generale, che *illo tempore* non si applicava per la regola della prevalenza della norma speciale ai sensi all'art. 15 c.p. Al reo deve quindi essere applicata la norma penale speciale favorevole, nonostante il suo annullamento.

---

<sup>127</sup> Se invece la norma di favore speciale consiste in una *causa di giustificazione* o in una *causa di esclusione della punibilità*, occorre considerare - da una parte - che il comportamento posto in essere dall'agente non era al tempo della sua realizzazione assoggettabile ad alcuna sanzione criminale; e - dall'altra - che l'annullamento della norma di favore da parte della Corte non potrebbe condurre all'applicazione retroattiva della norma (generale) incriminatrice, a fatti che, quando sono avvenuti, non erano soggetti alla disciplina meno favorevole (artt. 2, comma 1, c.p., 25, comma 2, Cost.).

Sicché, non comportando la pronuncia di incostituzionalità alcun rischio per le garanzie che in materia penale sono assicurate al cittadino dal principio di irretroattività *ex art.* 25, comma 2, Cost. (essere assoggettato a pena, o a pena più severa, per un fatto che al tempo della sua commissione risultava penalmente lecito o soggetto a pena più mite), non vi è qui alcun bisogno di porre un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima: l'annullamento della norma opera pienamente *ex tunc*, secondo quanto disposto dall'art. 30 l. n. 87 del 1953: "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

Pertanto, la norma penale di favore annullata non può essere più applicata in alcun caso: né nel giudizio *a quo*, né tanto meno a qualsiasi altro fatto verificatosi anteriormente alla pronuncia della Corte allorquando la norma era ritenuta valida.

Per ciò che concerne il giudizio *a quo*, cambia la formula di proscioglimento: l'assoluzione non viene più fondata, *ex art.* 530 c.p.p., sulla liceità ("perché il fatto non costituisce reato") o sulla non punibilità della condotta ("perché il reato è stato commesso da persona non punibile") per la presenza di una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità, bensì si basa sulla mancata corrispondenza del fatto storico a qualsivoglia astratta fattispecie incriminatrice ("perché il fatto non è previsto dalla legge come reato"), in ossequio alla regola di cui all'art. 2, comma 1, c.p. (divieto di applicazione retroattiva delle nuove incriminazioni), che trova il suo diretto riconoscimento nel principio di irretroattività della norma penale sfavorevole (art. 25, comma 2, Cost.).

Peraltro, va segnalato che non sempre, in relazione alle norme originariamente sincroniche, si pone il problema di distinguere (come vedremo dopo per le norme sincroniche sopravvenute) i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma penale di favore, da quelli posti in essere durante la sua vigenza. Infatti, essendo *coeve* le due norme incriminatrici è possibile che i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma speciale di favore non fossero penalmente rilevanti. Dunque nella ricorrenza di tale ultima ipotesi, il giudizio *a quo* si occuperà necessariamente di fatti commessi sotto l'impero di entrambe le norme: quella generale e quella speciale.

Nel restante caso (*rapporto di specialità sincronica sopravvenuta*), essendo sfalsata l'entrata in vigore della norma penale di favore rispetto alla norma incriminatrice generale, si profila la questione di distinguere l'ipotesi in cui i fatti sono commessi *prima* dell'entrata in vigore della norma *de qua*, da quelli posti in essere in *concomitanza* con l'efficacia temporale di essa.

Quanto a fatti realizzati *durante la vigenza* della norma speciale di favore, analoga soluzione s'impone qui come per le norme originariamente sincroniche: l'annullamento della norma di favore avente natura di *norma incriminatrice speciale di favore* deve essere delimitato nei suoi effetti *ex tunc*, per non violare il principio costituzionale di irretroattività della norma penale sfavorevole. La norma incriminatrice di favore si applica, dunque, ai fatti commessi sotto il suo impero<sup>128</sup>.

Riguardo ai fatti commessi *prima* dell'entrata in vigore della norma penale di favore nell'ipotesi di specialità sincronica sopravvenuta, non opera la garanzia del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole all'agente. Il comportamento è stato posto in essere durante la vigenza della sola norma incriminatrice generale meno favorevole, che

---

<sup>128</sup> Se invece viene annullata una norma avente natura di *causa di giustificazione o di causa di esclusione della punibilità* si ripercuote sulla scelta della formula di proscioglimento, che deve fondarsi sul comma 1 dell'art. 2 c.p. e non sulla disposizione di favore annullata.

appunto *illo tempore* costituiva, per l'agente, la legge penale in base alla quale calcolare le conseguenze giuridico-penali della sua condotta.

L'annullamento della norma penale di favore conduce, pertanto, all'applicazione della norma incriminatrice generale meno favorevole, vigente al tempo del commesso reato. A meno che non si ritenga che pure il *principio di retroattività della norma penale più mite* trovi copertura costituzionale nell'art. 25, comma 2, Cost.

Infatti, nel caso in cui si riconosca la diretta rilevanza costituzionale di tale principio ai sensi dell'art. 25 Cost., si dovrebbe qui sacrificare il dato che la norma penale di favore sopravvenuta è invalida perché contraria alla Costituzione, e continuare ad applicarla retroattivamente in relazione a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore; ma anche accaduti prima della sua definitiva estromissione dall'ordinamento giuridico a seguito della sentenza di accoglimento: cosiddetti "fatti pregressi" rispetto al tempo della pronuncia della Corte.

La Corte, in linea con il suo costante orientamento, *esclude* che il *principio di retroattività della lex mitior* - che trova la sua base normativa nell'art. 2 c.p.- *sia stato costituzionalizzato all'art. 25, comma 2, Cost.*, mentre individua il suo *fondamento* costituzionale nel *principio di uguaglianza* (art. 3 Cost.), "che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice". Sicché, a differenza del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole assolutamente inderogabile, il principio in questione deve ritenersi suscettibile di *deroghe legittime sul piano costituzionale*, allorché esse siano sostenute da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

In particolare, osserva la Corte che "il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in

quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima. (...) La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti; ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali (...) non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa"<sup>129</sup>.

**3.1. La norma prevalente: la posizione della dottrina** — Una volta riconosciuta la natura apparente del concorso, occorre ricercare la norma da applicare (la norma prevalente).

L'art. 15 c.p. stabilisce che di regola, e fatto salvo l'inciso finale, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale.

Al riguardo, è scontato sottolineare come la diversità di impostazioni dottrinali in ordine al principio di specialità si riverberi sull'interpretazione dell'art. 15 c.p. anche sotto il profilo della scelta della norma prevalente.

Come si vedrà di qui a breve, nel caso di norme in rapporto di specialità unilaterale, la soluzione è abbastanza agevole, nel senso che sarà

---

<sup>129</sup> Tale posizione è sostanzialmente ribadita dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 236 del 2011. Il tema esula dalla presente indagine, tuttavia può essere precisato che la Corte Costituzionale implementa il rango della retroattività favorevole alla luce dell'art. 7 Cedu, ma non riesce ad attingere alle reali ragioni costituzionali interne che impongono una ricostruzione della *lex mitior regel* assumendo gli scopi della pena costituzionalmente presidiati a fondamento del sistema penale, dei suoi principi di riferimento e delle stesse categorie dommatiche aventi funzione esplicativa dei presupposti della punibilità, e ricostruendo in chiave positivo-integratrice i profili preventivi delle finalità della sanzione penale, secondo scansioni di tipo struttural/funzionalistico; così, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, cit.

applicabile la sola norma che presenta gli elementi specializzanti, così come ribadito dallo stesso art. 15 c.p.

In via generale, infatti, una volta riconosciuto che l'art. 15 c.p. si applica ai casi in cui fra norme sussiste una relazione astratta di specialità unilaterale, la scelta della disposizione prevalente non può che indirizzarsi verso quella avente una formulazione speciale, contenente gli elementi costitutivi di quella generale e, in più, uno o più elementi specializzanti<sup>130</sup>. In questa prospettiva, non essendo necessario, ai fini della sussistenza di un rapporto di specialità fra norme, alcun giudizio di valore, ciò che conta è soltanto la specialità di una fattispecie rispetto ad un'altra, a prescindere dal fatto che la norma speciale preveda una sanzione più o meno grave<sup>131</sup>.

In alcuni casi, come la dottrina unanimemente rileva, sono di ausilio le c.d. clausole di riserva (es. “fuori dei casi indicati nell'articolo ...”; “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”; “fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge”; etc.), a condizione che non pongano esse stesse problemi interpretativi<sup>132</sup>.

In particolare vi sono ipotesi caratterizzate dalla presenza di clausole di riserva determinate, in cui è espressamente specificato che una fattispecie di reato (cosiddetta sussidiaria) trova spazio solo ed esclusivamente quando non si applica un'altra ben individuata (cosiddetta sussidiata), come accade ad esempio per l'art. 595 c.p. in relazione all'art. 594 c.p.

In realtà, problemi interpretativi, pur se di diverso tipo, possono sorgere anche in questi casi qualora sia incerto quali comportamenti esulino dalla norma sussidiata, così da poter rientrare in quella sussidiaria. Esempio è la questione relativa ai rapporti tra truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 bis c.p.* ed indebita

---

<sup>130</sup> In tal senso, M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 180.

<sup>131</sup> L. MASERA, *op. cit.*

<sup>132</sup> G.L. FANULI- A. LAURINO, *op. cit.*, 609 ss.



percezione di erogazioni a danno dello Stato *ex art. 316-ter c.p.*, fattispecie quest'ultima contenente la clausola “salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 *bis*”.

Più problematici, a causa dell'eccessiva discrezionalità, sono i casi di clausole relativamente indeterminate, in cui si fa rinvio ad alcuni reati non specificamente individuati, come nell'espressione “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato” contenuta nell'art. 323 c.p.

La questione diviene ancora più complessa per le clausole assolutamente indeterminate, in cui il legislatore si limita ad affermare l'applicabilità della norma con formule del tipo “sempre che il fatto non costituisca altro reato” (come nel caso di violazione di corrispondenza *ex art. 616 c.p.*).

Nei casi di specialità reciproca, infine, il problema diventa cruciale, fino a coincidere con il tema generale, laddove manchi la clausola di riserva o la stessa non possieda efficacia risolutiva; in questi casi, viene proposto da taluni il ricorso ai soli criteri di valore<sup>133</sup>, che solitamente impongono l'applicazione del trattamento penale più severo<sup>134</sup>.

Altri<sup>135</sup> ritengono che debba prevalere la norma collocata in una legge speciale rispetto a quella contenuta nella legge generale (ad es. codice penale); oppure, quella che contiene una specificazione del soggetto attivo, o ancora ricorrendo ad una scelta in termini qualitativi tra gli indici di specialità, fissando priorità che orientino la scelta in favore della norma che contiene l'elemento gerarchicamente più rilevante.

**3.2.1. La norma prevalente: lo stato della giurisprudenza. Il restrittivo indirizzo “stesso fatto e stesso bene”** – Va premesso che la giurisprudenza in tema di concorso apparente è caratterizzata da una

---

<sup>133</sup> G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 672.

<sup>134</sup> Tale criterio avrebbe valore indicativo per F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 58.

<sup>135</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 134 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 361.

estrema instabilità, che ostacola la possibilità di pervenire ad una lineare ricostruzione sistematica. I variegati indirizzi giurisprudenziali saranno raggruppati nei filoni più caratterizzanti, con la preliminare avvertenza che nessuno di essi appare superato, in quanto anche nelle pronunzie più recenti è dato cogliere il richiamo ora all'uno, ora all'altro, con moti oscillatori che suscitano perplessità.

In molti casi, chiaramente riferibili al rapporto di specialità unilaterale, si fa uso del principio di specialità, con conseguente applicazione della norma ritenuta più specifica<sup>136</sup>; così, in tema di rapporti tra la truffa e la fraudolenta distruzione della cosa propria (art. 642 c.p.), va riconosciuta la specialità di quest'ultimo reato.

Allo stesso modo, il reato di sequestro di persona è stato ritenuto speciale rispetto al reato di violenza privata<sup>137</sup>, così come l'associazione di tipo mafioso rispetto all'associazione a delinquere<sup>138</sup>.

L'indirizzo più restrittivo richiede, oltre al requisito di specialità tra le fattispecie incriminatrici, anche quello valutativo dell'identità o omogeneità del bene giuridico protetto. In tal modo si restringe palesemente l'ambito del concorso apparente, in quanto lo si esclude nonostante la sussistenza del rapporto di specialità. Il richiamo insistito all'oggettività giuridica quale criterio di soluzione del concorso di norme, integrato da un'analisi degli elementi di fatto, prevale soprattutto nei casi di specialità reciproca; quando la giurisprudenza non ravvisa tale identità di oggetto giuridico, conclude, non di rado in modo sbrigativamente assertivo, per la sussistenza del concorso effettivo di reati, richiamandosi variamente

---

<sup>136</sup> Cfr. tra le tante Cass., 13.11.2003, in Cass. pen., 2005, 1257; Cass., 10.5.1997, Musso, *C.E.D. Cass.*, n. 207438.

<sup>137</sup> Cass., 21.9.1999, Barbieri, *C.E.D. Cass.*, n. 215106.

<sup>138</sup> Cass., 6.6.1992, Bruno, *Giur. it.* 1993, II, 198.

ai principi di sussidiarietà o di assorbimento per poi negarne l'applicazione<sup>139</sup>.

Nella giurisprudenza più recente, l'indirizzo che richiama valutazioni relative al bene giuridico, un tempo assolutamente prevalente, sta perdendo terreno, come si vedrà, rispetto agli altri orientamenti (specie quello c.d. strutturale).

Tra le pronunzie ad esso riconducibili, è possibile ricordare quella<sup>140</sup> secondo cui non sussiste rapporto di specialità tra le disposizioni di cui agli artt. 455 c.p. (spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate) e 648 *bis* c.p. (riciclaggio), atteso che le norme tutelano beni giuridici diversi: la prima tutela la regolare circolazione della moneta e la credibilità degli istituti di emissione; la seconda tutela il patrimonio e l'ordine economico. Ed ancora, sempre nella medesima prospettiva, è stato

---

<sup>139</sup> Lungo questo filone interpretativo si sono mosse: Cass., sez. un., 21.4.1995, La Spina, in *Cass. pen.* 1995, 58, e Cass., sez. un., 29.10.1997, Deutsch, *Cass. pen.* 1998, 1331, che si richiamano entrambe, in modo abbastanza apodittico, al criterio dell'oggetto giuridico (va precisato che non è stata la problematica attinente al concorso apparente di norme quella che ha determinato l'intervento delle sezioni unite, in tutti i casi chiamate in realtà a dirimere contrasti di altra natura, anche se le motivazioni contengono interessanti affermazioni in tema di interpretazione dell'art. 15). Nella sentenza La Spina, dovendo valutare se la punibilità del reato, ora abrogato, di guida di autoveicoli con patente sospesa è esclusa, per effetto del principio di specialità, dall'art. 108 della l. n. 689 del 1981 (secondo cui la violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà controllata determina la sostituzione di questa con la pena detentiva), quando il fatto è commesso da soggetto la cui patente sia stata sospesa, in base alla disciplina della libertà controllata, la suprema Corte afferma che il concorso disciplinato dall'art. 15 si verifica quando "più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia". Perché, quindi, si verifichi il concorso (con la conseguente necessità di individuare la norma speciale che deroga a quella generale), è necessaria in primo luogo, prosegue la Suprema Corte, l'identità della natura delle norme, che devono essere, tutte, norme penali; in secondo luogo — ed è questo il punto che interessa la presente trattazione — è necessaria l'identità dell'oggetto di tali norme, che devono regolare, tutte, "la stessa materia": devono essere, perciò, caratterizzate dall'identità del bene alla cui tutela sono finalizzate. La Corte conclude per l'insussistenza, nella specie, di entrambi i presupposti, e quindi per la punibilità del soggetto per il reato di guida con patente sospesa. Nella sentenza Deutsch, occorre stabilire se l'art. 2 della l. 18 gennaio 1994, n. 50, nel determinare la pena per il contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore a quindici chilogrammi, configuri una circostanza aggravante del reato di contrabbando semplice previsto dall'art. 282 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 ovvero un'ipotesi di reato autonomo. La pronuncia disattende l'interpretazione che porta a ritenere la natura circostanziale della norma di cui all'art. 2 citato, che presenterebbe due « elementi specializzanti » rispetto alla fattispecie generale, ossia l'oggetto del contrabbando (tabacco estero) e la quantità minima (quindici chilogrammi). La Corte propende invece per un'analisi in termini di oggettività giuridica, affermando la diversità degli interessi tutelati: mentre l'interesse tutelato dalla legge doganale — d.P.R. n. 43 del 1973 — attiene direttamente alla potestà tributaria dello Stato connessa alla percezione dell'imposta di confine, la l. n. 50 del 1994 intende salvaguardare il pagamento dei diritti di monopolio e del prezzo dovuto all'amministrazione dei monopoli. Pertanto, secondo la Corte, tra le norme a confronto sussiste concorso effettivo di reati, con applicazione del comma 1 dell'art. 81 c.p.

<sup>140</sup> Cass., 12.6.2008 n. 25773, *C.E.D. Cass.* n.24144.

affermato<sup>141</sup> che va escluso il concorso di norme tra il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, previsto dall'art. 513 *bis* c.p. e quello di estorsione, trattandosi di norme con diversa collocazione sistematica e preordinate alla tutela di beni giuridici diversi<sup>142</sup>

Va poi ricordata una sentenza del 2008<sup>143</sup>, che ha ribadito il consolidato indirizzo secondo cui il reato di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti concorre con quello di associazione di tipo mafioso. Ciò in quanto i due reati si distinguono nettamente sia perchè le previsioni incriminatrici sono finalizzate alla tutela di beni giuridici diversi (la tutela della salute nel primo caso, l'ordine pubblico nel secondo), ma anche sotto il profilo della tipicità essendo l'associazione di tipo mafioso (o camorristico) caratterizzata dal metodo mafioso assente nell'altro reato associativo, il quale contiene un elemento specializzante rispetto alla natura indeterminata dei reati fine di cui all' art. 416-*bis* c.p. Con la conseguenza che fra le predette norme incriminatrici esiste un rapporto di specialità reciproca che non consente l'applicazione dell' art. 15 c.p.

Infine, sembra potersi annoverare all'indirizzo in esame – nonostante alcuni richiami a concetti propri dell'indirizzo strutturale – anche Cass., sez. un., 29 novembre 2005, n. 3087<sup>144</sup>, che ha riconosciuto il concorso del reato di commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi da

---

<sup>141</sup> Cass., sez. II, 10.12.2008 n. 46992, *C.E.D. Cass.* n. 242301.

<sup>142</sup> Si segnala, poi, Cass. sez. III, 9.10.2008, n. 43192, *C.E.D. Cass.* n. 241535, secondo cui, in tema di reati contro l'industria ed il commercio, è configurabile il concorso tra il reato di frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.) e quello di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.), in quanto gli stessi hanno una diversa obiettività giuridica costituita, per il primo, dalla consegna di *aliud pro alio* con conseguente violazione del leale esercizio dell'attività commerciale e, per il secondo, dalla sola vendita o messa in circolazione del prodotto, indipendentemente dalla consegna, con conseguente violazione dell'ordine economico che deve essere garantito contro gli inganni tesi al consumatore; Cass. sez. III, 16.5.2007 n. 22850, *Guida dir.*, 2007, 34,66, secondo cui non vi è concorso tra il reato di maltrattamenti e quelli di ingiuria, percosse e minacce in cui si concretano eventualmente i singoli atti di maltrattamento, trattandosi di condotte che offendono tutte lo stesso bene giuridico, ossia l'integrità psicofisica del soggetto passivo. Per converso, sempre esemplificando, in ragione della diversità del bene giuridico tutelato, concorrono con quello di maltrattamenti i reati di sequestro di persona, di riduzione in schiavitù e di violenza sessuale.

<sup>143</sup> Cass., 29.1.2008, n. 12349, in *Cass. pen.* 2008, 4294.

<sup>144</sup> Pubblicata in *Guida dir.* 2006, n. 13, 101.

farmacie e dispensari autorizzati (art. 9, comma 7, l. 14 dicembre 2000 n. 376) con quello di ricettazione (art. 648 c.p.), giacché trattasi di fattispecie diverse dal punto di vista strutturale (il reato di commercio illecito, infatti, può essere realizzato anche da chi, dopo essere lecitamente entrato in possesso del prodotto dopante, si induca poi a cederlo illecitamente ad altri, ossia è integrabile con condotte acquisitive non ricollegabili a un delitto), che tutelano beni giuridici non omogenei (il commercio illecito è finalizzato a tutelare la salute di coloro che partecipano alle manifestazioni sportive; la ricettazione, invece, è posta a tutela di un interesse di natura patrimoniale).

La medesima pronunzia, peraltro, ha affermato che tra il reato di commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi da farmacie e dispensari autorizzati (art. 9, comma 7, l. 14 dicembre 2000 n. 376) e quelli di cui agli art. 348 c.p. (esercizio abusivo della professione di farmacista) e 445 c.p. (somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica) sussiste un rapporto di specialità, atteso che colui che, senza essere in possesso della prescritta abilitazione professionale, commercia farmaci e sostanze dopanti esercita abusivamente, attraverso la medesima condotta, la professione di farmacista, e, qualora le sostanze medicinali vengano commerciate in specie, qualità o quantità non corrispondenti alle ordinazioni mediche, pone in essere il medesimo comportamento sanzionato dal citato articolo 445 c.p.

**3.2.2. (segue)...l'approccio delle teorie naturalistiche** – Anche le teorie naturalistiche hanno avuto un discreto seguito nella giurisprudenza. Seguendo questa impostazione è stato infatti affermato<sup>145</sup> che il delitto di

---

<sup>145</sup> Cass., 29.11.2000, Maranan, *Cass. pen.* 2002, 2787, con nota di A. D'AMBROSIO, *Sul concorso formale della violenza sessuale con i maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*. Pienamente conforme: Cass., sez. III, 24.6.2004, n. 35849, *Cass. pen.* 2006, 965. Nello stesso senso: Cass. 13.5.2003, Castellano, *Guida dir.* 2003, n. 43, 70, in cui è stato peraltro specificato che il concorso tra gli anzidetti reati è possibile solo nel caso-limite in cui la condotta dell'agente non si esaurisca nel compimento di condotte di

violenza sessuale continuata non concorre formalmente con quello di maltrattamenti in famiglia, atteso che anch'esso è caratterizzato da un dolo unitario e programmatico, né il concorso tra i due reati può essere giustificato dalla loro diversa obiettività giuridica, trattandosi di criterio estraneo alla configurazione codicistica del principio di specialità. Nella motivazione la Corte, ponendo la questione relativa alla possibilità che una stessa condotta fattuale possa integrare contemporaneamente il reato di violenza sessuale e di maltrattamenti, la risolve negativamente poiché il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. esclude il concorso formale di reati apparentemente integrati da una stessa fattispecie materiale quando un reato è tipicamente configurato come speciale rispetto ad un altro (nel caso di specie il delitto di violenza sessuale è stato ritenuto speciale rispetto al generico delitto di maltrattamenti).

Allo stesso filone hanno aderito anche le Sezioni Unite<sup>146</sup>, secondo cui allorché siano contestate, in relazione al medesimo reato, le circostanze aggravanti di aver agito sia al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, sia per motivi abietti, le due circostanze concorrono solo se quella comune, nei termini fattuali della contestazione e dell'accertamento giudiziale, risulta autonomamente caratterizzata da un *quid pluris* rispetto alla finalità di consolidamento del prestigio e del predominio sul territorio del gruppo malavitoso.

**3.2.3. (segue)...l'indirizzo strutturale** – L'indirizzo maggiormente seguito nella giurisprudenza, almeno formalmente (in quanto, come si vedrà, caratterizzato pur sempre da valutazioni politico criminali e da una certa commistione terminologica), è tuttavia quello strutturale.

---

violenza sessuale ma si sostanzia in una serie di atti tesi a determinare nella persona offesa, anche — ma non solo — attraverso la violenza sessuale, uno stato abituale di vita caratterizzata da sofferenze fisiche e psichiche, tali da distruggerne o mortificarne seriamente la dignità.

<sup>146</sup> Cass., sez. un., 18.12.2008, n. 337, *C.E.D. Cass.*, n. 241577.

In particolare, la Suprema Corte<sup>147</sup> ha stabilito che, nel concorso apparente di norme, la diversità degli interessi tutelati è di per sé inidonea ad affermare l'esistenza del concorso reale di reati: il riferimento normativo alla stessa materia non può significare identità del bene giuridico, sia per la equivocità e improprietà della terminologia rispetto alla nozione che avrebbe dovuto esprimere, sia perché resterebbero esclusi dall'ambito di operatività del concorso apparente di norme casi che sono ad esso sicuramente riconducibili, come ad esempio la specialità della fattispecie di violenza carnale rispetto a quella di violenza privata. In realtà, si prosegue, il concorso apparente presuppone un medesimo fatto, che è l'imprescindibile termine di paragone delle norme confliggenti: nella specie, si conclude, i fatti furono realizzati con azioni diverse, distinte anche nel tempo, e pertanto non è configurabile l'assorbimento, per specialità, della fattispecie di cui all'art. 326 c.p. in quella di cui all'art. 684 c.p.

Specialmente negli ultimi tempi, a seguito di taluni interventi delle Sezioni Unite<sup>148</sup>, la giurisprudenza di legittimità sembra essersi più chiaramente ispirata alla prospettiva strutturale. Così, in tema di concorso tra ricettazione (art. 648 c.p.) e commercio di prodotti con segni falsi (art.

---

<sup>147</sup> Cass., sez. un., 28.11.1981, Emiliani, *Cass. pen.*, 1982, 432, e Cass., sez. un., 6 luglio 1990, De Candia, *Foro it.* 1991, II, 85.

<sup>148</sup> Cass., sez. un., 9.5.2001, Ndiaye, *Cass. pen.* 2001, 3019, con nota di E. 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*. Sicuramente degna di nota, in tale ottica, appare la sentenza della Corte (Cass., sez. un., 13.12.2000, Sagone, *Cass. pen.* 2001, 2054, con nota di M. MUSCO, *L'« abolitio criminis » dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 comma 1 l. n. 516 del 1982: la svolta delle Sezioni unite in tema di successione di leggi penali*) che, seppur pronunciata con riferimento alla diversa materia della successione di norme penali, sembra privilegiare in modo netto l'anzidetto approccio strutturale. La Corte, nell'affermare che in tema di reati tributari, tra la contravvenzione di omessa presentazione delle dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto, già prevista dall'art. 1, comma 1, d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito con l. 7 agosto 1982, n. 516, ed il delitto di omessa dichiarazione, introdotto dall'art. 5 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non sussiste, stante la disomogeneità strutturale fra le due fattispecie, alcuna continuità di illecito (con conseguente abrogazione delle condotte sanzionate dalla contravvenzione predetta per effetto del combinato disposto degli artt. 25 d.lgs. n. 74 del 2000 e 2 comma 2 c.p.) sembra segnare una svolta ermeneutica. Ciò in quanto per la prima volta su detto versante abbandona il criterio di « combinare » teorie tra loro contrapposte, prendendo posizione, in modo netto, a favore di quell'impostazione teorica che procede ad un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, rifuggendo totalmente dall'analisi del fatto storico (M. MUSCO, *L'« abolitio criminis »*, cit., 2059).

474 c.p.), la Suprema Corte ha affermato, procedendo anche ad un'analisi di tipo strutturale ed operando un confronto tra i singoli elementi componenti le due fattispecie, che i due delitti possono concorrere, atteso che le fattispecie incriminatrici descrivono condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico.

Ma il più significativo arresto giurisprudenziale nella prospettiva strutturale è la recente pronuncia con cui le Sezioni Unite<sup>149</sup>, nell'affrontare alcune questioni relative ai rapporti tra il reato di ricettazione ed altre fattispecie criminose che sanzionano l'utilizzo, a ricezione avvenuta, delle cose di provenienza illecita (e concludendo per il concorso reale tra le due fattispecie), ha colto l'occasione per prendere posizione sulla materia del concorso di norme.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, più precisamente, sono state chiamate a delineare i controversi rapporti tra il delitto di ricettazione previsto dall'art. 648 c.p. e gli illeciti penali ed amministrativi previsti dagli artt. 171-*ter* e 174-*ter* l.d.a. finalizzati alla repressione della circolazione di supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali (illecitamente duplicati o comunque con contrassegno SIAE mancante o contraffatto). In particolare, ci si è chiesti se nell'ipotesi di detenzione di supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali "piratati" concorra con il reato previsto dall'art. 171-*ter* l.d.a. il delitto di ricettazione previsto dall'art. 648 c.p., oppure l'illecito punitivo amministrativo - introdotto dall'art. 16 l. 18 agosto 2000, n. 248, successivamente abrogato dall'art. 41 d.lg. 9 aprile 2003, n. 68 e sostituito dall'art. 28 modificativo dell'art. 174-*ter* l.d.a - previsto dall'art. 174-*ter* l.d.a.

La pronuncia, rifacendosi ai principi enunciati dalle stesse Sezioni unite nel 2001 Ndiaye a proposito dell'analoga questione relativa ai rapporti

---

<sup>149</sup> Cass., Sez.un., 20.12.2005, n. 47164, *Cass. pen.* 2006, 861, con nota di E. SVARIATI e di F. CINGARI.



tra gli artt. 474 e 648 c.p., ha affermato che tra le fattispecie previste dagli artt. 648 c.p. e 171-*ter* l.d.a. non può sussistere concorso apparente di norme, in quanto non è configurabile un rapporto di *genus* a *species* tra le condotte tipiche.

Ed invero, da punto di vista logico-normativo, la condotta di acquisto (ricezione) descritta dalla fattispecie prevista dall'art. 648 c.p. e quella di detenzione descritta dall'art. 171-*ter* l.d.a. sono eterogenee ed non riconducibili ad un rapporto di *species* a *genus*.

In primo luogo, la condotta di acquisto (ricezione) non può essere considerata speciale rispetto a quella di detenzione, in quanto avendo natura istantanea si perfeziona cronologicamente prima e a prescindere dalla sussistenza del requisito della persistenza temporale indispensabile invece per il perfezionarsi di quella di detenzione che ha natura permanente.

Inoltre, la condotta di acquisto (ricezione) prevista dall'art. 648 c.p. non può essere considerata una *species* di quella di detenzione prevista dall'art. 171-*ter* l.d.a., in quanto mentre la prima assume rilevanza solamente se è finalizzata alla vendita, e quindi se assume connotati tali da rivelare tale intenzione del soggetto agente, la seconda rileva a prescindere da tali connotati e finalità.

Peraltro, neppure la condotta di detenzione potrebbe essere considerata speciale rispetto a quella di acquisto, in quanto mentre la prima rileva anche se il soggetto agente non è consapevole della natura illecita del bene al momento dell'acquisto, la seconda rileva solamente in presenza di tale consapevolezza.

Così, le Sezioni Unite prendono posizione sul concorso di norme riaffermando il principio secondo cui le questioni poste dall'art. 15 c.p. vanno risolte mediante un raffronto strutturale delle fattispecie considerate, ma negando qualsiasi fondamento normativo ai criteri di assorbimento e di

consunzione. Ciò in quanto l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. Inoltre, i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale. Del resto, l'esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento all'ordinamento penale complessivamente considerato, perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili. È vero che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie. Ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura delle fattispecie.

Al di là delle perplessità di ordine generale circa l'utilizzabilità dei criteri di valore, è stato anche osservato come il criterio della consunzione (o assorbimento) non possa comunque venire in considerazione nei rapporti tra le fattispecie descritte dagli artt. 648 c.p. e 171-*ter* l.d.a., atteso che l'acquisto di supporti illecitamente riprodotti non può essere considerato un

antefatto non punibile del delitto previsto dall'art. 171-*ter* - l.d.a., in quanto quest'ultimo reato, essendo sanzionato meno, gravemente non è in grado di assorbire il disvalore dell'altro. E neppure si può considerare la detenzione di supporti un postfatto non punibile dell'acquisto, innanzitutto, in quanto ciò finirebbe per paralizzare l'applicazione proprio della fattispecie più dettagliata e che descrive il comportamento più offensivo per gli interessi in gioco. In secondo luogo, in quanto si giungerebbe a risultati applicativi iniqui ed irragionevoli per cui colui che acquista in buona fede e successivamente inizia a detenere nella consapevolezza della natura illecita dei supporti andrebbe incontro ad una sanzione meno grave (reclusione fino a tre anni) rispetto a colui che consapevole della illiceità dei suddetti supporti li acquista e li detiene, che rischierebbe di essere punito ai sensi dell'art. 648 c.p. con la reclusione fino ad otto anni.

Progredendo nell'analisi, le Sezioni unite sottolineano, tuttavia, come, l'art. 16 della l. n. 248 del 2000 non definisce l'ambito di applicazione dell'illecito amministrativo - in rapporto agli artt. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinquies*, 171-*septies* e 171-*octies* della l. n. 633 del 1941 - e come la norma parli di concorso *nei reati* e non di concorso *con i reati*; dichiarano che, ai fini della definizione dell'ambito di applicazione dell'illecito amministrativo nella vigenza della l. n. 248 del 2000, nessuna valenza può essere riconosciuta, dal punto di vista interpretativo, alla circostanza che la successiva modifica legislativa (d.lg. 9 aprile 2003, n. 68) abbia sostanzialmente sostituito la particella *nei* con la particella *con* perché non solo ciò comporta una estensione dell'ambito di illiceità penale del fatto (che, quindi, non può essere applicata ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore), ma in più impone una condizione ulteriore di applicabilità dell'illecito amministrativo che ne restringe l'ambito applicativo. L'argomento è che sia la ricettazione che il 174-*ter* hanno delle clausole di riserva e non si applicano quando vi sia concorso nel reato

presupposto, ma, in aggiunta, il 174-*ter*, nella formulazione attualmente vigente, presuppone un uso personale ovvero presuppone che chi acquista i supporti non conformi alla legge non li detenga per poi porli in commercio; questo argomento porta le Sezioni unite ad affermare che «è configurabile il delitto di ricettazione in tutti i casi di acquisto o ricezione a fini di immissione in commercio e senza previo concorso con i produttori dei supporti illecitamente prodotti» e a concludere che nel vigore della 248 l'illecito amministrativo, grazie al principio di specialità, prevale sull'art. 648 (ma anche sull'art. 712 c.p.) mentre, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 68 del 2003, la prevalenza dell'illecito amministrativo rispetto ai due articoli del codice penale si realizza solo quando l'acquisto è fatto per uso personale salva la possibilità di punire ai sensi del 171-*ter* la successiva condotta di immissione in commercio degli stessi supporti e questo sia nel vigore della l. n. 248 del 2000 che dopo l'emanazione del d.lg. n. 68 del 2003.

Da ultimo le Sezioni unite prendono in considerazione il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, art. 1 comma 7, che introduce un nuovo illecito amministrativo che sarebbe applicabile quando l'acquisto o la ricezione si riferiscano ad un bene la cui realizzazione non integra alcuna fattispecie criminosa ovvero sia si tratti di acquisto di cose che sono altrimenti illecite, mentre ove le cose risultino frutto di un'azione che integra gli estremi di reato (sia pure una contravvenzione) la norma dettata dall'art. 1 comma 7 d.l. 14 marzo 2005, n. 35, non sarà applicabile e dovrà ritenersi operante l'art. 648 o l'art. 712 c.p., a seconda del diverso atteggiarsi del volere dell'agente.

In definitiva, si afferma che è ammissibile il concorso formale di reati tra il delitto di ricettazione e quello punito dall'art. 171-*ter* l. n. 633 del 1941, salvo che si tratti di condotte realizzate nella vigenza della l. n. 248 del 2000 e sino all'emanazione del d.lg. n. 68 del 2003; in questo limitato arco di tempo (poco meno di tre anni) la condotta dell'acquisto e ricezione

di supporti illeciti, anche ove sia finalizzata al successivo commercio, ricade sotto la previsione dell'art. 16 l. n. 248 del 2000 e costituisce illecito amministrativo; dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 68 del 2003, si torna alla situazione precedente la novella del 2000 e la ricettazione concorre di nuovo con il reato punito dall'art. 171-ter l. n. 633 del 1941, mentre l'illecito amministrativo - art. 174-ter - introdotto con il citato d.lg. del 2003, sarà applicabile solo alle condotte di acquisto e ricezione effettuate esclusivamente per uso personale. Rispetto a questo scenario, rimane totalmente estraneo l'illecito amministrativo introdotto dall'art. 1 comma 7 d.l. n. 35 del 2005 che sarà invece applicabile solo se l'acquisto o ricezione si riferiscano a cose che non provengono da reato ma hanno una diversa valenza illecita per omesso rispetto delle norme disciplinanti la origine e provenienza dei prodotti e la proprietà intellettuale.

I principi appena esposti in materia di concorso apparente di norme sono poi stati ribaditi di recente da un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, la n. 1235 del 2011 (sulla quale si tornerà nel paragrafo 3.9.3.), secondo cui i criteri non strutturali, oltre ad essere privi di fondamento normativo, "sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale".

Si afferma infatti che "il criterio di specialità è da intendersi in senso logico-formale, ritenendo, cioè, che il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dal citato art. 15, possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse".

### 3.2.4. (segue)...la prospettiva ispirata ai criteri di valore –

Nonostante la fermezza delle Sezioni Unite, sono sempre più frequenti le pronunzie che si richiamano ai principi di sussidiarietà ed assorbimento ed agli altri criteri elaborati dalla dottrina nell'ottica del *ne bis in idem sostanziale*<sup>150</sup>.

Così, con una non risalente pronunzia<sup>151</sup> è stato escluso il concorso materiale delle norme, e quindi il concorso formale dei reati, tra il reato di cui all'art. 9 l. 10 aprile 1954 n. 125 (vendita con una denominazione tipica di formaggio che non abbia i requisiti tipici per l'uso di tale denominazione) e quello di cui all'art. 515 c.p. (vendita di cosa diversa per qualità da quella dichiarata) ritenendosi quest'ultimo assorbito nel primo, più grave reato (che, peraltro, è stato depenalizzato con d.lg. 30 dicembre 1999 n. 507). Con una successiva decisione<sup>152</sup>, in applicazione del medesimo orientamento, si è affermato che allorché nella condotta tenuta siano ritenuti sussistenti gli estremi della pericolosità per la salute pubblica, è esclusa l'applicabilità degli artt. 5 e 6 l. n. 283 del 1962, restando le relative contravvenzioni assorbite nei delitti previsti dagli artt. 444 e 452 c.p.

---

<sup>150</sup> Così, Cass. 1.10.2004, Caldara, *Guida dir.* 2005, n. 3, 93 ha affermato che il delitto di violenza privata deve ritenersi assorbito in quello di sequestro di persona allorché la violenza esercitata sulla vittima sia rivolta unicamente a privarla della libertà personale. Allo stesso orientamento va ricondotta la sentenza Cass., 24 settembre 2001, Tammerle, *Cass. pen.* 2002, 3469 che, in tema di rapporti tra i reati di cui all'art. 316-ter e 640-bis c.p., ha affermato che la fattispecie criminosa di cui all'art. 316-ter c.p., che sanziona l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, costituisce norma sussidiaria rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640-bis c.p., il quale esaurisce l'intero disvalore del fatto ed assorbe l'interesse tutelato dalla prima previsione. Con la conseguenza che il reato di cui all'art. 316-ter può trovare applicazione solo ove non ricorra la fattispecie di cui all'art. 640-bis c.p. Nello stesso senso: Cass., 30.10.2001, Cugno, *Cass. pen.* 2003, 2679, con nota di N. MADIA, *Considerazione in ordine ai rapporti tra l'art. 316-ter c.p. e l'art. 640-bis c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*. Tale interpretazione ha trovato l'autorevole avallo della Consulta (ord. 12 marzo 2004 n. 95, *Dir. e giust.* 2004, n. 16, 21, con nota di A. NATALINI, *Frodi comunitarie, l'art. 316-ter c.p. è solo un'arma spuntata. Ambito applicativo talmente esiguo che sfiora l'inutilità*) ed è stata confermata da Cass., 18.10.2004, Pulcini, *Guida dir.* 2005, n. 1, 67, con nota di G. AMATO, *Con il contributo della Corte di cassazione più chiari i confini delle due fattispecie*.

<sup>151</sup> Cass., 11.11.1999, D'Aponte, *Cass. pen.* 2001, 615.

<sup>152</sup> Cass., 28.4.2000, Beccarini, *Cass. pen.* 2001, 1307.

Particolare significato assume, poi, una sentenza delle Sezioni Unite<sup>153</sup> dove si afferma che in caso di concorso apparente di norme si pone il problema di stabilire l'operatività dell'una o dell'altra fattispecie incriminatrice sulla base del criterio della specialità, specialità bilaterale, della sussidiarietà o della consunzione. Non si opera, quindi, alcuna preclusione alle diverse teorie elaborate dalla dottrina, tanto che nel caso deciso si fa applicazione sia della specialità bilaterale, sia del principio di consunzione, per affermare l'applicabilità della sola fattispecie *ex art. 12*, primo inciso, l. n. 197 del 1991 (indebito utilizzo di carte di credito di origine illecita) in concorso apparente con l'ipotesi di truffa *ex art. 640 c.p.*

In particolare, le Sezioni Unite riconoscono che il criterio della specialità unilaterale, con riferimento al quale la giurisprudenza dibatte sulla necessità della lesione allo stesso bene giuridico protetto, a volte può condurre a soluzioni razionalmente e giuridicamente non soddisfacenti. Conseguentemente, è stata data rilevanza al rapporto di specialità reciproca, in forza del quale, però, non è sempre agevole individuare la norma prevalente. Di qui l'esigenza di fare ricorso ad ulteriori criteri di soluzione del concorso di norme. Essi sono desumibili, pur in assenza di una specifica previsione, dal sistema, che esprime in sé un'istanza-guida di giustizia materiale che non tollera l'addebito plurimo di un medesimo fatto quando l'applicazione di una sola delle norme ne esaurisca l'intero contenuto di disvalore. Viene, così, riconosciuto il principio del *ne bis in idem* sostanziale, fondato, però, non su una base strutturale, ma su una base valutativa, che presuppone giudizi di valore di carattere equitativo. Trovano, così, riconoscimento i principi di sussidiarietà e consunzione o assorbimento. A supporto di questa apertura si indica il testo del progetto di riforma del Codice penale, che si orienta espressamente in questo senso.

---

<sup>153</sup> Cass., sez. un., 28.4.2001, n. 22902, in *Cass.pen.* 2002, 112, con nota di S. FAIELLA, *Offesa e sanzione nel c.d. riciclaggio di carte di credito*. Conf. Cass., sez. V, 12 dicembre 2005, n. 6695, *Cass.pen.* 2007, 2149.

Ai medesimi principi si richiamano anche altre recenti sentenze<sup>154</sup>, tra le quali spicca una pronuncia<sup>155</sup> - di poco successiva all'arresto delle Sezioni Unite del 20 dicembre 2005, ma di segno radicalmente opposto – la quale statuisce che nel caso in cui il reato di crollo di costruzione di cui all'art. 434, comma 2, c.p. sia commesso per mezzo dell'incendio della costruzione, trova applicazione solo la norma che incrimina il crollo doloso, aggravato *ex* comma 2, in base al principio di sussidiarietà tra norme che prevedono stati o gradi diversi di offesa di un medesimo bene, in quanto l'offesa maggiore assorbe quella minore. La Corte, in particolare, evidenzia come il rapporto di consunzione - ispirato al principio del *ne bis in idem* sostanziale secondo il quale (anche fuori dei casi di vera e propria specialità) nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto (ovvero, più precisamente, per la medesima offesa ai beni tutelati dalla legge) - è un rapporto di valore tra due norme incriminatrici, in base al quale l'apprezzamento negativo dell'accadere concreto riconducibile ad un'unica condotta appare tutto già compreso nella norma che prevede il reato più grave, di guisa che applicare anche la norma che prevede il reato meno grave condurrebbe ad un ingiusto moltiplicarsi della sanzione. In altri termini, il rapporto di consunzione comporta sempre la prevalenza della norma che prevede il reato più grave, ovvero, più precisamente, quella che prevede il trattamento penale più severo (anche quando il trattamento più

---

<sup>154</sup> Degna di menzione è Cass., sez. VI, 12.12.2006, n. 1090, *Cass. pen.* 2007, 4574 con nota di M. PROVENZANO, *La <<nuova>> nozione di schiavitù e il possibile concorso col reato di maltrattamenti in famiglia*, secondo cui le condotte costitutive della fattispecie criminosa di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù hanno in comune lo stato di sfruttamento del soggetto passivo, ed implicano il maltrattamento del soggetto passivo, a prescindere dalla percezione che questi ne abbia, e, pertanto, in ragione del principio di consunzione, non concorrono con il reato di maltrattamenti in famiglia, essendo irrilevante la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme (*contra*: Cass. 1 luglio 2002, Dimitrijevic Dragojub, *C.E.D. Cass.*, n. 222621, che ha ritenuto il concorso di reati, sulla base della diversità dell'elemento materiale delle due fattispecie e del bene giuridico tutelato). Si segnala poi Cass., sez. III, 12.3.2009, n. 15068, *C.E.D. Cass.* n. 243471, secondo cui il delitto di sequestro di persona è assorbito in quello di violenza sessuale quando la privazione della libertà personale della vittima si protrae per il tempo strettamente necessario a commettere l'abuso sessuale.

<sup>155</sup> Cass., sez. I, 2.3.2006 n. 7629, *Dir. e giust.* 2006, n. 15, 87.



severo si ricolleggi, come nel caso di specie, alla sussistenza di una circostanza aggravante specifica).

**3.2.5. (segue)...i tormentati rapporti tra gli 640 bis e 316 ter c.p. –**  
Altra interessante questione è quella relativa i rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 640 bis e 316 ter c.p., da ultimo affrontata dalle Sezioni Unite con un approccio che appare formalmente strutturale, concludendosi nella specie per l'esclusione di un rapporto di specialità tra i due reati, ma che va considerato, al contrario, sostanzialmente sussidiario. Ci si riferisce alla pronuncia n. 16568 del 19 aprile 2007<sup>156</sup>.

Con tale decisione, dopo aver acclarato che l'indebito conseguimento di erogazioni assistenziali rientra nell'ambito di entrambi gli artt. 316-ter e 640-bis, le Sezioni unite si sono impegnate a segnare il discrimine fra le due norme sotto il duplice profilo del rapporto di specialità o di sussidiarietà esistente fra le medesime e dell'individuazione delle condotte comprese in ciascuna di esse.

Per un maggior chiarimento di questa problematica è opportuno ricordare che l'art. 316-ter, introdotto con la l. 20 settembre 2000, n. 300, costituisce l'attuazione della Convenzione europea del 1995, la quale, all'art. 1, impegna gli Stati membri a punire come reato ogni azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o presentazione di documenti falsi, inesatti o incompleti o alla mancata comunicazione di informazioni dovute cui consegua la percezione o la ritenzione illecita di fondi comunitari.

La medesima norma trova, inoltre, il suo precedente nell'art. 2 della l. 23 dicembre 1986, n. 898 (come modificato dagli artt. 73, della successiva legge n. 142 del 1992 e 10, della citata legge n. 300 del 2000), che puniva, con la pena da sei mesi a tre anni di reclusione, “ove il fatto non configuri il

---

<sup>156</sup> Pubblicata in *Cass. pen.* 2007, 4536, con nota di V. VALENTINI, *Le Sezioni unite consacrano la primazia dell'art. 316-ter c.p.: un epilogo consapevole?*

più grave reato previsto dall'art. 640-*bis* c.p.” chiunque mediante l'*esposizione di dati e notizie false* conseguisse indebitamente erogazioni a carico del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (F.E.O.G.A.), introducendo però, per le violazioni meno gravi una semplice sanzione amministrativa pecuniaria.

Già rispetto a quest'ultima norma è sorto il problema relativo alla natura speciale o sussidiaria di essa rispetto all'art. 640-*bis* c.p. E questo problema è stato risolto dalla Corte costituzionale, e dalle Sezioni unite, nel secondo senso, facendo leva sia sulla citata clausola di riserva, sia sulla *ratio legis*, costituita dal fine di ampliare, in attuazione della citata Convenzione, e non certo di attenuare, la tutela della regolarità delle sovvenzioni elargite dal F.E.O.G.A.<sup>157</sup>.

È da rilevare che entrambe le citate sentenze del Giudice delle leggi e delle Sezioni unite hanno evitato in buona sostanza di approfondire, in ordine all'unica condotta descritta nella citata norma, il *punctum dolens*, che oppone da sempre la maggioranza della giurisprudenza ad una parte della dottrina, e cioè se *la nuda menzogna* integri, di per sé sola (ove abbia indotto in errore la vittima) il requisito dell'artificio o raggiro proprio del delitto di truffa.

La Consulta accenna soltanto a questo dilemma, per poi superarlo, osservando che quand'anche tale quesito dovesse essere risolto in senso positivo, il rapporto sarebbe pur sempre di sussidiarietà, dovendo comunque ritenersi che la norma di cui all'art. 2 abbia scorporato dall'ordinario delitto di truffa un'ipotesi di *truffa di minore gravità*, connotata non solo dal riferimento alle sole erogazioni a carico del F.E.O.G.A., ma anche dal meno ingannevole fra i *comportamenti sussumibili nella nozione di artifici o raggiri*, e cioè, appunto, dal semplice mendacio. Nella pronuncia delle Sezioni unite si rinviene un ragionamento

---

<sup>157</sup> Corte cost., 10.2.1994, n. 25, in *Giur. cost.*, 1994, 177; Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892.

analogo, il quale, però non dà ragione del diverso e più favorevole trattamento penale di cui, ove la menzogna fosse, di per sé sola, idonea a sostanziare il raggio *ex artt. 640 e 640-bis*, fruirebbe, rispetto agli altri truffatori, il soggetto che, soltanto mentendo, abbia frodato il F.E.O.G.A.

Entrato in vigore l'art. 316-*ter*, il medesimo problema si è riproposto rispetto al rapporto fra questa norma e l'art. 640-*bis* e ne è risultato un panorama dottrinario e giurisprudenziale oltremodo variegato, nel quale sono stati esplorati quasi tutti i possibili percorsi esegetici e che è utile ripercorrere brevemente, senza alcuna pretesa di completezza, per meglio render conto dei problemi che le Sezioni unite hanno dovuto affrontare.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, alcune sentenze hanno qualificato l'art. 316-*ter* c.p. quale norma sussidiaria, nel cui ambito previsionale cadono quindi condotte, quali il nudo mendacio, estranee al delitto di truffa; il tutto facendo leva sulla clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640-*bis*” presente nell'*incipit* della norma suddetta e sulla finalità del Legislatore di assicurare una più efficace ed uniforme tutela contro le frodi in tema di pubbliche sovvenzioni<sup>158</sup>. Secondo un'altra sentenza invece, la norma in esame si troverebbe, malgrado quella clausola, in rapporto di specialità con la truffa in ordine alle condotte di presentazione o di utilizzazione di documenti falsi (nella specie, fatture), che, integrando di per sé un raggio, cadrebbero in assenza di detta norma, nell'ambito dell'art. 640-*bis*<sup>159</sup>. In altra fattispecie, pur essa relativa a fatture false, la Corte è pervenuta alle medesime conclusioni. Questa volta, però, non ha qualificato come speciale l'art. 316-*ter*, ma ha individuato nella clausola di riserva un'asserita ipotesi di sussidiarietà espressa, tramite la quale il Legislatore avrebbe enucleato, dalla più generale fattispecie della truffa, una *fattispecie specifica*, costituita dal semplice utilizzo di documenti falsi senza ulteriori malizie, in quanto

---

<sup>158</sup> Cass., Sez. VI, 30.10.2001, Cogno, in *Cass. pen.*, 2003, 2679.

<sup>159</sup> Cass., Sez. II, 6.3.2003, Caminati, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1267.

condotta meno grave meritevole di un trattamento penale più favorevole; il tutto percorrendo un percorso argomentativo analogo quello delle succitate sentenze delle Sezioni unite e della Consulta<sup>160</sup>.

A sua volta anche il percorso seguito dalla dottrina non è stato meno accidentato e contorto. Può tuttavia ritenersi che i commentatori concordano, probabilmente in maggioranza, sulla sussidiarietà dell'art. 316-ter, avvalendosi in buona sostanza degli argomenti addotti al riguardo dalla giurisprudenza, ma divergono sugli effetti che la relativa clausola di riserva, produce sull'ambito applicativo della stessa norma.

Invero, mentre alcuni autori comprendono in tale ambito le sole condotte costituite dall'omissione di informazioni dovute e dalla nuda menzogna, escludendone l'utilizzo di documenti falsi<sup>161</sup>, altri invece vi aggiungono anche quest'ultimo comportamento, al fine di recuperare l'effettività della previsione normativa; ed indipendentemente dalla questione del carattere speciale o sussidiario della disposizione in esame<sup>162</sup>. Ed ancora, si ricomprende anche l'approfittamento dell'errore altrui, sul presupposto che la citata norma avrebbe introdotto, fra l'altro, una semplificazione probatoria sull'induzione in errore. Altri, infine, limitano la sfera di operatività dell'art. 316-ter, ai comportamenti omissivi, fra l'altro sul rilievo, alquanto discutibile, che tale norma nel menzionare la presentazione di "dichiarazioni" false o attestanti cose non vere, si riferisca alla ostensione di *una serie* di dichiarazioni fra loro probatoriamente

---

<sup>160</sup> Cass., Sez. II, 22.3.2002, Morandell, in Cass. pen., 2003, 1214 ss., con nota di MANDUCHI, secondo cui l'ipotesi di sussidiarietà espressa di cui alla sentenza, per il solo fatto di enucleare una fattispecie normativa specifica nell'ambito della previsione generale della truffa, parafraserebbe in sostanza il concetto di specialità. Tesi confermata dal medesimo autore nella nota all'ordinanza 12 marzo 2004, n. 95 della Corte costituzionale: *Un auspicato intervento della Consulta nella storia dei tormentati rapporti fra l'art. 316-ter e l'art. 640-bis c.p.*, in Cass. pen., 2004, p. 2249.

<sup>161</sup> A. BONDI, in AA.VV., *I Reati contro la P.A.*, Torino, 2008, 157.

<sup>162</sup> S. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, 561.

collegate; condotta la quale integrerebbe un vero e proprio raggiro punibile *ex art. 640-bis c.p.*<sup>163</sup>.

Come già detto, sulla problematica del rapporto fra le due suindicate norme è intervenuta la Consulta<sup>164</sup>, che lo ha risolto in termini di sussidiarietà.

Non pare inutile ricordare infatti come il giudice delle leggi fosse stato investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 316 *ter* c.p. dalla Corte di appello di Milano, la quale aveva denunciato la violazione degli artt. 10 e 3 Cost., poiché la nuova disposizione, introdotta al dichiarato scopo di rafforzare la tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee in attuazione di specifici obblighi internazionali, se intesa quale fattispecie in rapporto di *sussidiarietà*, avrebbe prodotto il risultato esattamente opposto, derivandone che condotte prima pacificamente riconducibili alla nozione di "artifici e raggiri" fossero espunte dal perimetro di tipicità del reato di truffa, con contestuale ingiustificata disparità di trattamento tra la truffa in danno di ente pubblico o comunitario, soggetta al più mite trattamento sanzionatorio garantito dalla norma impugnata, e quella in danno di privati, comunque punibile ai sensi dell'art. 640 c.p.

La Corte costituzionale, nel dichiarare con ordinanza 8 marzo 2004 n. 95 la questione manifestamente infondata, ha preso decisamente le distanze dall'impostazione "suggerita" dal giudice remittente, secondo il quale la norma oggetto di denuncia si sarebbe insinuata nel sistema come una disposizione palesemente eccentrica, in quanto connotata da un'insanabile contraddizione tra la "formale sussidiarietà" evocata dalla clausola di riserva e la "sostanziale specialità" della sua struttura, derivante dalla "secolare tradizione interpretativa", che ha da sempre considerato le diverse

---

<sup>163</sup> N. MADIA, *Considerazioni in ordine ai rapporti fra l'art. 316-ter c.p. e l'art. 640-bis c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*, in *Cass. pen.*, 2003, 2680.

<sup>164</sup> Corte cost., 18.4.2004, n. 95, in *Cass. pen.*, 2004, 2249.

manifestazioni della condotta di falso descritte dal legislatore come la più comune e tipica forma di estrinsecazione degli "artifici e raggiri".

Alla stregua degli analoghi approdi a cui si era già pervenuti con riferimento alla figura criminosa prevista dall'art. 2 l. n. 898/1986 e posta a presidio del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEOGA), non potrebbe invero revocarsi in dubbio la vocazione *sussidiaria* e *residuale* dell'art. 316 *ter* c.p., resa vieppiù evidente dalla clausola di riserva e dalla finalità del provvedimento legislativo, avente come obiettivo proprio quello di apprestare una tutela *aggiuntiva* e *complementare* agli interessi finanziari dello Stato, degli enti pubblici o delle Comunità europee, "coprendo", in specie, gli eventuali margini di scostamento - per difetto - del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della "frode in materia di spese", quale delineata dall'art. 1 della Convenzione".

Ancorché si tratti di profilo sovente, salvo eccezioni, non espressamente puntualizzato in dottrina, ai fini di una migliore comprensione della soluzione prospettata dalla Consulta, va rimarcato come la c.d. *sussidiarietà*, quale relazione di valore tra norme concorrenti, non ricorra soltanto quando la convergenza abbia a riferimento disposizioni poste a tutela del *medesimo* bene giuridico - con il conseguente riconoscimento della prevalenza di quella che disciplini l'offesa *maggiore*, rispecchiata dalla più accentuata severità della sanzione e nella quale perciò la minore risulti assorbita - ma anche nelle ipotesi, ben evidenziate da eterogenee clausole di riserva, in cui la norma c.d. *primaria* contenga un'offesa ad un *ulteriore* bene giuridico rispetto a quello contemplato dalla norma c.d. *sussidiaria*.

E se quanto precisato attiene al criterio di *scelta* della norma effettivamente applicabile in ossequio al principio del *ne bis in idem* sostanziale, la relazione tra fattispecie nei confronti delle quali operi la sussidiarietà è ricostruita, da un punto di vista *strutturale*, o nel senso di

un'*alternatività*, alla luce del rilievo secondo cui le aree applicative delle due figure rimangono tra loro nettamente distinte, ancorché raccordate da un fenomeno di progressività lesiva; o nel senso di una *specialità reciproca*, nella duplice, possibile, variante della *specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie* e della *specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare*.

La Consulta ha così statuito che l'art. 316-ter assicura una tutela aggiuntiva e complementare rispetto a quella offerta dall'art. 640-bis, coprendo spazi estranei al paradigma del delitto di truffa, la concreta dimensione dei quali spetta all'interprete identificare in base alla più o meno ampia "capacità di presa" riconoscibile a quel delitto, avendo riguardo all'elemento degli *artifici e raggiri* ed al requisito dell'*induzione in errore* (che non è menzionato nell'art. 316-ter).

Le Sezioni unite, nella sentenza del 19 aprile 2007, hanno condiviso questo orientamento, peraltro facendo leva *in via principale* (diversamente da quanto in genere avvenuto in precedenza) sul secondo dei requisiti indicati dalla Consulta, costituito dall'*induzione in errore*. Vuol dirsi che, utilizzando anche anteriori spunti dottrinari e giurisprudenziali, la Corte suprema ha incentrato il discrimine fra i due reati non già sul tipo di condotta di volta in volta realizzato, bensì *innanzi tutto* sull'essere stato l'ente erogante tratto, o meno, in inganno dal comportamento decettivo del beneficiario. È pur vero che, secondo le Sezioni unite, uno specifico tipo di condotta: il mero silenzio antidoveroso (*id est: l'omissione di informazioni dovute*) rientra comunque nell'ambito dell'art. 316-ter. Tuttavia malgrado la sinteticità della motivazione, deve ritenersi che questo assunto si fondi, ad avviso della Corte, proprio e soltanto sulla connaturata inidoneità di tale condotta, già rilevata da un'autorevole dottrina, ad integrare essa medesima la causa di uno stato di errore o di ignoranza che la precede nel tempo.

Alla suindicata scelta ermeneutica le Sezioni unite sono dichiaratamente pervenute partendo dalla constatazione che secondo l'orientamento adottato dalla giurisprudenza di legittimità per i casi in cui non si verta sull'applicabilità dell'art. 316-*ter* o di altre fattispecie speciali di frode, il falso - comprensivo sia della mera menzogna sia della falsità documentale - è "*di per sé*" uno strumento di raggiro idoneo ad integrare gli estremi della truffa, per cui affermare che in tema di pubbliche sovvenzioni, le cennate condotte siano invece perseguibili *ex art. 316-ter* (naturalmente ove non integrate da ulteriori malizie), legittimerebbe inaccettabili disparità di trattamento di situazioni del tutto simili.

A parte il fatto che quest'ultimo rilievo non pare condividibile – atteso che perché la menzogna sia rilevante ai fini dell' art. 640 c.p. la stessa deve essere accompagnata da una condotta fraudolenta; senza considerare che la truffa è una fattispecie a forma vincolata, non estendibile *ex art. 40*, comma 2, c.p. - non si può inoltre tacere che le Sezioni unite nel dichiarare in modo assiomatico di approvare il suindicato orientamento giurisprudenziale in tema di truffa, hanno omesso di giustificarne la fondatezza, trascurando una buona occasione per dirimere un risalente e consolidato contrasto che oppone la prevalente giurisprudenza ad una parte autorevole della dottrina sul significato del requisito degli artifici o raggiri.

Avendo fondato il criterio discrezionale fra le due norme in esame sulla presenza o meno dell'induzione in errore, le Sezioni unite hanno consapevolmente ridotto l'ambito applicativo dell'art. 316-*ter* a situazioni del tutto marginali, quali: il mero silenzio antidoveroso e l'ipotesi di una condotta che non produca un danno patrimoniale o che comunque non abbia indotto in errore l'autore della disposizione patrimoniale, individuando questa seconda ipotesi nelle fattispecie in cui il controllo, da parte dell'ente, sulla veridicità dei dati forniti dal privato, debba intervenire in un momento successivo all'erogazione. In tal caso, infatti, quest'ultima



non può dipendere da una erronea rappresentazione dei fatti da parte dell'erogatore, che è abilitato in quella sede a verificare soltanto la regolarità formale dell'istanza. Inoltre la Corte prospetta anche la possibilità che l'effettivo realizzarsi di un'induzione in errore e quindi del reato di truffa non dipenda dalla disciplina normativa del procedimento, ma dalle concrete modalità di svolgimento di quest'ultimo, per cui il problema dell'applicabilità dell'art. 316-*ter* o dell'art. 640-*bis* attiene, sotto questo profilo, ad una questione di fatto riservata al giudice del merito.

In breve, a parere delle Sezioni Unite, l'art. 640 *bis* è “consumante” rispetto all'art. 316 *ter*, e, portando alle estreme conseguenza il ragionamento, si può senz'altro affermare che l'indebita percezione di erogazione è *tamquam non esset*. Tale sentenza è paradigmatica del fatto che, nel panorama giurisprudenziale, nemmeno la presenza di una clausola espressa di sussidiarietà, comporti un chiarimento definitivo sulla possibile configurazione di un rapporto di specialità ovvero di sussidiarietà.

Peraltro, la sentenza in esame non precisa quale delle ipotesi sopraindicate ricorra nella fattispecie in esame, che riguarda l'indebito conseguimento del contributo di cui al d.lg. 18 giugno 1998, n. 237 (sulla disciplina del *reddito minimo di inserimento*), ottenuto avvalendosi di una falsa dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà circa lo stato di impossidenza del beneficiario.

Tuttavia dalla complessiva motivazione sembra debba dedursi che la Corte abbia qualificato tale fattispecie come un'ipotesi in cui, a norma del menzionato decreto legislativo, il controllo sulla veridicità delle informazioni fornite deve seguire l'attribuzione patrimoniale, la quale pertanto non è stata posta in essere per effetto di una falsa rappresentazione della realtà da parte dell'ente erogante non abilitato momentaneamente ad alcuna verifica. Il tutto considerando che nella specie, da un lato, non si verte in tema di silenzio antidoveroso, ma di dichiarazioni mendaci e,

dall'altro, che le Sezioni unite hanno respinto il ricorso e non hanno invece annullato con rinvio rimettendo al giudice del merito di verificare in base alle concrete modalità del procedimento, se l'induzione in errore fosse o meno profilabile per altra via.

A distanza di poco più di tre anni da tale pronuncia, il Supremo consesso a Sezioni unite<sup>165</sup> è stato chiamato di nuovo a confrontarsi con l'enigmatica formulazione della fattispecie di cui all'art. 316 *ter* c.p., nella prospettiva di assegnarle un'esatta collocazione "sistemica" attraverso una più puntuale definizione dei limiti applicativi della condotta fraudolenta, da un lato, ed una maggiore specificazione della "consistenza" dell'oggetto materiale, dall'altro.

Prima del nuovo intervento delle Sezioni unite era agevole registrare un approccio interpretativo tutt'altro che uniforme, equamente ripartito in decisioni della giurisprudenza di legittimità, che esplicitamente facevano rientrare nel concetto di "erogazione" rilevante ai fini dell'art. 316 *ter* c.p. non soltanto l'ottenimento di una somma di denaro a titolo di contributo, ma pure l'esenzione dal pagamento di una somma dovuta ad enti pubblici, perché anche in tale ipotesi il richiedente ne avrebbe tratto comunque un vantaggio posto a carico della comunità<sup>166</sup>; e pronunzie che, viceversa, consideravano l'esenzione da un pagamento *estranea* alle nozioni di "contributo, finanziamento o mutuo agevolato" e riconducibile alla più generica accezione di "sovvenzione", intesa come aiuto economico concesso sotto forma di elargizione o prestito agevolato, che si concretizza in un'attribuzione pecuniaria avente fondamento e giustificazione

---

<sup>165</sup> Cass., Sez. Unite, 16.12.2010, n. 7537, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 959, con nota di F. BELLAGAMBA. L'ipotesi accusatoria, su cui si erano cimentati sia il Tribunale monocratico di Patti che la Corte di appello di Messina riconoscendo entrambe la responsabilità dell'imputato, consisteva nell'addebitare a quest'ultimo di aver autocertificato, con dichiarazione falsa resa all'impiegato addetto all'ufficio *ticket* dell'ospedale di Patti, di percepire redditi non superiori a quelli previsti della legge per l'attribuzione delle prestazioni mediche in regime di esenzione contributiva, con conseguente integrazione, in concorso formale, dei reati di cui agli artt. 483 e 640, comma 2, n. 1 c.p.

<sup>166</sup> Cass., sez. V, 9.7.2009, Nicchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 245153; sez. V, 26.6.2009, Arcidiacono, *ivi*, n. 244814; sez. 17.9.2008, Capalbo, *ivi*, n. 242594.

nell'attuazione di un interesse pubblico e che si identificerebbe esclusivamente con il *danno emergente* al momento dell'elargizione del denaro<sup>167</sup>. Di conseguenza, seguendo questa impostazione, ogni qualvolta si attesti falsamente di versare nelle condizioni imposte dalla legge al fine di poter beneficiare dell'esenzione dal pagamento di un *quid*, dovrebbe ritenersi integrato il reato di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 c.p. e non già quelli di cui agli artt. 316 *ter* e 640 *bis* c.p. esulando la fattispecie concreta dall'oggetto materiale ivi tipizzato.

Le Sezioni Unite, recuperando il principio di diritto già affermato nel 2007, optano per un'interpretazione *estensiva* del sintagma normativo, non ravvisando ostacoli all'inclusione delle erogazioni di natura *assistenziale*, nel cui *genus* ricadono anche le varie forme di esenzione dal pagamento, tra quelle rilevanti ai sensi degli artt. 316 *ter* (e 640 *bis*) c.p., dovendosi intendere per "contributo" il conferimento di qualsiasi apporto per il raggiungimento di una finalità avente rilievo pubblicistico, da cui derivi al privato un beneficio economico gravante sulla collettività.

D'altra parte, in senso favorevole a tale impostazione militano sia la *ratio* comunitaria della norma che una sua coerente ricostruzione *sistematica*, che tenga in debita considerazione la limitrofa fattispecie di cui all'art. 316 *bis* c.p.

Come rileva la Corte, infatti, l'origine "comunitaria" della disposizione in oggetto, frutto dell'entrata in vigore della legge 29 settembre 2000, n. 300 di adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dalla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (c.d. Convenzione PIF), stipulata a Bruxelles il 26 luglio 1995, legittima un approccio esegetico, per così dire, di più ampio respiro, che affianchi alle vere e proprie sovvenzioni in danaro anche agevolazioni ed ausili economici di qualsiasi tipo, a fondo perduto o anche con obbligo di

---

<sup>167</sup> Cass., sez. II, 27.4.2010, Di Costanzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 247974; Sez. V, 25.2.2009, Molonia, *ivi*, n. 244736.

restituzione - ma pur sempre a regime più vantaggioso rispetto alle normali condizioni di mercato<sup>168</sup> - ed accomunati da una finalità sociale.

A ben vedere, tuttavia, la preoccupazione di non lasciare aree di sostanziale impunità in tema di frodi in erogazioni pubbliche e, segnatamente, in quelle comunitarie, finisce per determinare un paradossale effetto di "degradazione" punitiva di condotte altrimenti destinate ad essere attratte nell'ordinario perimetro applicativo della truffa<sup>169</sup> ovvero del falso, giacché l'esigenza di adattamento alla normativa convenzionale avrebbe dovuto trovare soddisfazione soltanto in quegli ordinamenti sprovvisti di una specifica fattispecie incriminatrice in grado di contenerle.

Sarebbe stato, infatti, sufficiente, anche prescindendo dall'individuazione di una fattispecie *ad hoc*, discriminare la rilevanza penale delle condotte fraudolente, riproducendo, sul versante sanzionatorio, la soglia quantitativa "inferiore" indicata dall'art. 2 Convenzione, al di sotto della quale l'obbligo di penalizzazione avrebbe ceduto il passo alla *facoltà* riconosciuta ai singoli Stati di apprestare sanzioni di natura diversa, eccettuata l'ipotesi in cui il fatto, secondo quella legislazione, presentasse profili di particolare gravità.

Ed invero, anche valorizzando un profilo più squisitamente *sistematico*, non si può che pervenire ad un'analoga conclusione, poiché il *contenuto* della prestazione ricevuta dal privato, onde evitare indebite sovrapposizioni con il delitto di malversazione ai danni dello Stato, deve riguardare anche erogazioni *non* condizionate da particolari destinazioni funzionali, come lo sono appunto i contributi assistenziali. Opinando diversamente, verrebbe infatti ad assottigliarsi, sino a sfumare, la linea di confine tra le due norme incriminatrici, che, al contrario, appare ben rimarcata dal legislatore nel senso di una limitazione della portata oggettiva

---

<sup>168</sup> M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 62.

<sup>169</sup> F. BELLAGAMBA, *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, cit.

del reato di cui all'art. 316 *bis* c.p. ai soli contributi connotati da uno specifico *vincolo di destinazione*.

Peraltro, lo stesso secondo comma dell'art. 316 *ter* c.p., laddove impone quale condizione di rilevanza penale una soglia minima di € 4.000, sarebbe difficilmente giustificabile se la norma avesse ad esclusivo riferimento le sole erogazioni di *sostegno* alle attività economico-produttive, perché si produrrebbe l'irragionevole conseguenza di riservare alle attività illecite di minore gravità, quali quelle destinate all'indebita percezione di erogazioni assistenziali - peraltro astrattamente punibili anche con una sanzione amministrativa - il più severo trattamento sanzionatorio assicurato dai reati di truffa aggravata ai danni dello Stato e di falso ideologico in atto pubblico commesso dal privato.

Le Sezioni Unite si ripropongono di tracciare i confini tra l'art. 316 *ter* c.p. ed il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato o di altri enti pubblici, concentrando la propria attenzione sul significato assegnato alla clausola di riserva determinata ("salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 *bis*") sia dalla Corte costituzionale che dalla Suprema Corte medesima.

Nella prospettiva di individuare lo spazio operativo effettivamente occupato dall'art. 316 *ter* c.p., le Sezioni unite si sono allineate alle indicazioni della Corte costituzionale ed al loro precedente specifico, ribadendo il carattere *residuale* e *sussidiario* della norma scrutinata sulla base non tanto del *tipo* di condotta di volta in volta posta in essere, quanto, ed in via principale, sull'essere stato l'ente erogante tratto o meno in inganno dal comportamento decettivo del beneficiario.

In altri termini, l'*alternatività-incompatibilità strutturale* tra le due fattispecie, evocativa di un rapporto di *specialità reciproca per aggiunta*, risiederebbe nella presenza, all'interno degli artt. 640 e 640 *bis* c.p., e nell'assenza, nell'ambito dell'art. 316 *ter* c.p., del requisito dell'*induzione in*

*errore*, discendendo in quest'ultima ipotesi l'erogazione non da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore, limitandosi questo soltanto a recepire l'esistenza della formale attestazione da parte del richiedente.

Peraltro, potendo l'errore dipendere non soltanto dalla natura e specificità del procedimento di volta in volta seguito ai fini dell'erogazione, ma anche dalle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto, l'accertamento della sussistenza di siffatto requisito costitutivo dovrebbe rientrare tra le questioni di fatto, come tali riservate al giudice di merito.

La motivazione delle Sezioni Unite, per vero piuttosto sbrigativa al netto del rinvio *per relationem* alle argomentazioni proprie di altre pronunzie, si segnala per l'esplicita ammissione di una "deriva giurisprudenziale", peraltro da tempo registrata dalla più accreditata dottrina, tesa ad una progressiva dilatazione della condotta fraudolenta sino all'identificazione degli "artifici e raggiri" con *qualsiasi espediente* utilizzato per indurre altri in errore, con buona pace della distinzione tra reati a forma libera e reati a condotta vincolata e delle specifiche modalità ingannatorie tipizzate dal legislatore<sup>170</sup>.

Seppure animata dall'esigenza di una più estesa tutela offerta a chi si mostri incapace di autodifendersi, tale tendenza non può che essere censurata, poiché contrastante, da un lato, con il principio di stretta legalità, avendo il legislatore inteso assegnare agli estremi degli artifici e dei raggiri una portata tipizzante del tutto vanificata poi per via interpretativa; e, dall'altro, con una concezione del diritto penale quale *extrema ratio*, giacché oramai piegato a svolgere una "funzione tutorio-assistenzialistica", non solo estranea alle norme incriminatrici, ma anche smentita dal modello antropologico degli uomini contemporanei, sempre meno inclini a rimanere

---

<sup>170</sup> Come rileva F. BELLAGAMBA, *op. cit.*

vittime dell'attività raggirante e sempre più abili a sottrarsi alle insidie manipolatrici<sup>171</sup>.

Prima di soffermarsi sul contrapposto ed oramai abbandonato orientamento interpretativo, che riconduce la relazione tra gli artt. 640-640 *bis* c.p., da una parte, e l'art. 316 *ter* c.p., dall'altra, nell'alveo della *specialità* (unilaterale) *per specificazione*, appare opportuna una verifica della "tenuta interna" della soluzione prescelta alla luce degli insegnamenti delle Sezioni unite medesime, ancorché afferenti a materia (solo apparentemente) diversa.

Ci si riferisce alla questione che, a causa della notevole complessità sul piano dogmatico e su quello della pratica attuazione, aveva continuato a suscitare contrasti nella giurisprudenza delle sezioni semplici e sulla quale perciò è stato chiamato a pronunciarsi il massimo consesso<sup>172</sup>, relativa alla possibilità di ritenere configurabile il reato di falsità ideologica mediante induzione in errore del pubblico ufficiale (artt. 48-479 c.p.), quando quest'ultimo, avendo assunto quale presupposto necessario per la redazione dell'atto pubblico l'attestazione di verità di un fatto proveniente dal privato, si sia limitato a recepirlo, senza che ad essa abbia fatto seguito un'autonoma attività di *accertamento* o di personale *conoscenza* da parte del rappresentante dell'amministrazione del contenuto di quanto asseverato.

Sul punto, merita di essere ricordato l'indirizzo che esclude l'automatismo applicativo degli artt. 48 e 479 c.p. per ogni attestazione del privato al pubblico ufficiale, da questi utilizzata nella redazione di un atto pubblico, dovendosi restituire operatività all'art. 483 c.p. in forza della considerazione per cui la mera riproduzione, da parte del pubblico ufficiale, di quanto dichiarato dal privato menzognero non darebbe luogo ad una (ulteriore) *immutatio veri* bensì alla attestazione (in ogni caso vera) di altra attestazione (oggettivamente falsa). Soltanto nell'ipotesi in cui il pubblico

---

<sup>171</sup> F. BELLAGAMBA, *op. cit.*

<sup>172</sup> Cass., Sez. Un., 28.6.2007, Scelsi, in *Cass. pen.*, 2008, 93 ss.

ufficiale ingannato descriva o certifichi una situazione più ampia di quella rappresentata dal mentitore potrebbe innescarsi la duplice sequenza, penalmente rilevante, rappresentata dalla formula: *falso-inganno-falso*.

Nonostante la persuasività di tale impostazione, le Sezioni unite non hanno negato rilevanza a quel *quid pluris*, richiesto dall'orientamento che si respinge e rappresentato da una situazione più ampia ed ulteriore rispetto alla dichiarazione non veritiera o all'atto falso prodotto dal privato.

In buona sostanza, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 479 c.p. per il tramite del meccanismo indotto dall'art. 48 c.p., ascritto dalla migliore dottrina tra le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato<sup>173</sup> ed in grado di capovolgere il fisiologico rapporto tra falso ed inganno - divenendo quest'ultimo antecedente causale, anziché conseguenza, del secondo - sarebbe sufficiente la falsa attestazione avente ad oggetto "fatti suscettibili di prova storica" e non anche (e non solo) "vicende che hanno comportato la partecipazione attiva e diretta del pubblico ufficiale".

Peraltro, il fatto storico con il quale le Sezioni unite si sono confrontate era costituito da un falso contenuto in una *dichiarazione sostitutiva* di un atto di notorietà, nella quale i legali rappresentanti di società partecipanti alla procedura di licitazione privata per l'appalto di lavori di costruzione avevano attestato che risultavano iscritte all'Albo nazionale dei costruttori già alla data di presentazione dell'offerta.

Il significato ultimo di tale impostazione si coglie nella considerazione che la funzione *fidefacente* che la legge assegna alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni determinerebbe una sorta di effetto "traslativo" della falsità dal *presupposto* al *contenuto dispositivo* dell'atto pubblico, rendendo anche quest'ultimo falso e non soltanto erroneo, con la conseguente configurabilità di un concorso materiale tra il reato di cui

---

<sup>173</sup> T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Milano, 1973, 190 ss.



all'art. 483 c.p. ed il reato di cui agli artt. 48-479 c.p., pure avvinti da connessione teleologica.

Giunti all'esito di tale percorso esegetico, non sembra difficile apprezzarne l'interferenza con il principio di diritto enunciato nella sentenza in esame<sup>174</sup>. Difatti, anche qui la vicenda muove da una falsa dichiarazione sostitutiva di certificazioni, ancorché finalizzata alla fruizione di prestazioni mediche in regime di esenzione contributiva e pur tuttavia se ne esclude il carattere *ex se decettivo*, ritenendosi la falsità circoscritta alla formale attestazione del richiedente e inidonea a cagionare quell'*induzione in errore*, rilevante ai sensi degli artt. 48-479, se avente ad oggetto un atto pubblico ed ai sensi degli artt. 640-640 *bis* c.p., qualora si traduca nell'erogazione di un contributo, anche di tipo meramente assistenziale.

L'opzione esegetica alternativa a quella che ricostruisce il rapporto tra i tipi legali in discorso in termini di *sussidiarietà* affonda le sue radici nella lettera della norma che, quanto meno con riferimento alle condotte *attive* di frode descritte nell'art. 316 *ter* c.p., sembra fondarsi su fatti strutturalmente *omogenei*, da un punto di vista tipologico ed assiologico, a quelli sanzionati dalla truffa e, come tali, a questa avvinti da una relazione di *specialità unilaterale per specificazione*.

Ora, seguendo le due recentissime pronunzie delle Sezioni unite<sup>175</sup>, il criterio di specialità va inteso in senso *logico-formale*, dovendosi ritenere integrato il presupposto della convergenza soltanto in presenza di un rapporto di *continenza*, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto *strutturale* tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte oggetto dell'esame comparativo.

---

<sup>174</sup> F. BELLAGAMBA, *op. cit.*

<sup>175</sup> Ci si riferisce a Cass., sez. un., 28.10.2010, n. 1235, in *Guida dir.*, 2011, n. 7, 84, in tema di rapporti tra i reati di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000 e la truffa aggravata ai danni dello Stato; e Cass., sez. un., 28.10.2010, n. 1963, *ivi*, 2011, n. 8, 100, in tema di rapporti tra l'art. 213, comma 4, cod. strada e l'art. 334 c.p.

Muovendo da tale premessa e considerando che la determinazione del raccordo vigente tra due prescrizioni normative rappresenta un *prius* logico rispetto all'individuazione del significato e della funzione svolta dalle clausole di riserva, le quali diventano fulcro d'indagine soltanto dopo che tale diagnosi è stata espletata in quanto di per sé idonee ad indicare indifferentemente una relazione di *sussidiarietà* o di *specialità*, si giunge alla conclusione che, nel caso in esame, si vengono a stigmatizzare soltanto *specifiche* modalità di realizzazione degli artifici e raggiri, connotate da omogeneità tipologica e sostanziale affinità rispetto, quanto meno, ai contegni a carattere *commissivo* tipizzati nei delitti di truffa.

Di conseguenza, l'unico spazio applicativo *autonomo* che potrebbe riconoscersi alla disposizione di cui all'art. 316 *ter* c.p., stante la clausola di riserva che ne decreterebbe la sostanziale inutilità, sarebbe occupato da quelle condotte *omissive* (il c.d. *silenzio antidoveroso*) che, assecondando l'impostazione suggerita da un'autorevole parte della dottrina<sup>176</sup>, dovrebbero ritenersi espunte dal perimetro di tipicità proprio del reato di truffa.

Al di là della fragilità di una soluzione "frammentaria", che individua relazioni strutturali distinte a seconda del tipo di condotta considerata, va poi rilevato come, per quanto sia astrattamente condivisibile l'osservazione secondo cui una clausola di riserva possa sottendere anche un rapporto di specialità tra le norme a cui si riferisce, la sua collocazione nell'ambito della norma *speciale* varrebbe a sancirne definitivamente l'inoperatività, essendo questa privata di un suo autonomo ambito applicativo a favore della norma *generale*.

Pertanto, a meno di non voler concludere per la assoluta inutilità della norma in oggetto, il rinvio ad altra disposizione, considerata *prevalente*

---

<sup>176</sup> Sulla estraneità del *silenzio*, ancorché inosservante di un *obbligo giuridico di informare*, alla nozione di *artifici e raggiri* per la non operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., (idonea a trasformare il *silenzio-inerzia* in *silenzio-omissione*) rispetto ai reati a condotta vincolata, nonché per l'insussistenza di un nesso di causalità tra silenzio ed errore, limitandosi il primo a determinare una mera *assenza* di rappresentazione e non anche una *falsa* rappresentazione, v., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2011, 176.

nella loro apparente convergenza a regolare il medesimo fatto storico, pare costituire un elemento *indiziante* del fatto che la norma richiamata sia in grado di *assorbire* il disvalore del fatto contemplato dalla norma soccombente.

Tirando le fila del ragionamento, la tesi che opta per la sussistenza di un rapporto di *specialità* non può trovare accoglimento, perché inconciliabile con la *ratio legis*, costituita dal fine di ampliare e non certo di attenuare la tutela della regolarità delle sovvenzioni pubbliche elargite, e con la collocazione della clausola di riserva, che finirebbe per rendere la norma che si ipotizza *speciale* come *inutiliter data*, a favore di un'indiscriminata applicazione della norma che si assume come *generale*<sup>177</sup>.

Del resto, pur volendo condividere l'oramai consolidato orientamento, che ravvisa tra le fattispecie in raffronto una relazione di *sussidiarietà*, è possibile registrare una non ininfluyente disomogenità nel percorso motivazionale delle pronunce adesive, perché in passato si era posto più che altro l'accento sul *tipo* di condotta realizzata dall'agente anziché sul *risultato* da essa scaturito, consistente nell'effettiva e concreta induzione in errore dell'ente erogante.

In effetti, prima dell'intervento delle Sezioni unite, la Suprema Corte, chiamata a tracciare una sorta di *actio finium regundorum* tra le due figure di reato, in talune decisioni aveva tenuto a precisare come anche il silenzio o la nuda menzogna, ovvero la menzogna non accompagnata da particolari modalità ingannatorie "aggiuntive", assumano *ex se* connotazioni senz'altro "artificiose" o "raggiranti", qualora violino specifici obblighi giuridici di verità gravanti sul soggetto attivo del reato, richiamando il prevalente indirizzo giurisprudenziale formatosi in tema di truffa<sup>178</sup>. E ciò nonostante si era optato per la sussistenza di una relazione di *sussidiarietà*, approdando

---

<sup>177</sup> F. BELLAGAMBA, *op. cit.*

<sup>178</sup> *Ex plurimis* Cass., sez. II, 14.10.2009, Malandrin, in *C.E.D. Cass.*, n. 244952; Cass., sez. II, 13.5.2008, Trimarchi, *ivi*, n. 240413; Cass., sez. II, 4.10.2006, Dazzi ed altri, *ivi*, n. 235141.

alla *medesima* conclusione di quelle sentenze che, muovendo dall'assunto contrario, tendevano ad estromettere il silenzio o il nudo mendacio dalla truffa, per farlo rientrare proprio nel disposto dell'art. 316 *ter* c.p.

Pertanto, ad una lettura attenta della pronunzia delle Sezioni unite del 2007, il contrasto che esse avevano provveduto a dirimere non si fondava tanto sulla contrapposizione tra un orientamento favorevole alla tesi della *specialità* ed uno a quella della *sussidiarietà*, quanto, ferma restando quest'ultima come esito condiviso, sulla necessità o meno di restringere l'ambito di applicazione della truffa, onde riservare all'art. 316 *ter* c.p. un effettivo spazio di autonomia, altrimenti compresso dalle preesistenti fattispecie incriminatrici di condotte *lato sensu* fraudolente.

Le Sezioni unite avevano allora optato per un indirizzo *tradizionale*, che si poneva in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale, che persisteva nel far rientrare l'omissione di informazioni dovute e la presentazione di documentazione falsa tra gli artifici ed i raggiri, rifiutando la soluzione contraria, che si sarebbe tradotta in una finzione interpretativa *ad hoc*, incompatibile con il diritto vivente nelle ipotesi in cui non fosse stata in discussione l'applicabilità dell'art. 316 *ter* c.p.

Peraltro, anche da un punto di vista metodologico, non appare in alcun modo condivisibile l'ipotizzata estromissione, già in *astratto*, della condotta *omissiva* fraudolenta dalla struttura degli artt. 640 e 640 *bis* c.p., poiché, per quanto la "mutazione genetica" a cui la truffa è stata sottoposta da un'interpretazione giurisprudenziale insensibile alla sua qualificazione come reato a condotta vincolata sia, come già detto, senz'altro censurabile, non meno arbitraria sarebbe l'operazione contraria, volta ad un *prosciugamento contenutistico* della fattispecie tipica mediante un intervento legislativo avente ad oggetto *altra* norma, peraltro protesa al diverso obiettivo di non lasciare nulla di impunito nel settore delle erogazioni pubbliche.

In tale *humus* argomentativo si inseriscono le Sezioni unite del 2010, recependo la predetta impostazione attraverso una più marcata valorizzazione del risultato rispetto alla condotta, giacché si riconducono all'art. 316 *ter* c.p. tutti quei comportamenti ai quali non consegua *in concreto* l'*induzione in errore* dell'amministrazione.

Si tratta di una soluzione che, se si lascia apprezzare per lo sforzo di assicurare la sopravvivenza della disposizione in esame nonostante il testo legislativo, non riesce comunque a sottrarsi ad un duplice rilievo critico: da un lato, ridimensionando il ruolo della *condotta* in favore dell'"enfaticizzazione" del (solo) *risultato*, finisce per accentrare la distinzione su un profilo eminentemente *psicologico*, rappresentato dall'*errore* in cui sarebbe o meno incorsa l'amministrazione pubblica nella valutazione degli elementi attestativi artificiosamente decettivi. Accertare se quest'ultima sia stata o meno "circuita" o si sia piuttosto limitata a recepire, prendendone atto, i documenti o le dichiarazioni presentate, rievoca una sorta di *probatio diabolica*, che svisceri l'effettività del criterio discrezionale, rimettendo all'interprete l'arduo compito di darvi attuazione nel caso concreto; dall'altro lato, se pressante era parsa l'esigenza di non propendere per un'interpretazione *asistemica*, che risultasse isolata dal diritto vivente poiché ritagliata "su misura" sulla specifica questione dei rapporti strutturali tra le fattispecie in oggetto, tale condivisibile premura non ha trovato una altrettanto adeguata concretizzazione, proprio in ragione della palese contraddittorietà, già sopra evidenziata, tra le soluzioni proposte circa gli effetti decettivi delle dichiarazioni aventi carattere giuridicamente fidefacente, a seconda che il reato contestato sia il falso ideologico o la truffa, nonostante l'"identità di materia" comprovata anche dal riconosciuto assorbimento del delitto di cui all'art. 483 c.p. nel delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p.

Così, a completamento del proprio ragionamento, le Sezioni unite, affrontando la questione relativa ai rapporti tra il reato di cui agli articoli 316 ter c.p. e i delitti di falso.

La Corte ribadendo la soluzione già offerta dalla sentenza n. 16568/2007, ha affermato che il reato di cui all'art. 316 *ter* c.p. assorbe quello di falso ideologico ex art. 483 c.p. e quello di uso di atto falso ex art. 489 c.p., giacché l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi costituiscono elementi essenziali per la configurazione del reato. Per l'effetto, il concorrente reato di cui all'art. 483 c.p. resta assorbito ai sensi dell'art. 84 c.p. nel reato di cui all'art. 316 ter c.p., dal momento che tale ultimo delitto ne contiene tutti gli elementi costitutivi e ciò pure nell'ipotesi di cui all'art. 316 ter, comma 2, in cui la somma indebitamente percepita o non pagata dal privato, non superando la soglia minima dell'erogazione (euro 3.999,96) integri la mera violazione amministrativa posta dalla legge come spartiacque tra il fatto di mera rilevanza amministrativa di cui al comma 2 dello stesso art. 316 ter e quello di rilevanza penale.

Da queste premesse, la Suprema Corte, nella fattispecie *sub iudice*, qualificati i fatti contestati ex art. 316 *ter* c.p., e ritenuti assorbiti i reati di falso e di truffa, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, in quanto non risultava superata la soglia di punibilità ragguagliata al valore di euro 3.999,96, indicata dal comma 2, del citato art. 316 *ter* c.p.

L'individuazione delle condotte di mendacio (e silenzio) aventi connotazioni "artificiose" o di "raggiro" in base alla ricorrenza di specifici obblighi giuridici di verità, la cui violazione sia penalmente sanzionata ("discrimine" circa la cui generale operatività in relazione alle fattispecie di truffa, in danno di chiunque e con il conseguimento di qualsivoglia profitto consumate), appare peraltro non facilmente armonizzabile con la soluzione

data dalle Sezioni Unite alla questione relativa all'assorbimento dei reati di falso nell'ambito del delitto di cui all'art. 316-ter c.p.

La predetta soluzione prevede, in effetti, che i delitti di falso di cui all'art. 483 c.p. (e di utilizzo di documenti falsi, di cui all'art. 489 c.p.) restino assorbiti nell'"indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato", poiché "l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi" costituiscono elemento essenziale del reato; non invece nella truffa, che concorre con i delitti di falso destinati ad integrarne l'estremo degli artifici e raggiri, perché, in tal caso, il falso è solo uno dei possibili "mezzi" per la realizzazione della frode.

Deve tuttavia osservarsi che, volendo coerentemente seguire il principio di diritto per il quale la falsa dichiarazione contrastante con un obbligo di verità (concernente un documento "fidefacente"), integra "artifici o raggiri" oggettivamente idonei ad indurre in errore il soggetto passivo, non molti spazi sussistono per l'effettiva configurabilità di condotte che, non integranti la truffa, bensì il reato *ex art. 316-ter c.p.*, possano tuttavia dare luogo ad un delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico.

Ed anche a voler effettuare una "riprova", analizzando la giurisprudenza di legittimità concernente l'art. 483 c.p., se ne desume come detto delitto sia ipotizzabile ogni qual volta esista un obbligo giuridico di dire la verità e l'atto formato sia destinato a provare la verità di quanto dichiarato.

Poiché la presentazione di dichiarazioni sostitutive di atto notorio o di certificazione (potendo il cittadino avvalersi della generale facoltà in tal senso prevista dagli artt. 46 e 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) costituisce evidentemente una costante, nei casi in cui siano avanzate istanze finalizzate alla concessione di erogazioni di carattere pubblico, le quali in genere comportano l'allegazione di stati, qualità personali e fatti

rilevanti ai fini della decisione, sembra infatti che non si prospettino ampi spazi per condotte di mendacio concernenti "informazioni" non "fidefacenti", la cui genuinità non sia "garantita" dall'art. 483 c.p. e che, pertanto, non siano perseguibili *ex art. 640-bis c.p.*

Si può tuttavia ritenere che i rapporti tra i reati di cui agli artt. 483 e 489 c.p. e la fattispecie di cui all'art. 316 *ter* c.p. non debbano essere risolti in base all'assorbimento *ex art. 84 c.p.*, atteso che non si è al cospetto di un reato complesso, bensì in base al criterio di specialità, anche se non sarà configurabile il concorso neppure con l'illecito amministrativo<sup>179</sup>, di cui al comma 2 dell'art. 316-*ter* c.p., integrato nel caso di "frodi" di valore inferiore a quattromila Euro, in forza del disposto dell'art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

La soluzione delle Sezioni Unite appare quindi obbligata, anche in considerazione dello schema che risolve il concorso di norme in base al criterio della specialità.

Permane tuttavia un senso di insoddisfazione, tento conto che in questo modo viene totalmente "obliterato" il disvalore penale della condotta di falso, pur sempre connotata da un elevato grado di offensività.

Sul punto, potrebbe infatti essere richiamata la sentenza della Consulta n. 394 del 2006, che ha ritenuto illegittimo, in quanto palesemente irragionevole, il declassamento dell'originario rango di delitti di falso elettorale (i falsi documentali previsti dal codice penale aventi ad oggetto l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori o di candidati e la formazione falsa, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati) puniti con grande severità a bagatelle contravvenzionali sanzionate con la sola pena dell'ammenda.

---

<sup>179</sup> Contra Cass., Sez. V, 24.11.2006, Prato, in C.E.D. Cass., 2006, n. 235485, per cui in caso di mancato raggiungimento della soglia quantitativa "riprende vigore ed efficacia" la norma "generale", nella specie integrata dall'art. 483 c.p.



Ora, anche nell'ipotesi di cui all'art. 316 *ter* c.p. il bene "strumentale" della fede pubblica (l'affidamento dei consociati nella veridicità o genuinità di questa o quella prova documentale), dovrebbe essere tutelato in quanto funge da "strumento" di protezione di un ulteriore bene "finale" (gli interessi patrimoniali della P.A. al che il denaro pubblico venga destinato secondo l'interesse generale individuato dalle leggi istitutive del diritto a tali erogazioni), che può essere compromesso dalla manipolazione di quelle fonti di prova.

A questo argomento, potrebbe tuttavia replicarsi affermando che per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a quello previsto dal secondo comma dell'art. 316 *ter* c.p. non sia integrata una dimensione di offesa al bene finale tale da fondare la necessità dell'intervento penale.

**3.2.6. (segue)...ulteriori ipotesi problematiche** – La panoramica giurisprudenziale appena delineata mette in evidenza un'estrema varietà di posizioni, che appaiono spesso dettate più da istanze equitative che da meditate scelte dogmatiche.

E veniamo alla casistica attinente al concorso tra reati previsti da leggi speciali ovvero tra reati previsti dal codice penale e quelli contemplati da leggi speciali.

In materia di armi, è costante l'orientamento secondo cui tra i reati di detenzione e porto illegale di armi comuni da sparo (artt. 2, 4 e 7 della l. 2 ottobre 1967, n. 895) e i reati previsti dall'art. 23 della l. 18 aprile 1975, n. 110 relativi a detenzione e porto di armi clandestine non sussiste concorso apparente di norme in quanto posti a tutela di beni giuridici diversi: nel primo caso si mira a far sí che l'Autorità di P.S. possa avere tempestiva conoscenza delle persone che detengono armi, nel secondo caso invece si

mira a garantire il riconoscimento della provenienza dell'arma attraverso i suoi segni identificativi<sup>180</sup>.

Va peraltro citato l'indirizzo giurisprudenziale di merito<sup>181</sup> in base alla quale detenere illecitamente un'arma clandestina integra soltanto il reato di cui all'art. 23 della l. n. 110 del 1975, non anche quello previsto dagli artt. 2 e 7 della l. n. 895 del 1967, in quanto la norma contenuta nell'art. 23 citato ha natura speciale avendo ad oggetto pur sempre armi comuni da sparo, ma prive dei segni di riconoscimento (elemento specializzante).

Ancora in tema di armi, va segnalato l'orientamento secondo cui il delitto di porto illegale di arma comprende ed assorbe per continenza quello di detenzione, escludendo il concorso materiale di tali reati, solo quando l'azione del detenere l'arma inizi contestualmente a quella di portare la medesima in luogo pubblico e vi sia la prova che l'arma non sia stata in precedenza detenuta<sup>182</sup>.

Sempre in argomento, è stato precisato che è configurabile il concorso formale fra la detenzione di armi comuni o da guerra e quello di collezione di armi senza licenza, previsto dall'art. 10, comma 6, l. 18 aprile 1975, n. 110 per le armi comuni da sparo, ma estensibile anche alle armi da guerra, qualora la raccolta si riferisca a un numero di armi superiore a tre, delle quali almeno una non sia stata denunciata all'autorità di p.s., mentre sussiste soltanto il reato di raccolta illegale quando il numero delle armi il cui possesso sia stato denunciato superi il limite di tre fissato nella suddetta norma, ma non vi sia stata licenza di collezione<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Cass., sez. I, 6.4.2008, n. 14624, *Cass. pen.* 2009, 3058; Cass., 22.11.1995, Guerra, *C.E.D. Cass.*, n. 203792; Cass., 10.5.1995, De Lucia, *C.E.D. Cass.*, n. 201926; Cass., 4.11.1993, Marini, *ivi*, n. 196516.

<sup>181</sup> App. Torino, 16.7.1993, Catalfo, *Riv. pen.* 1993, 1267; G.i.p. Trib. Milano, 6.7.2007, *Foro ambr.* 2007, 362.

<sup>182</sup> Da ultimo: Cass., 11.6.1996, Zavettieri, *C.E.D. Cass.*, n. 205532; conf. Cass., 17.12.1992, Liguori, *Arch. giur. trasp.* 1993, 1062; Cass., 7.6.1996, Petrone, *C.E.D. Cass.*, n. 205267.

<sup>183</sup> Cass., sez. I, 4.7.2008, n. 35648, *Cass. pen.* 2009, 1675; conf. Cass., 7.3.2002, n. 12276, *Cass. pen.* 2003, 240.

In materia di concorso tra reati fallimentari e societari e reati contro il patrimonio, la giurisprudenza<sup>184</sup> ha correttamente escluso la possibilità di contestuale imputazione tra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e quello di appropriazione indebita, in quanto la condotta dell'anzidetto delitto contro il patrimonio è una componente essenziale del reato fallimentare di cui all'art. 216 l.fall. In motivazione si sostiene che, in favore della tesi opposta, non può essere citata quella giurisprudenza che ammette invece il concorso tra le due fattispecie quando il fallito, commettendo la condotta di cui all'art. 646 c.p., abbia consentito di acquisire al patrimonio dell'impresa (ed a danno di terzi) beni da lui stesso successivamente distratti ai danni della massa dei creditori. Trattasi, infatti, di ipotesi del tutto distinta. Nondimeno — secondo la stessa pronuncia — qualora il reato di cui all'art. 646 c.p. sia stato contestato e sia stato giudicato prima della dichiarazione di fallimento, la successiva imputazione ai sensi dell'art. 216 non è inibita, atteso che la questione di compatibilità tra le due fattispecie, pur non trovando specifica soluzione nell'art. 649 c.p.p., va risolta nel senso dell'assorbimento del reato meno grave in quello complesso, sulla base dei medesimi principi di sostanziale equità che consentono di superare il giudicato nel caso si debba recuperare *ex post* l'identità di disegno criminoso per l'applicazione dell'istituto della continuazione.

Con riferimento al rapporto tra il reato di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) e quello di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), è stato affermato il concorso di reati siccome in rapporto di specialità reciproca<sup>185</sup>. Invero, l'infedeltà patrimoniale tipizza la necessaria relazione tra un preesistente conflitto di interessi, con i caratteri dell'attualità e dell'obiettiva valutabilità, e le finalità di profitto o altro vantaggio dell'atto di disposizione, finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la

---

<sup>184</sup> Cass. 4.4.2003, Sivieri, *Dir. e giust.* 2003, n. 46, 205.

<sup>185</sup> Cass. 27.3.2008, n. 15879, *Cass. pen.* 2009, 1237.

proiezione soggettiva del preesistente conflitto. L'appropriazione indebita presenta caratteri di specialità per la natura del bene (denaro o cosa mobile), che solo ne può essere oggetto, e per l'irrilevanza del perseguimento di un semplice vantaggio in luogo del profitto. L'ambito di interferenza tra le due fattispecie è dato dalla comunanza dell'elemento costitutivo della *deminutio patrimonii* e dell'ingiusto profitto, ma esse differiscono per l'assenza nell'appropriazione indebita di un preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che invece connota l'infedeltà patrimoniale.

In materia di reati connessi all'esercizio di scommesse clandestine, le Sezioni Unite, con sentenza del 26 aprile 2004<sup>186</sup>, ha ritenuto sussistere il concorso formale di reati e non un concorso apparente di norme tra il reato di cui all'art. 4 comma 4-*bis* l. 13 dicembre 1989 n. 401 (svolgimento di attività organizzata per la accettazione e raccolta anche per via telefonica o telematica di scommesse o per favorire tali condotte) e quello previsto dal comma 4-*ter* dello stesso art. 4 (raccolta e prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse attuata per via telefonica o telematica senza la specifica autorizzazione prescritta in relazione al mezzo adottato), in quanto essi hanno diversa materialità e diverso oggetto giuridico, tutelando il primo l'interesse pubblico al controllo sulla gestione delle scommesse e la connessa protezione dell'ordine pubblico, il secondo la sicurezza delle telecomunicazioni.

Quanto all'attività di smaltimento di rifiuti, è stato affermato<sup>187</sup> che il reato all'epoca previsto dall'art. 53-*bis* d.lg. 5 febbraio 1997 n. 22 (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti) costituisce una fattispecie in rapporto di specialità reciproca rispetto a quella di cui all'art. 51 dello stesso decreto (attività di gestione di rifiuti non autorizzata), con la conseguenza che i due reati ben possono concorrere tra loro.

---

<sup>186</sup> In *Dir. e giust.* 2004, n. 28, 105.

<sup>187</sup> Cass. 18.3.2004, Ostuni, *Dir. e giust.* 2004, n. 35, 31, con nota di A. NATALINI, *Rifiuti, la gestione e il traffico illecito. Gli elementi costitutivi del reato e le ipotesi di concorso.*

In tema di misure di prevenzione personali, poi, si ritiene<sup>188</sup> che la condotta di guida senza patente, o con patente revocata, posta in essere dal soggetto sottoposto con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S., dia luogo non soltanto all'autonomo e speciale reato di cui all'art. 6 l. n. 575 del 1965, ma anche al reato di cui all'art. 9, comma secondo, l. n. 1423 del 1956, che non può ritenersi assorbito nel primo.

Degno di menzione appare, infine, l'indirizzo giurisprudenziale<sup>189</sup> secondo cui la fattispecie di reato di cui all'art. 185 c.p. mil. g. (violenza contro privati nemici) si pone in rapporto di specialità rispetto al reato comune di omicidio, dal quale si differenzia in virtù degli elementi specializzanti costituiti dalla qualità di militare del soggetto attivo e dal compimento del fatto per cause non estranee alla guerra. Applicando tali principi al caso di specie, è stata ritenuto configurabile la predetta ipotesi di reato con riferimento alla strage di Sant'Anna di Stazzema, rilevando che la stessa era stata commessa da ufficiali delle SS, cui spettava la qualifica di militari nemici ai sensi dell'art. 13 c.p. mil. g., e che nell'eccidio era ravvisabile una precisa attinenza alle vicende belliche.

Altro settore problematico è quello che attiene alla indebita utilizzazione o falsificazione di carte di credito, dove si registrano indirizzi giurisprudenziali contrastanti.

Una primo orientamento<sup>190</sup> afferma che, poiché la disposizione inserita all'epoca nell'art. 12 d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito in l. 5 luglio 1991, n. 197, attualmente riprodotto nell'art. 55, comma 9, d.lgs. n. 231 del 2007 — che punisce chiunque, al fine di trarne profitto, indebitamente utilizza ovvero falsifica ovvero possiede, cede o acquisisce

---

<sup>188</sup> Cass., sez.I, 5.2.2009, n. 8496, *C.E.D. Cass*, n. 243453.

<sup>189</sup> Cass. 8.11.2007, n. 4060, *Cass.pen.* 2008, 4040. In dottrina cfr. D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 518 ss.

<sup>190</sup> Cass., 9.1.1998, *Scandinaro, Riv. trim. dir. pen. econ.* 1998, 549, con nota di R. BORSARI, *Concorso apparente di norme e concorso di reati nella disciplina penale delle «carte di pagamento»*.

carte di credito o di pagamento di provenienza illecita — contempla, nel contesto del medesimo articolo, una pluralità di previsioni autonome di reato, la condotta consistente nell'indebito utilizzo del documento non assorbe la previsione dell' acquisizione illecita dello stesso.

Inoltre, si sottolinea<sup>191</sup> che il reato di possesso di carta di credito contraffatta che sia stato contestato autonomamente non può considerarsi assorbito nell'ipotesi, logicamente e cronologicamente antecedente, della sua acquisizione.

Ed ancora, si afferma<sup>192</sup> che, in caso di pagamento del pedaggio autostradale con tessera Viacard, il reato di indebita utilizzazione o falsificazione di carte di credito (all'epoca art. 12 d.l. 3 maggio 1991 n. 143, convertito in l. 5 luglio 1991 n. 197) e quello di truffa non sono in rapporto di specialità, atteso che tale valutazione deve essere effettuata in astratto sulla base della previsione normativa e che le due fattispecie presentano obiettività giuridiche distinte ed elementi costitutivi diversi. Mentre elemento oggettivo del primo reato è l'uso indebito di per sé considerato, indipendentemente dal conseguimento di un profitto o dal verificarsi di un danno, e senza il coinvolgimento del soggetto passivo, nel reato di truffa si richiede l'uso di artifici e raggiri da parte dell'agente e, correlativamente, il momento consumativo coincide con il conseguimento del profitto con altrui danno.

La problematica è stata affrontata in tutte le sue implicazioni, dalla rilevante pronuncia delle Sezioni Unite del 28 marzo 2001<sup>193</sup>, che, da un lato, ha ribadito la configurabilità del concorso tra le condotte criminose distintamente contemplate dall'art. 12, dall'altro, ribaltando il precedente,

---

<sup>191</sup> Cass. 31.10.2002, Marchitelli, *Cass. pen.* 2003, 3513. Analogamente, Cass. 5 novembre 2003, Kari, *Dir. e giust.* 2004, n. 11, 108, ha ritenuto il concorso tra le condotte criminose del possesso e della successiva utilizzazione di carte di credito di provenienza illecita, attesa l'eterogeneità, sotto l'aspetto fenomenico, dei rispettivi caratteri.

<sup>192</sup> Cass., 9.4.1999, Sorgente, *Cass. pen.* 2001, 2461 con nota di C. LAZZARI, *Riciclaggio di carte di credito e truffa: concorso di reati o concorso di norme.*

<sup>193</sup> *Cass. pen.* 2002, 112, con nota di S. FAIELLA, *Offesa e sanzione nel c.d. «riciclaggio delle carte di credito».*

dominante indirizzo interpretativo, ha escluso il concorso tra le fattispecie incriminatrici di cui, rispettivamente, all'art. 12 prima parte d.l. n. 143 del 1991 e all'art. 640 c.p. Nella specie si verserebbe in ipotesi di specialità bilaterale da risolversi nel senso dell'assorbimento della fattispecie prevista dall'art. 640 c.p. in quella introdotta dalla normativa speciale<sup>194</sup>.

Ma oggi si è ancora in attesa di una ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite, cui è stata rimessa la questione dei rapporti tra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 1, comma 7 del d.l. n. 35 del 2005, e le norme incriminatrici della ricettazione (art. 648 c.p.) e del c.d. incauto acquisto (art. 712 c.p.), tutte disposizioni *prima facie* convergenti sulle condotte consistenti nell'acquisto di merce con marchio contraffatto<sup>195</sup>.

Nella versione originaria, l'articolo 1, comma 7, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80) stabilisce: “salvo che il fatto costituisca reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.000 euro l'acquisto o l'accettazione, senza averne prima accertata la legittima provenienza, a qualsiasi titolo di cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia

---

<sup>194</sup> Peraltro, la successiva pronuncia Cass., 23.4.2004, n. 26300, *Cass.pen.* 2005, 3369, si è parzialmente discostata dall'anzidetto indirizzo, affermando che il reato di truffa non è assorbito da quello di indebita utilizzazione, a fine di profitto proprio o altrui, da parte di chi non ne sia titolare, di carte di credito o analoghi strumenti di prelievo o pagamento ogni qualvolta la condotta incriminata non si esaurisca nel mero utilizzo di essi, ma sia connotata da un <<quid pluris>> concretantesi in artifici e raggiri (Fattispecie relativa all'utilizzazione di una tessera <<Viacard>> illecitamente rimagnetizzata) In termini perentori, Cass., 12.12.2005, n. 6695, *Cass.pen.* 2007, 2149, ha negato il concorso formale tra il reato previsto dall'art. 12 in esame ed il reato di truffa (art. 640 c.p.) sull'assunto che l'indebita utilizzazione, a fine di profitto proprio o altrui, da parte di chi non ne sia titolare, di una carta di credito integra il reato di cui al suddetto art. 12 e non il reato di truffa che viene assorbito in virtù del principio di cui all'art. 15 c.p., considerato che l'adozione di artifici o raggiri è uno dei possibili modi in cui si estrinseca l'uso indebito di una carta di credito. In dottrina, favorevoli alla tesi che vede i reati legati da un rapporto di specialità, sono, tra gli altri, F. NUZZO, *Alcune riflessioni sul reato di indebito utilizzo delle carte di credito*, in *Cass.pen.* 1999, 1001 s.; R. BLAIOTTA, *I reati commessi con le carte di pagamento nel sistema penale*, in *Crit. dir.* 1996, 198; L. BARBIERA - G. CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, Milano, 1991, 214 s. Su posizione analoga, ma ancor più aderente al principio enunciato dalle Sezioni Unite, C. PECORELLA, *Il nuovo diritto penale delle <<carte di pagamento>>*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1993, 280 s., secondo cui l'omogeneità dei beni protetti dalle norme esclude il concorso di reati, riducendo la truffa a *post factum* non punibile in caso di realizzazione di un profitto mediante l'utilizzazione della carta.

<sup>195</sup> Cass. pen., Sez. II, 12 ottobre 2011, ord. n. 36766.

di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà intellettuale”.

La disposizione è stata modificata dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, che, oltre ad intervenire sulla fattispecie e sul trattamento sanzionatorio, ha eliminato l'*incipit* “salvo che il fatto costituisca reato”. La norma incriminatrice attualmente in vigore punisce “con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 euro fino a 7.000 euro l'acquirente finale che acquista a qualsiasi titolo cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale”.

L'ordinanza di rimessione osserva anzitutto che, venuta meno la clausola di sussidiarietà espressa, i rapporti tra le citate figure di reato e di illecito amministrativo devono essere disciplinati dal principio di specialità – ai sensi dell'art. 9 della legge n. 689 del 1981 – in base al quale prevale la disposizione speciale, da individuarsi attraverso il confronto tra le rispettive fattispecie astratte<sup>196</sup>.

Proprio in relazione ai rapporti strutturali tra le citate norme, è stata rimessa la questione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., osservando che la questione di diritto sottoposta al suo esame potrebbe in futuro dare luogo ad un contrasto giurisprudenziale, del tutto indesiderabile “in una materia tanto delicata, che potenzialmente coinvolge migliaia di acquirenti di beni con marchi contraffatti”.

Sul tema, paiono infatti profilarsi tra gli interpreti due orientamenti di segno opposto.

La prima tesi sostiene che l'illecito amministrativo *ex art. 1, comma 7 del d.l. n. 35 del 2005* presenta una struttura speciale soltanto rispetto alla

---

<sup>196</sup> Cass., Sez. Un., n. 1963/2010, CED 248722.



contravvenzione di cui all'art. 712 c.p., e non invece rispetto alla ricettazione.

La norma incriminatrice dell'incauto acquisto, infatti, punisce “chiunque (...) acquista o riceve a qualsiasi titolo cose che, per la loro qualità o per le condizioni di chi le offre o per l'entità del prezzo, si abbia motivo di sospettare che provengano da reato”, e risulta pertanto generale rispetto alla citata norma amministrativa, che sanziona le medesime condotte allorché le “cose” siano il frutto della commissione di specifici illeciti, configurati attorno alla violazione di “norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale”. Tra questi illeciti possono senz'altro annoverarsi anche i reati in materia di contraffazione, come ad esempio quelli previsti dagli art. 473 e 474 c.p.

Pertanto, nel caso di acquisto di cose provenienti da tali reati, troverà applicazione non già la norma incriminatrice dell'incauto acquisto, bensì la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla norma speciale.

Tra l'illecito amministrativo e il reato di ricettazione, viceversa, non sussiste un analogo rapporto di genere a specie, atteso che anche la ricettazione presenta elementi di specialità, costituiti da un presupposto della condotta (la cosa deve provenire da *delitto*) e dall'elemento soggettivo (la *consapevolezza della provenienza delittuosa* e il *dolo specifico di ingiusto profitto*). Sicché, nei casi in cui tali elementi risultano concretamente accertati, può senz'altro ritenersi integrato il reato di cui all'art. 648 c.p.

La seconda tesi, invece, sostiene che, di fronte a condotte sussumibili nell'illecito di cui all'art. 1, comma 7 del d.l. n. 35 del 2005, debba trovare sempre e solo applicazione la sanzione amministrativa pecuniaria ivi prevista. Alla base dell'assunto vengono poste tre argomentazioni.

Anzitutto, l'illecito amministrativo deve considerarsi speciale non solo rispetto all'incauto acquisto, bensì anche in relazione alla ricettazione, in

quanto ha per oggetto non una cosa proveniente da qualsiasi delitto, bensì una cosa proveniente dagli specifici delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p.

In secondo luogo, si evidenzia come l'esclusione da sanzioni penali dell'acquirente finale di beni con marchi contraffatti appaia più aderente alla volontà del legislatore.

Infine si fa leva sul fatto che, adottando il primo orientamento, la norma sull'illecito amministrativo verrebbe privata di un significativo campo di applicazione, restando piuttosto relegata ai meri casi di scuola: non è infatti ragionevolmente ipotizzabile che l'acquirente finale di un prodotto con segni falsi - si pensi al caso dell'acquisto da venditori ambulanti - non sia consapevole che quell'oggetto rappresenta il frutto della violazione delle norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale.

In attesa del verdetto delle Sezioni Unite, è utile evidenziare che l'ordinanza di rimessione, nel tracciare il quadro degli orientamenti emersi, trascura la tesi secondo cui “solo l'incauto acquisto di cose di provenienza altrimenti illecite, vale a dire di cose non provenienti da reato, può integrare gli estremi dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 1, comma 7, citato decreto legge”<sup>197</sup>.

Accogliendo quest'ultimo orientamento, tutte le norme sanzionatorie in gioco conserverebbero un autonomo margine di applicabilità, senza escludersi reciprocamente: infatti, in caso di acquisto di cose provenienti da reato troverebbero applicazione le norme incriminatrici di cui agli artt. 712 e 648 c.p., secondo le regole che ne determinano i rispettivi confini (da ultimo tracciate dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 1223 del 2009, che ha sancito la configurabilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale); qualora invece le cose trasferite provenissero da illeciti di

---

<sup>197</sup> Cass. pen., sez. II, 13.10.2009, n. 44045.

diversa natura, si profilerebbe soltanto l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria.

I nodi interpretativi di maggior rilievo riguardano, da ultimo, il rapporto tra reati tributari e quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (per la cui analisi si rinvia al paragrafo 3.9.).

**3.3. La norma prevalente: nostra opinione** – Orbene, è più che evidente che nell'evoluzione giurisprudenziale risulta impossibile tracciare una linea interpretativa univoca e prevedibile, la sola tale da soddisfare l'esigenza di promuovere un apparato di tutela che *appaia* legittimo e giusto e da consentire la realizzazione dei compiti di orientamento culturale e di 'motivabilità secondo norme', esercitabili dalle istituzioni penali nella cornice pluralistica e 'discorsiva' propria delle democrazie costituzionali. La situazione è poi resa ancora più esasperata in ragione del noto fenomeno ipertrofico che caratterizza il sistema penale contemporaneo.

È pertanto indispensabile (tentare di) offrire una sistemazione razionale alla materia, elaborando univoci criteri orientativi di riferimento nell'ambito del concorso apparente di norme.

A nostro sommo avviso (e lo si dimostrerà di qui a breve), la risoluzione del problema non può sicuramente passare attraverso approcci puramente valutativi, che programmaticamente non si confrontano con la *struttura tipica* del fatto e con le *regole legali* in tema di concorso di norme e di reati, per affidarsi ad opinabili ed eccessivamente discrezionali considerazioni circa l'idoneità di talune fattispecie incriminatrici ad *esaurire l'offensività* della vicenda concreta, ovvero a non *esaurirla* se non concorrendo con altre, in ragione dello *scopo di tutela* perseguito e del tipo di sanzione predisposta. Così ragionando, invero, l'interprete si attribuirebbe indebitamente il compito di tradurre il *disvalore* del fatto

storico in termini di *fatti tipici* realizzati, con una palese violazione del principio di determinatezza/tassatività.

Resta vero, per altro verso, che anche l'approccio rigorosamente strutturale è condizionato da una previa *interpretazione* delle norme incriminatrici di riferimento, la quale ben può essere di carattere teleologico, quindi influenzata da una considerazione delle finalità di tutela perseguite<sup>198</sup>. Senza considerare che, come si vedrà, proprio nelle ipotesi di specialità bilaterale è evidente il rischio di applicazione di trattamenti sanzionatori eccessivamente rigorosi ed irragionevoli.

In considerazione di queste argomentazioni, è possibile provare a ricercare un punto di equilibrio tale da contemperare le contrapposte esigenze – di ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio, da un lato, e di determinatezza/tassatività, dall'altro –, per giungere a sostenere che la nozione di specialità potrebbe essere intesa come *strumentale* ad una più generica valutazione degli scopi di tutela e persino degli orientamenti politico-criminali del legislatore<sup>199</sup>; il che equivale ad utilizzare, come nel caso di specie, il criterio di consunzione, cioè un parametro dichiaratamente “valutativo” e non strutturale, in chiave di complementarietà teleologica rispetto alle ipotesi problematiche di specialità bilaterale. Solo in questo modo sarà possibile, facendo salvi i crismi della legalità, raggiungere una proporzionata *corrispondenza tra entità della pena e disvalore complessivo del fatto delittuoso*.

Solo in questo modo verranno valorizzate le connessioni funzionali tra i contenuti espressivi delle scelte e delle tecniche di tutela penale e gli scopi della teoria preventiva a sfondo personalistico.

È bene però precisare che pare indispensabile questa variante “valutativa” della nozione di “specialità” solo quando ci si trovi di fronte situazioni di coincidenza strutturale parziale tra fattispecie, non attecchiate

---

<sup>198</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 261.

<sup>199</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 275 ss.

in termini di specialità unilaterale, e qualora la commissione di un reato sia strettamente funzionale ad un altro e più grave reato che assorbe l'intero disvalore della situazione di fatto realizzatasi.

In altri termini, anche la specialità può essere intesa in senso ampio e valutativo, come strumento per affermare un concorso apparente laddove non sussiste una specialità unilaterale; ma solo a patto che una qualche forma di interferenza, di sovrapposizione strutturale tra fattispecie vi sia e solo a patto che sussista, insomma, almeno una situazione di specialità reciproca. Quest'ultima impostazione, a ben vedere, ha il pregio di valorizzare unicamente quella relazione tra tipi legali che costituisce il precipitato di un possibile *bis in idem* sostanziale, in questo modo conciliando virtuosamente la logica del *ne bis in idem* con le ragioni della legalità e della tipicità.

Pertanto, quando (*e solo quando*) si avverte che l'applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici conduce a computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell'una ora dell'altra fattispecie, con palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione (nonchè del *ne bis in idem* sostanziale), risulta necessario applicare criteri di valore tali da riaffermare le istanze di garanzia sottese ai principi appena menzionati.

In questo modo, il problema diventa non tanto comprendere se l'applicabilità esclusiva di una norma, a dispetto di altra norma, operi sempre allo stesso modo, ma individuare uno spazio di mediazione e compenetrazione tra indagini strutturali ed indagini valoriali, tale da soddisfare le esigenze di prevenzione/integrazione del sistema penale sottese all'istanza di proporzione della sanzione applicabile ed alla necessità di commisurare la pena in base al *quantum* di lesione prodotta. È questo, a ben vedere, il principio ispiratore del sistema penale, che ne

garantisce l'armonia e che deve guidare l'interprete nella risoluzione del problema del concorso apparente di norme.

**3.4. Il concorso (eterogeneo) apparente in ragione del criterio di specialità. La specialità unilaterale** – Procedendo con ordine, nel tentativo di offrire una sistemazione razionale del panorama dottrinale e giurisprudenziale, vanno innanzitutto analizzate le ipotesi di specialità unilaterale.

Come già visto, due fattispecie incriminatrici si collocano in una relazione di specialità unilaterale, quando la prima si compone di tutti gli elementi costitutivi della seconda, specificandone però alcuni – cioè attribuendo rilievo tipico a particolari sottocategorie degli stessi (così, il “furto con strappo”, art. 624-*bis* comma 2 c.p., si distingue dal furto di cui all'art. 624 c.p. esclusivamente per il fatto di specificare le modalità della sottrazione) – e/o aggiungendone altri (ad esempio, la fattispecie di rapina – art. 628 c.p. – si compone di tutti gli elementi caratteristici del furto – art. 624 c.p. – con l'aggiunta dell'ulteriore elemento della minaccia o della violenza alla persona). Nel primo caso si parla di specialità unilaterale per specificazione; nel secondo di specialità unilaterale per aggiunta<sup>200</sup>.

In questo modo, tra la due fattispecie viene a crearsi un tipico rapporto tra specie e genere, nel senso che quella speciale si atteggia a “sottofattispecie” dell'altra; sicché, ipotizzando l'inesistenza della prima, *tutti* i fatti da essa presi in considerazione, nessuno escluso, ricadrebbero automaticamente nell'ambito applicativo della disposizione generale<sup>201</sup>.

In casi del genere, che si presentano semplici, l'applicazione della sola norma speciale potrebbe essere considerata espressione di una vera e propria “necessità logica”, sicché la regola dell'art. 15 c.p., che appunto

---

<sup>200</sup> G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit.

<sup>201</sup> G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit.

dispone la prevalenza della disposizione speciale, risulterebbe al riguardo sostanzialmente superflua<sup>202</sup>.

Una tale necessità logica sembra sussistere, come è stato attentamente evidenziato<sup>203</sup>, solo quando le disposizioni generale e speciale non possano essere applicate congiuntamente, stante l'inconciliabilità degli effetti giuridici da esse derivanti (si pensi, ad es., alla relazione tra una disposizione incriminatrice e ed una fattispecie scriminante).

In un'ipotesi del genere, dovendosi per forza applicare *una sola* delle norme, se si ritenesse prevalente quella generale, la speciale (che per definizione trova applicazione a casi riconducibili anche a quella generale) dovrebbe sempre e comunque “cedere il passo”, risultando *inutiliter data*. Al fine di evitare tale assurdo, non v'è alternativa se non ritenere prevalente la disposizione speciale<sup>204</sup>.

Due norme incriminatrici, tuttavia, prevedono conseguenze giuridiche niente affatto “incompatibili”, ed anzi in teoria cumulabili<sup>205</sup>; sicché, non essendovi alcuna necessità logica di applicare una sola delle due, si potrebbe anche ritenere che il legislatore, prevedendo due figure di reato entrambe riferite ad uno stesso insieme di casi, in quanto l'una speciale unilateralmente rispetto all'altra, intenda sancire l'applicazione congiunta delle stesse.

In un sistema a *legalità formale*, pertanto, l'art. 15 c.p. costituisce norma tutt'altro che superflua, la quale chiarisce, una volta per tutte, che quando il legislatore predispose fattispecie in rapporto di genere a specie, pretende che venga applicata esclusivamente la “disposizione di legge speciale”; con ciò dimostrando la validità del criterio per cui uno stesso

---

<sup>202</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 438 ss.

<sup>203</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 261.

<sup>204</sup> L. MASERA, *op. cit.*, 1162 ss.

<sup>205</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 438 ss.

fatto concreto non può essere attribuito due volte allo stesso soggetto per l'affermazione di un duplice responsabilità penale<sup>206</sup>.

Del resto, anche l'art. 84 c.p. prevede una regola corrispondente, per il caso in cui un reato – c.d. complesso – sia costituito dall'unione di due insiemi di elementi, ciascuno dei quali costituirebbe, di per sé, reato ad altro titolo (per cui il reato complesso viene a costituire, di necessità, fattispecie “speciale” per aggiunta rispetto ad entrambe le figure criminose che idealmente lo “compongono”, sicché da questo punto di vista l'art. 84 c.p. predispone una regola superflua, perché inerente a situazioni cui comunque s'applicherebbe l'art. 15 c.p.), ovvero sia accompagnato da una fattispecie aggravante che costituirebbe, altrimenti, reato autonomo (talché la fattispecie circostanziata, nel suo complesso, viene a rappresentare ipotesi speciale per aggiunta rispetto alla figura criminosa costituita dagli stessi elementi costitutivi che compongono l'aggravante): a questo proposito, l'art. 84 c.p. “precisa” un caso di specialità solo implicitamente, forse, già preso in considerazione dall'art. 15 c.p.: usano l'art. 15 c.p. per disciplinare un rapporto di specialità tra circostanza e reato autonomo<sup>207</sup>.

Nella giurisprudenza più recente, è stato individuato un rapporto di specialità unilaterale, con applicazione delle regole anzidette, ad es., tra gli artt. 316-*ter* e 483 c.p.<sup>208</sup>. Come esempi di prevalenza di una fattispecie circostanziata “speciale” rispetto ad altra fattispecie criminosa, si possono poi richiamare i casi: della strage aggravata dalla morte di una o più persone rispetto all'omicidio volontario<sup>209</sup>; dell'omicidio realizzato in occasione di una violenza sessuale, *ex art. 576 n. 5*, rispetto alla fattispecie dell'art. 609-*bis* o 609-*octies* c.p.<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 261.

<sup>207</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 261.

<sup>208</sup> Cass., Sez. VI, 19.9.2006, Cristodaro, in *CED*, 2006/32608.

<sup>209</sup> Cass., Sez. I, 27.1.2009, Messina, in *CED*, 2009/8468.

<sup>210</sup> Cass., Sez. I, 29.1.2008, Giorni e altri, in *CED*, 2008/12680. Sul punto, va segnalato l'adeguamento normativo operato di recente con l'art. 1 d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. in legge 23.4.2009, n. 38, per cui oggi l'art. 576 n. 5 richiama espressamente gli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, mentre in



Di recente è poi emersa la problematica relativa alla possibile individuazione di un reato complesso in una combinazione tra una fattispecie di reato ed una circostanza comune a sua volta coincidente con altra fattispecie di reato. Il problema è sorto quando, dopo aver previsto nell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., un'aggravante dedicata a chi delinque "mentre si trova irregolarmente sul territorio nazionale" – introdotta con l'art. 1 comma 1 lett. f) d.l. 23.5.2008, n. 92, convertito con legge 24.7.2008, n. 125, poi dichiarata incostituzionale con sentenza n. 249 del 8.7.2010 – il legislatore, in preda all'emergenza "clandestini", ha deciso di elevare a reato autonomo la stessa condizione di irregolarità, inserendo a tal fine, con l'ultimo "pacchetto sicurezza" (art. 1 comma 16 lett. a) legge 15.7.2009, n. 94), un art. 10-*bis* nel Testo unico Imm. In particolare, dopo la supposta "interpretazione autentica" dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., attuata con l'art. 1 comma 1, della medesima legge n. 94/2009, secondo la quale detta aggravante doveva intendersi "riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi", si prospettava una piena coincidenza strutturale tra l'aggravante ed il reato c.d. di "immigrazione clandestina" (altrimenti quest'ultimo, in quanto riferito esclusivamente all'"extracomunitario" o all'apolide, sarebbe risultato speciale quanto a soggetto attivo); coincidenza anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo, posto che sia le contravvenzioni, sia le aggravanti sono imputabili in modo indifferenziato a titolo di dolo o di colpa. A queste condizioni, il reato aggravato *ex art.* 61 n. 11-*bis* c.p. finiva col configurare una fattispecie speciale unilaterale "per aggiunta", qualificato anzi da parte della dottrina nei termini di un "reato complesso", destinato come tale ad

---

precedenza rinviava alle fattispecie, già abrogate dalla legge 15.2.2006, n. 66, degli artt. 519, 520 e 521 c.p., suscitando dubbi circa la riferibilità dell'aggravante alle "nuove" norme a tutela della libertà sessuale, definite negli artt. 609-*bis* ss. dalla legge da ultimo richiamata, ed in specie rispetto all'ipotesi di violenza sessuale "di gruppo", non prevista autonomamente dalle disposizione abrogate.

“assorbire” la contravvenzione<sup>211</sup>. In senso contrario, si era proposto di non applicare l’art. 84 c.p. – e dunque far concorrere il reato non aggravato con la contravvenzione di “immigrazione clandestina” (l’ipotesi di applicare contemporaneamente aggravante e contravvenzione risulterebbe palesemente in contrasto col criterio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale: eppure ha temuto un tale incongruo esito la Consulta, che, con la sentenza n. 249 del 2010, n. 249, anche per questo ha dichiarato incostituzionale l’aggravante) – giacché la disposizione sul reato complesso sarebbe pensata per i casi di fattispecie accompagnata da una *circostanza speciale*, al fine di far prevalere il reato circostanziato (es. furto con danneggiamento) perché appresta la risposta punitiva più aderente alle peculiarità della situazione concreta. Qui invece ci troviamo di fronte ad una circostanza comune (che tra l’altro è l’unica circostanza comune configurante autonomo reato), che non esprime nessun giudizio specifico circa il diverso valore che quel reato (la permanenza irregolare) assume accedendo ad una specifica fattispecie.

Sennonché, ci si deve chiedere in virtù di quale altra disposizione o principio si sarebbe dovuto far prevalere la “contravvenzione” sull’aggravante. La prima non è “speciale” rispetto alla seconda, sicché non vi sarebbe stato spazio per legittimare tale conclusione sulla scorta dell’art. 15 c.p. In breve, se si nega l’applicabilità dell’art. 84 c.p., una situazione come quella in esame risulterebbe *priva di disciplina*, e solo in virtù di una “petizione di principio” si potrebbe affermare il concorso tra reato non aggravato e altro reato strutturalmente coincidente con l’aggravante comune. Siccome una disciplina ci vuole, *non si vede dove altro sia possibile reperirla se non nell’art. 84 c.p.*<sup>212</sup>, che quanto meno alla lettera perfettamente si adatta anche al caso di reato aggravato da una circostanza

---

<sup>211</sup> G. GATTA, *Il ‘reato di clandestinità’ e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 323 ss.

<sup>212</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 271

comune (e se la *ratio* è comunque ricollegabile al *ne bis in idem* sostanziale, a prescindere da quali fossero le intenzioni originarie del legislatore, essa appare egualmente rispettata adottando la soluzione che qui si propone).

In giurisprudenza, poi, alla luce di un'opportuna interpretazione delle disposizioni incriminatrici a confronto, si arriva a ritenere l'una "implicitamente", ma necessariamente, composta da requisiti già propri dell'altra, sicché si arriva ad affermare un rapporto di specialità non immediatamente evidenziato dal tenore letterale.

Così, ad es., si ritiene che ogni violenza sessuale implichi un sequestro di persona, per quanto concerne quel tanto di "privazione della libertà personale" necessario per compiere l'atto sessuale, sicché l'art. 605 c.p. resterebbe "assorbito", *ex art.* 15 c.p., dall'art. 609-*bis* c.p.; ma tornerebbero ad essere autonomamente valutabili come sequestro di persona tutte quelle privazioni della libertà personale non strettamente funzionali allo stupro<sup>213</sup>.

Il sequestro di persona, a sua volta, è implicitamente costituito da un'ipotesi di violenza finalizzata alla privazione della libertà (specie se si intende per "violenza", nelle forme della "violenza impropria", qualsiasi comportamento idoneo a "costringere", come solitamente fa la giurisprudenza), quindi la fattispecie di cui all'art. 605 c.p. "assorbe" *ex art.* 15 c.p. quella di cui all'art. 610 c.p., almeno per quanto concerne quel tanto di violenza strettamente necessario a realizzare il sequestro<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Cass., sez. III, 12.3.2009, Di Benedetto, in *CED*, 2009/15068.

<sup>214</sup> Cass., Sez. V, 3.2.2009, Rovere, in *CED*, 2009/9731, che applica l'art. 15 c.p. pur riconoscendo una diversità di bene giuridico tutelato tra le due fattispecie – con ciò implicitamente smentendo la giurisprudenza che intende per "medesima materia", *ex art.* 15 c.p., l'identità di oggetto giuridico – ed evidenziando, per altro verso, come non sussista un analogo rapporto di contenezza implicita della fattispecie dell'art. 605 c.p. in quella di cui all'art. 393 c.p., non essendo la "violenza alla persona" caratteristica della "ragion fattasi" necessariamente costituita da una privazione della libertà personale, per cui le due fattispecie potrebbero concorrere. In verità, la privazione della libertà personale di cui parla l'art. 605 c.p. ben può essere attuata anche con mezzi sicuramente non violenti, come l'inganno; sicché il rapporto di contenezza della fattispecie di cui all'art. 610 in quella di cui all'art. 605 è soltanto eventuale; o, al più, si può individuare tra le due disposizioni una relazione di specialità reciproca, dato che l'art. 605

Già a questo punto, è possibile osservare che quando il giudice afferma di applicare opinabili criteri di “valore”, andando meglio ad analizzare le motivazioni si scopre come venga ancora una volta considerato un rapporto di contenenza morfologica necessaria, sia pure implicita; ragion per cui è in virtù del criterio di specialità che si arriva, in realtà, a ritenere integrato un unico reato<sup>215</sup>.

È poi interessante notare come la giurisprudenza affermi in vari casi l’“assorbimento” di una fattispecie circostanziata in fattispecie autonome più complesse, che contengano, tra gli altri, gli elementi caratteristici della prima<sup>216</sup>. Un’ipotesi che non sembra espressamente presa in considerazione dall’art. 84 c.p. – che contempla casomai il caso opposto (di fattispecie autonoma “contenuta” in una fattispecie circostanziata) – ma che comunque appare riconducibile ad un più generale criterio di specialità e di *ne bis in idem* sostanziale, “desumibile” dal combinato disposto degli artt. 15 ed 84 c.p.

Così, si è affermata la prevalenza della (tentata) violenza privata sull’ipotesi di minaccia “aggravata”. In un caso, poi, di rapina impropria attuata uccidendo la vittima della sottrazione, al fine di assicurarsi il possesso della cosa sottratta, non si è applicata l’aggravante dell’art. 61 n. 2

---

c.p. precisa che cosa in particolare si costringe la vittima a tollerare (appunto una privazione della libertà personale), e l’art. 611 definisce in termini più dettagliati le modalità del costringimento. Anche la fattispecie di percosse è necessariamente contenuta in, e dunque “assorbita” da, quelle, speciali per aggiunta, caratterizzate da una condotta violenta; detta relazione strutturale non è però propriamente implicita, in quanto ben esplicitata, una volta per tutte, dall’art. 581 comma 2 c.p. Affermano così la prevalenza, ad es., della fattispecie di violenza privata su quella di percosse: Cass., Sez. VI, 28.4.2004, Sarra, in *CED*, 2004/28351; Cass., Sez. V, 6.12.2004, Caggio, in *Dir. e giust.*, 2005, 13, 82, con nota di ESPOSITO.

<sup>215</sup> A. VALLINI, *op. cit.* Ad es., Cass., Sez. VI, 12.12.2006, Lakatos, in *Cass. pen.*, 2007, 4572, con nota di PROVENZANO, pur richiamandosi al criterio di “consunzione”, si affida poi a considerazioni di carattere strutturale, sostenendo che la fattispecie di “mantenimento in servitù” si caratterizzi per modalità legali di realizzazione che necessariamente implicano un “maltrattamento”, per cui l’art. 600 c.p. “prevale” sull’art. 572 c.p. Nel caso specifico, nondimeno, la soluzione cui si perviene non è condivisibile, perché la fattispecie dell’art. 572 c.p. prevede elementi – nella specie una particolare relazione tra soggetto attivo e soggetto passivo – niente affatto “impliciti” nell’art. 600 c.p., sicché al più andrebbe riconosciuto un rapporto di *specialità reciproca*. Da questo punto di vista, tuttavia non colto dalla motivazione, l’affermazione di un fenomeno di “consunzione” torna ad essere sensata, se non altro quale richiamo ad un parametro applicabile, appunto, laddove sia necessario individuare l’unica norma applicabile tra diverse bilateralmente speciali.

<sup>216</sup> L’osservazione è di A. VALLINI, *op. cit.*

c.p. all'omicidio stesso (concorrente con la rapina, dato che la "violenza alla persona", caratteristica di questa fattispecie, assorbe ipotesi di delitti contro la vita e l'incolumità soltanto sino alla soglia delle "percosse", ex art. 581 comma 2 c.p.), in quanto la finalità di assicurarsi il profitto di altro reato sarebbe già contemplata come "elemento costitutivo" dall'art. 628 comma 2 c.p.<sup>217</sup>.

Questa posizione appare particolarmente interessante, perché esplicita come anche l'operatività del criterio di specialità (viene espressamente richiamato l'art. 15 c.p.) è riconducibile al "ne bis in idem" sostanziale, in base al quale un medesimo elemento del fatto concreto non può essere computato più volte, al fine dell'integrazione di diverse ipotesi criminose o circostanziate<sup>218</sup>. Se si nega, infatti, l'applicazione dell'art. 61 n. 2, è essenzialmente perché una volta che la volontà del soggetto (di assicurarsi con violenza sulla persona il prodotto del bene sottratto o l'impunità dalle sue conseguenze) sia stata assunta come elemento costitutivo del delitto di rapina impropria, tale volontà non può essere nuovamente valutata nella previsione sanzionatoria per il delitto di violenza contestualmente commesso.

**3.5. Il momento cruciale dell'analisi: la specialità bilaterale o reciproca. Conclusioni *de lege data*** – A questo punto va affrontato il tema (cruciale) della specialità bilaterale.

Due fattispecie incriminatrici si pongono in un rapporto di specialità reciproca (o "bilaterale"), allorquando coincidono soltanto per alcuni elementi costitutivi, ma per il resto ciascuna si differenzia rispetto all'altra per alcuni elementi speciali, vuoi per aggiunta, vuoi per specificazione<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Cass., sez. I, 16.11.2006, Timis e altro, in *CED*, 2006/42371.

<sup>218</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>219</sup> G. A. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*

Ad esempio, il millantato credito (art. 346 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.) condividono gli eventi dell'induzione in errore di terzi e del conseguimento di un utile patrimoniale, ma se nell'art. 346 c.p. si prende in considerazione un particolare "raggiro" (millantare credito presso un pubblico ufficiale), di quelli cui genericamente si riferisce l'art. 640 c.p., la fattispecie di truffa si distingue per un evento ulteriore, ovvero la produzione di un danno.

Altra ipotesi tipica di specialità bilaterale per aggiunta è, come già visto, quello costituito dalla relazione tra violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) ed incesto (art. 564 c.p.). Entrambi i reati richiedono la realizzazione di un atto sessuale, ma l'art. 609-*bis* c.p. pretende che esso sia il frutto di una costrizione mediante violenza, minaccia o abuso di autorità, ovvero di un'induzione caratterizzata nei termini di cui al comma 2; elementi estranei alla fattispecie di cui all'art. 564 c.p., che invece si caratterizza per coefficienti aggiuntivi, ed in particolare la produzione di un pubblico scandalo. Ancora, la violazione di domicilio *ex art.* 614 c.p., e quella commessa da un pubblico ufficiale *ex art.* 615 c.p., si caratterizzano per una stessa condotta (introduzione nell'altrui abitazione o luogo di privata dimora o appartenenze), ma la prima aggiunge un presupposto assente nella seconda (il contrasto con la volontà espressa o tacita del titolare dello *ius excludendi*), mentre l'art. 615 c.p., oltre a precisare il soggetto attivo – individuandolo non in un "chiunque", bensì in un pubblico ufficiale – richiede, in più, particolari modalità della condotta (abuso di poteri inerenti alla funzione).

Frequentemente citato come esempio di specialità bilaterale era, prima della riforma dei reati societari per effetto del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, il rapporto fra l'aggiotaggio di cui all'art. 501 c.p. e quello societario di cui all'art. 2628 c.c. In effetti, entrambe le fattispecie avevano come nucleo comune "le manovre fraudolente sui titoli", ma, mentre l'art. 501 c.p.

richiedeva come elemento specializzante il dolo specifico, e precisamente il fine di turbare il mercato interno, l'art. 2628 c.c. a sua volta si specializzava per la qualità dell'agente, potendo il reato essere commesso solo da soggetti che rivestano determinate qualifiche all'interno della società<sup>220</sup>.

Il dato che caratterizza queste ipotesi è che tra due fattispecie bilateralmente speciali, nessuna è necessariamente ed interamente "contenuta" nell'altra, proprio perché le stesse si differenziano reciprocamente: sicché, ad es., ben può aversi una violazione di domicilio del pubblico ufficiale che non sia tipica anche ai sensi dell'art. 614 c.p., e viceversa; un millantato credito che non sia truffa, e viceversa; un incesto che non sia violenza carnale, e viceversa<sup>221</sup>.

Nondimeno, in taluni casi vi può essere un'integrazione congiunta di entrambe le figure criminose con un medesimo complesso di fatti e/o atti, ed in particolare quando, oltre a realizzarsi il segmento di fattispecie comune, si concretizzano tutti gli elementi speciali dell'una e dell'altra disposizione<sup>222</sup>. Basta considerare l'ipotesi di un pubblico ufficiale che, abusando delle proprie funzioni, si introduce in un'abitazione contro la volontà espressa di colui che vi abita, ovvero di una condotta di millantato credito che induce in errore la vittima in tal modo provocando un danno a lei o a terzi ed un vantaggio patrimoniale per il millantatore; una persona viene costretta con violenza o minaccia a subire un atto sessuale incestuoso, con pubblico scandalo.

In ipotesi del genere l'applicazione congiunta ad uno stesso comportamento di due norme in rapporto di specialità reciproca che attribuiscono ruolo tipico ad elementi tra loro diversi ed ulteriori rispetto ad una condotta invece *condivisa* (interferenza per la *sola* condotta), dà luogo

---

<sup>220</sup> E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*

<sup>221</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>222</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

ad un concorso formale di reati, venendo ad integrarsi lo schema di cui all'art. 81 comma 1 c.p.

Quando, invece, le due fattispecie in rapporto di specialità reciproca corrispondono per altri elementi, oltre alla condotta, o comunque una di esse si limita a *specificare* dati costitutivi dell'altra, l'integrazione simultanea di più reati si ha non *solo* mediante *un'unica azione od omissione*, ma *anche* in virtù della realizzazione unitaria di altri profili fattuali, idonei a fungere da elemento costitutivo sia per l'una che per l'altra fattispecie incriminatrice.

Così, chi truffa taluno millantando credito presso un pubblico ufficiale, non realizza soltanto un'unica azione, ma consegue anche un unico profitto patrimoniale, suscettibile d'essere valutato, al contempo, come *evento tipico* ora dell'art. 640 c.p., ora dell'art. 346 c.p.<sup>223</sup>.

In queste ipotesi, tuttavia, non solo l'azione è unica e pertanto ci si dovrebbe interrogare in ordine alla loro riconducibilità all'art. 81 comma 1 c.p., ovvero al concorso apparente.

Naturalmente, ci si trova di fronte ad un concorso materiale di reati nel caso in cui le fattispecie in nesso di specialità reciproca vengano realizzate ciascuna con una diversa condotta.

Così, si ha concorso materiale tra truffa e millantato credito qualora alla millanteria tipica del primo reato si aggiungano altri comportamenti idonei a concretizzare ulteriori artifici e raggiri suscettibili di indurre in errore la vittima, ivi compresi quelli che valgano a confermare quest'ultima nell'errore, comunque determinatosi, in cui la stessa si trovi, e sempre che sussista comunque un rapporto di causalità fra tali comportamenti ed il verificarsi del danno, con correlativo ingiusto profitto dell'agente<sup>224</sup>.

Come già visto, buona parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria applica il criterio di "specialità" a molti casi di specialità

---

<sup>223</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>224</sup> A. VALLINI, *op. cit.*



reciproca, in virtù dell'argomento (non sempre esplicitato e talvolta inconsapevole) secondo il quale il requisito dell'inerenza delle più norme ad una medesima materia – presupposto per l'individuazione di un concorso apparente *ex art. 15 c.p.* – sussisterebbe laddove le norme a confronto tutelino il medesimo bene giuridico: circostanza che ben può verificarsi in caso di parziale sovrapposizione strutturale tra fattispecie.

L'applicabilità dell'art. 15 ove siano violate più disposizioni incriminatrici volte a tutelare lo stesso bene giuridico, e dell'art. 81 c.p. ove invece, nonostante l'unicità del processo esecutivo, le più fattispecie riguardino beni differenti, è espressa in termini espliciti nella giurisprudenza più risalente.

Tale interpretazione è divenuta, progressivamente, una sorta di *ratio* implicita delle decisioni in materia<sup>225</sup>. Così, ad esempio, un'evidente relazione di specialità reciproca intercorre tra l'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis*, e l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 74 d.p.r. 9.10.1990, n. 309, caratterizzata, la prima, dall'aggiunta del “metodo mafioso”; la seconda per specificazione, precisando la tipologia di reati rilevanti, a fronte della generica finalità di commettere delitti di cui parla il comma 2 dell'art. 416-*bis*.

Ebbene, trattando di associazioni mafiose che operino nel settore degli stupefacenti, la giurisprudenza non esclude *sic et simpliciter* l'applicazione dell'art. 15 c.p., stante l'evidente difetto di una specialità unilaterale, ma avverte la necessità di enfatizzare la *diversità di scopi politico criminali di tutela* – per cui l'art. 416-*bis* sarebbe volto a salvaguardare l'ordine pubblico, l'art. 74 la salute collettiva – per arrivare ad individuare un concorso formale; lasciando intendere che, ove vi fosse una sovrapposibilità di oggettività giuridica, la soluzione avrebbe potuto essere

---

<sup>225</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

differente<sup>226</sup>. In tal caso, tuttavia, si dovrebbe accertare la “non sovrapposibilità” totale delle strutture associative, al fine di evitare che le medesime note fattuali incriminate vengano attribuite due volte ai medesimi soggetti.

Ancora, è sempre in ragione della asserita diversità di bene tutelato, non tanto (o non solo) per la mancanza di una relazione di specialità unilaterale, che si applica l’art. 81 comma 1 c.p. al concorrere delle fattispecie, reciprocamente speciali, dell’estorsione – art. 629 c.p. – e della illecita concorrenza con minaccia o violenza – art. 513 bis<sup>227</sup>, ovvero dell’estorsione e della violenza o minaccia per costringere a commettere un reato *ex art. 611 c.p.*<sup>228</sup>, nonché della concussione praticata per ottenere prestazioni sessuali e della violenza sessuale con abuso di autorità<sup>229</sup>; ed ancora, della spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate (art. 455 c.p.) e del riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.)<sup>230</sup>. La stessa soluzione vale per la relazione tra il reato del datore di lavoro che occupa cittadini extracomunitari privi del permesso di soggiorno – art. 22 comma 10 d.lgs. 25.7.1998, n. 286 – e quello di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina<sup>231</sup>; tra i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e il mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.); tra i maltrattamenti in famiglia e la violenza sessuale *ex art. 609-bis* c.p.<sup>232</sup>.

Va poi sottolineata una decisione che ha ritenuto la fattispecie di estorsione (art. 629 c.p.) “assorbita” *ex art. 15 c.p.* in quella di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), argomentando dalla natura plurioffensiva di quest’ultima, la quale sarebbe posta anche a tutela del bene salvaguardato dall’art. 629 c.p. – la libertà di autodeterminazione

---

<sup>226</sup> Cass., Sez. VI, 23.10.2009, Bassano e altri, in *CED*, 2010/4651.

<sup>227</sup> Cass., Sez. II, 10.12.2008, Padula e altro, in *CED*, 2008/46992.

<sup>228</sup> Cass., Sez. II, 9.10.2008, Cuomo, in *CED*, 2008/40837.

<sup>229</sup> Cass., Sez. VI, 9.1.2009, Romano e altri, in *CED*, 2009/9528.

<sup>230</sup> Cass., Sez. II, 12.6.2008, Fiore, in *CED*, 2008/25773.

<sup>231</sup> Cass., Sez. I, 8.4.2003, Praticò, in *CED*, 2003/23438.

<sup>232</sup> Cass., Sez. III, 15.4.2008, Riva, in *CED*, 2008/26165; Cass., Sez. III, c.c. 22.10.2008, Di Gangi e altri, in *CED*, 2008/45459.

rispetto ad atti di disposizione patrimoniale – sicché da questo punto di vista le due ipotesi criminose “regolerebbero la medesima materia” *ex art. 15 c.p.*, dando luogo ad un concorso meramente apparente<sup>233</sup>.

In quest'ultima ipotesi, la Suprema Corte sostiene, in linea di principio, la sussistenza di una relazione di specialità unilaterale, laddove, ammessa la specialità, essa dovrebbe assumere carattere bilaterale, atteso che entrambi i reati si caratterizzano per una condotta (anche) violenta o minacciosa, volta a costringere taluno a fare od omettere qualche cosa dai risvolti patrimoniali (impliciti nell'art. 353 c.p., espliciti nell'art. 629 c.p.); ma mentre l'art. 353 c.p. precisa il tipo di “azione od omissione” cui il soggetto passivo è costretto (allontanamento dalla gara), qualificando oltretutto detto soggetto come offerente in una pubblica gara o in una licitazione privata per conto della p.a., l'art. 629 c.p. richiede il conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno, elemento non necessario per la consumazione di una “turbativa d'asta”. Il punto è che la nozione di specialità unilaterale utilizzata prescinde da una considerazione analitica delle relazioni tra elementi costitutivi, valorizzando quasi esclusivamente una corrispondenza – sia pure parziale – tra “beni tutelati”, nel senso che l'una norma, l'art. 353 c.p., sarebbe volta a tutelare in termini più dettagliati un nucleo di valore già rientrante in quello preso più genericamente in considerazione dall'art. 629 c.p. In breve, per quanto tale passaggio non sia esplicito in motivazione, pare corretto sostenere che la decisione, per individuare il campo applicativo dell'art. 15 c.p., dia assai maggior rilievo al requisito della “medesima materia” (di cui parla la prima parte della norma), intendendolo come corrispondenza di scopi di tutela, che non già al significato “ordinario” della nozione di specialità (su cui si appunta la seconda parte della norma), che rinvia ad un esame comparato degli spazi applicativi delle fattispecie in considerazione.

---

<sup>233</sup> Cass., Sez. VI, 3.3.2004, Del Regno, in *Giust. pen.*, 2005, 2, 563.

Così ragionando, tuttavia, *perde senso la stessa distinzione – rigorosamente di tipo “strutturale” – tra specialità unilaterale e reciproca*, perché una corrispondenza tra oggettività giuridiche ben può sussistere anche in caso di specialità reciproca, così come, a ben vedere, può mancare in caso di specialità unilaterale (ad es., si potrebbe ragionevolmente sostenere che, mentre la violenza o minaccia a un pubblico ufficiale art. 336 c.p. – che comprende in sé la fattispecie di minaccia, aggiungendo e specificando una pluralità di requisiti – è volta a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione, l’art. 612 c.p. è posto a salvaguardia di un interesse puramente individuale quale la libertà morale della vittima)<sup>234</sup>.

Questa *metamorfosi* della stessa nozione di specialità si apprezza particolarmente negli orientamenti che qualificano espressamente in termini di specialità unilaterale relazioni tra fattispecie che, dal punto di vista degli spazi applicativi e della comparazione morfologica degli elementi costitutivi, si rapportano evidentemente secondo i canoni della specialità reciproca, e che però possono ritenersi “interferenti” quanto a scopi di tutela<sup>235</sup>.

Così, una significativa recente decisione, è quella che definisce espressamente come “speciale”, rispetto alla truffa, l’ipotesi criminosa di cui all’art. 642 c.p., che se certo appare specifica quanto a tipologia di “artificio”, identità del soggetto passivo, tipologia di profitto e dolo specifico, tuttavia non richiede l’effettiva realizzazione del danno e il conseguimento del profitto, come invece l’art. 640 c.p., che è dunque a sua volta speciale “per aggiunta”; a tale conclusione si perviene individuando come elemento “speciale”, nell’art. 642 c.p., il “fine di tutela del patrimonio dell’assicuratore”, che palesemente non è un elemento

---

<sup>234</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>235</sup> L. MASERA, *op. cit.*

costitutivo, bensì la *sintesi della finalità politico criminale del legislatore e dell'oggettività giuridica della fatti specie*<sup>236</sup>

La variante “valutativa” della nozione di “specialità” viene così utilizzata quando, nel caso concreto, ci si trova di fronte situazioni di coincidenza strutturale parziale tra fattispecie, non atteggiate in termini di specialità unilaterale; anche se non si giunge ad estendere detta nozione sino ad affermare la natura apparente di un concorso tra fattispecie di reato che valorizzino elementi contigui, ma non sovrapposti, anche ove l'oggettività giuridica tra le medesime risulti in qualche modo comparabile, salvo il caso di continenza implicita.

In questi casi, talvolta, proprio per la diversità delle condotte rilevanti, si arriva anzi ad affermare un concorso di natura materiale, come nel caso dei rapporti tra gli artt. 515 e 517 c.p.<sup>237</sup>; due norme sicuramente vicine come *ratio*, ma incentrate l'una su di una condotta di *messa in vendita o in circolazione* del prodotto con segni mendaci, l'altra su di una condotta – ben distinguibile dall'altra, logicamente e cronologicamente – di *consegna dell'aliud pro alio*. Ancora, posto che le finalità tipiche della banda armata *ex art. 306 c.p.* sono costituite dai delitti, non colposi, previsti nei capi primo e secondo del titolo primo del libro secondo del codice penale (giusta il richiamo dell'art. 302 c.p., cui l'art. 306 c.p. fa rinvio) tra dette finalità può rientrare pure la costituzione di un'associazione terroristica *ex art. 270-bis c.p.*, circostanza che di per sé dimostra la diversità di contenuti delle due fattispecie e la possibilità di una loro diversa collocazione nel tempo, secondo un rapporto mezzo-fine; per cui, se la banda armata raggiunge lo scopo di costituirsi, appunto, in associazione terroristica, si ha concorso tra l'art. 306 c.p. e l'art. 270-bis c.p.<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Cass., Sez. VI, 13.11.2003, Piccino e altro, in *CED*, 2003/2506.

<sup>237</sup> Cass., Sez. III, 9.10.2008, Martelli e altro, in *CED*, 2008/43192.

<sup>238</sup> Cass., Sez. I, 27.6.2007, Lioce e altri, in *CED*, 2007/37119.

Un rapporto di eterogeneità strutturale sussiste, come già visto, tra ricettazione *ex art.* 648 c.p., la cui condotta tipica è costituita da una “ricezione o acquisto”, e la fattispecie di cui all’art. 474 c.p., costituita invece da una detenzione per la vendita di un prodotto con segno distintivo falso, ragion per cui la Cassazione arriva normalmente a ritenere il concorso materiale tra le due ipotesi criminose, pur riconoscendo che l’una costituisce l’antecedente ordinario – ma non necessario – della seconda<sup>239</sup>.

Proprio prendendo spunto da tale impostazione è possibile ricostruire una specialità intesa in senso ampio e valutativo, come strumento per affermare un concorso apparente anche ove non sussista una specialità unilaterale; ma solo a patto che una qualche forma di interferenza, di sovrapposizione strutturale tra fattispecie vi sia; solo a patto che sussista, insomma, almeno una situazione di specialità reciproca.

È quindi possibile affermare che, salvi i casi semplici, si avverte il bisogno di interrogarsi circa la natura meramente apparente di un concorso tra norme incriminatrici, laddove l’applicazione congiunta di dette norme imporrebbe di computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell’una ora dell’altra fattispecie<sup>240</sup>: tanto accade, in effetti, nelle ipotesi in cui una medesima vicenda concreta risulti qualificabile, al contempo, da due fattispecie in rapporto di specialità, unilaterale e reciproca. La natura ostativa del *bis in idem* sostanziale rispetto al realizzarsi di un concorso di reati viene quindi affermata o negata in ragione di considerazioni teleologiche e valutative.

Non mancano peraltro posizioni che recepiscono tale impostazione, esplicitando il rilievo secondo cui il rapporto di specialità (almeno reciproca), costituisce il presupposto necessario per poter affermare la natura apparente del concorso di norme incriminatrici; anzi ritenendo tale presupposto non solo necessario, ma addirittura sufficiente (per cui,

---

<sup>239</sup> Cass., Sez. Un., 9.5.2001, Ndiaye, in *Riv. pen.*, 2002, 57.

<sup>240</sup> G.L. FANULI - A. LAURINO, *op. cit.*

sembrerebbe, mai potrebbe esservi concorso formale in presenza d'una relazione di interferenza tra fattispecie; fatta salva, si intende, l'ipotesi di interferenza per la sola condotta, riconducibile all'art. 81 comma 1 c.p.), salvo poi ricorrere comunque a criteri "di valore" per stabilire quale norma debba prevalere, e manifestando altresì in vari passaggi una formale adesione alla giurisprudenza prevalente, resta a ragionare di specialità in termini rigorosamente strutturali.

In quest'ottica, si può ricordare l'importante decisione delle Sezioni Unite che ha definito espressamente in termini di "specialità reciproca" il rapporto tra truffa e utilizzo abusivo di carta di credito (art. 12 d.l. 3.5.1991, n. 143, conv. in legge 5.7.1991, n. 197), giacché la prima fattispecie, oltre a caratterizzarsi per gli elementi aggiuntivi del "danno" e del "profitto", è integrata da una condotta di "artifici o raggiri" qualificabile come una particolare ipotesi dell'"indebito utilizzo" cui allude la fattispecie contrapposta, la quale peraltro precisa in termini più specifici l'oggetto materiale. Il giudice ha riconosciuto che questo tipo di relazione tra fattispecie fa sì che le stesse disciplinino una medesima materia, *ex art. 15 c.p.*, talché il concorso che si determina ha natura meramente apparente; affermare un concorso di reati, in un caso del genere, significherebbe in sostanza punire il soggetto due volte per lo stesso fatto – o almeno per un medesimo complesso di fatti – in contraddizione col principio del *ne bis in idem* sostanziale e quindi con palese mortificazione delle funzioni positive integratrici del sistema penale.

D'altra parte una "medesima materia" vi sarebbe anche ragionando esclusivamente in termini di "bene giuridico", giacché quello delineato dall'art. 12 cit. è reato plurioffensivo posto a tutela anche del patrimonio individuale, esattamente come l'art. 640 c.p.

Per l'individuazione della norma applicabile, ci si affida poi al criterio (valoriale) della "consunzione", che attribuisce prevalenza alla disposizione

incriminatrice più gravemente sanzionata (in questo caso l'art. 12 d.l. n. 143/1991), in quanto idonea ad esaurire in sé il disvalore proprio anche della fattispecie "assorbita"<sup>241</sup>.

Il criterio di *ne bis in idem* sostanziale, desumibile dagli artt. 15, 68, 84 c.p., in virtù del quale un fatto tipico "unico" non può essere sottoposto ad una valutazione "plurima" alla stregua di diverse fattispecie incriminatrici, è anche riconosciuto dalle Sezioni Unite con la sentenza Ndiaye del 9 maggio 2001, secondo cui due ipotesi criminose si riferiscono ad un fatto "unico" (ad una "medesima materia", *ex art. 15 c.p.*), quando ognuna di esse contempla gli stessi coefficienti tipici dell'altra, aggiungendone altri, o specificandone alcuni: circostanza che non si verificherebbe nei rapporti tra gli artt. 474 e 648 c.p.

La sentenza, come già visto, sembra contare soprattutto su di un criterio di carattere strutturale, tanto da criticare apertamente l'attenzione che la giurisprudenza dà alla corrispondenza quanto a "bene giuridico", con argomenti tratti dalla prevalente dottrina. È interessante notare, nondimeno, come anche questa sentenza, che pure in buona misura si discosta dalla giurisprudenza prevalente apparendo casomai debitrice delle più autorevoli posizioni emerse in dottrina, non disdegna tuttavia un confronto anche di tipo valoriale tra le fattispecie in esame, in particolare alla luce del criterio di consumazione, arrivando anche per questa via ad affermare la sussistenza di un concorso materiale e non apparente. Da ultimo, in tema di rapporti tra infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) e appropriazione indebita (art. 646

---

<sup>241</sup> Cass., Sez. Un., 28.3.2001, Tiezzi, cit. Conforme alla decisione delle Sezioni Unite, successivamente, Cass., Sez. V, 12.12.2005, Capacchione, in *CED*, 2005/6695; mentre Cass., Sez. I, 23.4.2004, Colesanti, in *CED*, 2004/26300, precisava che l'assorbimento della truffa nella fattispecie di indebita utilizzazione non poteva avvenire riguardo ad artifici o raggiri ulteriori rispetto al mero utilizzo della tessera, come in particolare la rimagnetizzazione, con ciò testimoniando ulteriormente come le ragioni del concorso apparente debbano riconoscersi soltanto in quei casi in cui la contraria opzione implicherebbe una duplice valutazione di un medesimo substrato fattuale. Si consideri, nondimeno, che tra le due fattispecie in esame sembra piuttosto intercorrere una rapporto di corrispondenza solo per la condotta, nel senso che uno stesso comportamento in concreto può configurare la condotta tipica di entrambi i reati, senza che poi altri dati fattuali necessari per ritenere integrata l'una fattispecie debbano essere presi in considerazione per la consumazione dell'altra, sicché parrebbe corretto asserire la sussistenza di un concorso formale.



c.p.)<sup>242</sup> è stato affermato che tra le due fattispecie intercorrerebbe un rapporto di specialità reciproca, descritto in termini squisitamente strutturali (cioè senza riferimenti al “bene giuridico protetto”): si afferma infatti che “la tipizzazione dell’infedeltà patrimoniale ha come necessario elemento la relazione tra un preesistente conflitto di interessi [...] e le finalità di ingiusto profitto o altro vantaggio dell’atto di disposizione. La specialità dell’appropriazione indebita è rappresentata dalla natura del bene (denaro o cosa mobile), che solo ne può essere oggetto, e dall’irrilevanza del perseguimento di un semplice “vantaggio” in luogo del “profitto”. Le due fattispecie presentano un ambito di comunanza nell’elemento costitutivo della *deminutio patrimonii* e dell’ingiusto profitto; si differenziano e caratterizzano nell’ulteriore elemento del preesistente ed autonomo conflitto di interessi, che connota l’infedeltà patrimoniale ed è, invece, assente nell’appropriazione indebita”. In realtà, tuttavia, i momenti di sovrapposizione strutturale non sono così evidenti; essi si colgono, volendo, ove si consideri i beni societari per definizione “nel possesso” dell’amministratore, e l’atto di disposizione sui medesimi in conflitto di interessi una forma paradigmatica di “appropriazione”.

Ad ogni modo, la Cassazione ritiene debba prevalere la disposizione del codice civile ove nel caso concreto sia ravvisabile il presupposto del conflitto di interesse, da interpretarsi peraltro in modo restrittivo, ché altrimenti non vi sarebbero spazi rilevanti di applicazione dell’art. 646 c.p. in ambito societario. Ove manchi qualsiasi conflitto di interessi, sarà invece la disposizione dell’art. 646 c.p. a trovare applicazione, sussistendone tutti gli altri requisiti.

In dottrina, l’idea che la sussistenza di un concorso apparente dipenda da un’identità di bene giuridico – perché tanto significherebbe il

---

<sup>242</sup> Cass., Sez. II, 3.12.2009, Consorte, in *Guida dir.*, 2010, 22, 73.

riferimento alla “medesima materia” nel quadro dell’art. 15 c.p. – trova ormai scarso credito, prevalendo decisamente le critiche al riguardo.

Per quanto concerne la “lettera” dell’art. 15 c.p., si sottolinea ad es. che un “bene giuridico” non viene “regolato”, ma casomai “tutelato” da una norma di legge; per altro verso, la norma non si riferisce solo a norme incriminatrici, ma anche a disposizioni di altro tipo, rispetto alle quali non è in considerazione la tutela di un bene giuridico<sup>243</sup>.

Tale interpretazione poi, se presa sul serio, condurrebbe, come già visto, all’assurda conseguenza di escludere la natura apparente del concorso tra diverse fattispecie poste in rapporto di specialità unilaterale, dato che questo tipo di rapporto intercorre spesso tra fattispecie poste a tutela di interessi differenti.

Ma la più seria implicazione negativa del criterio del bene giuridico è costituita dal fatto che esso rimette interamente a considerazioni di valore *praeter legem* la soluzione di una questione essenzialmente di tipicità, qual è quella inerente alla sussistenza di un concorso di norme, in tal modo contrastando prima di tutto col principio di stretta legalità.

Le scelte del legislatore non appaiono infatti in grado di imbrigliare in alcun modo le opzioni interpretative sul tappeto, atteso che la sovrapposizione parziale di fattispecie potrebbe avallare *sempre*, volendo, il riconoscimento d’una coincidenza almeno “relativa” tra oggettività giuridiche, specie ove si voglia far ricorso al paradigma della “plurioffensività”, che moltiplicando i “beni giuridici” sottesi alla singola figura criminosa, accresce proporzionalmente gli spazi per interferenze con gli orizzonti di tutela di altre disposizioni incriminatrici. Per altro verso, tuttavia, gli elementi di diversità sempre sussistenti tra fattispecie poste a confronto, legittimano, in egual modo, l’affermazione di una non

---

<sup>243</sup> B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 198.

coincidenza tra oggettività giuridiche, e dunque il riconoscimento di un concorso di reati.

In breve, il criterio del bene giuridico consente di sostenere con eguale efficacia, negli stessi casi, sia la tesi del concorso apparente, sia quella del concorso reale, semplicemente valorizzando ora gli elementi di corrispondenza tra le fattispecie a confronto, ora quelli di diversità. Così, ad es., il rapporto tra estorsione e turbata libertà degli incanti può essere espresso nei termini di un concorso apparente semplicemente ritenendo la seconda posta a tutela anche dell'autodeterminazione del privato su questioni patrimoniali, come dimostrato proprio da quegli elementi costitutivi che creano una sovrapposizione strutturale con l'estorsione; ma egualmente si può individuare un concorso formale, ove invece si affermi una diversità di oggettività giuridica, argomentando dalla diversità strutturale, oltre che dalla diversa collocazione sistematica.

L'affermazione della natura "plurioffensiva" di un reato, se normalmente è il modo per individuare coincidenze, quanto a beni giuridici tutelati, tra fattispecie altrimenti inserite in contesti sistematici differenti, può essere volendo l'argomento per sostenere, in termini esattamente contrari, la non piena corrispondenza tra l'oggettività giuridica di disposizioni incriminatrici invece contigue e chiaramente ispirate ad un'analoga finalità di tutela, ai fini dell'applicazione dell'art. 81 comma 1 c.p.: così, riguardo ai rapporti tra il "vecchio" art. 341 c.p. – che tutelerebbe non solo il prestigio della pubblica amministrazione, ma anche quello del singolo pubblico ufficiale – e l'art. 342 c.p.

Per altro verso, tuttavia, da tempo si avverte la necessità di estendere la categoria del concorso apparente a situazioni ove sussista una sovrapposizione strutturale tra fattispecie non necessariamente caratterizzata nei termini di una specialità unilaterale, qualora si avverte che l'applicazione delle pene previste per ogni singola fattispecie

violerebbe il canone del *bis in idem* sostanziale, con conseguente pregiudizio per le funzioni del sistema penale.

Una sensibilità in tal senso già è dimostrata da quell'interpretazione che legge il concetto di "medesima materia" come riferito non solo ai casi di "specialità in astratto", ma anche a quelli di "specialità in concreto", cioè riconoscibile notando una convergenza di fattispecie, tra di loro non unilateralmente speciali, su di un medesimo "fatto in concreto".

Tale impostazione si espone tuttavia a critiche difficilmente superabili: in primo luogo, non è possibile valutare se il fatto concreto regolato da due disposizioni penali sia il medesimo, se non facendo riferimento ad una corrispondenza sussistente già tra elementi del fatto astratto, dato che solo alla luce di questi ultimi è possibile selezionare, tra le infinite connotazioni della vicenda storica, quelle penalmente tipiche, di cui considerare l'eventuale "unicità".

D'altronde, guardando solo al "quadro di vita" di riferimento, senza indugiare su di una considerazione dei rapporti logico-formali tra fattispecie, è impossibile tracciare una chiara linea di demarcazione tra i casi di concorso apparente e quelli di concorso formale, essendo anche questi ultimi pur sempre contraddistinti dall'intervento eventuale di più norme su di un medesimo fatto storico. La constatazione di una convergenza di più norme su di un "medesimo fatto concreto" rimane comunque alla base dell'intuizione di chi<sup>244</sup> ha sostenuto che affermare la sussistenza di un concorso formale in caso di specialità reciproca (salvi i casi riportabili all'art. 81 c.p.) si porrebbe in contrasto di un criterio di *ne bis in idem* sostanziale, elevato a vero e proprio principio generale, tratto, per analogia, dagli artt. 15, 68, 84 c.p., oltre che dalle c.d. "clausole di riserva".

---

<sup>244</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 460 ss.

Su questa scia, a ben vedere, è possibile sviluppare il discorso affermando che l'applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici ad un fatto caratterizzato da un disvalore unitario può condurre ad una palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione del sistema penale.

Senonché, non v'è bisogno di ricorrere a problematici procedimenti analogici per ritenere apparente il concorso tra fattispecie poste in (taluni) rapporti di specialità reciproca; è difatti ben possibile un'interpretazione estensiva dell'art. 15 c.p., a partire dalla clausola della "stessa materia", che ben può dirsi riferita anche ai casi in esame<sup>245</sup>. Invero, una "medesima materia" sussiste sicuramente quando due disposizioni si differenziano soltanto per un elemento specifico, oppure aggiuntivo, come dimostrato dalla pacifica riconducibilità all'art. 15 c.p. delle ipotesi di specialità unilaterale, appunto, per specificazione o per aggiunta. In tali casi, il tipo di diversità strutturale determinata dagli elementi specializzanti non è in grado di determinare una diversità di materia, perché l'elemento "specifico" costituisce pur sempre una delle possibili forme di manifestazione del corrispondente elemento contenuto nella fattispecie generale; mentre l'elemento aggiuntivo della disposizione unilateralmente speciale non "incontra", in quella generale, un elemento anch'esso ulteriore, rispetto al quale possa dirsi eterogeneo.

Ma se così è, come è stato ben detto, anche in ipotesi di *specialità reciproca bilateralmente per specificazione*, oppure *da un lato per specificazione e dall'altro per aggiunta*, la materia regolata è la medesima<sup>246</sup>. Nel primo caso, infatti, le fattispecie poste a confronto si distinguono solo in virtù di elementi "specifici", i quali, come già detto, non sono in grado di determinare una diversità rilevante. Nel secondo caso,

---

<sup>245</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, 379 ss.

<sup>246</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

se una delle due norme si caratterizza, ancora una volta, in ragione di un elemento specifico, l'elemento aggiuntivo descritto dall'altra non incontra, nella fattispecie contrapposta, un fattore costitutivo ulteriore di cui possa predicarsi la "diversità".

I residui casi di "specialità reciproca bilateralmente per aggiunta" sarebbero, invece, disciplinati dall'art. 81 comma 1 c.p., posto che ciascun elemento "ulteriore" si palesa come "diverso" rispetto a quello presente nella fattispecie contrapposta.

Di tale interpretazione è stata posta in dubbio la distinzione "qualitativa" che ne costituisce l'ossatura, ovvero quella tra elementi "aggiuntivi" ed elementi "specializzanti".

Si è infatti sottolineato<sup>247</sup> come ogni elemento "specializzante" non faccia altro che aggiungere un *quid pluris* al corrispondente elemento generale (così, nel concetto di pubblico ufficiale rifluirebbero quello di "persona" congiuntamente al profilo *aggiuntivo* dello svolgimento di un certo servizio), e come ogni elemento aggiuntivo, dal canto suo, non costituisca che una specificazione di situazioni caratterizzanti la norma generale<sup>248</sup> (così, quello mediante violenza o minaccia non sarebbe che un particolare caso di "atto sessuale").

Senonché, anche senza indugiare sulla distinzione tra elementi aggiuntivi e specializzanti, è stato acutamente sostenuto che regolano la stessa materia quelle norme che, *in ragione del particolare rapporto strutturale tra loro intercorrente, sono idonee, se applicate congiuntamente, ad attribuire analoga rilevanza giuridica ad un medesimo profilo fattuale di un determinato "quadro storico di vita"*<sup>249</sup>.

Con riferimento alle disposizioni incriminatrici, tali saranno, per l'appunto, quelle poste tra loro in un rapporto di specialità o di specialità

---

<sup>247</sup> A. PAGLIARO, *op. cit.*

<sup>248</sup> B. ROMANO, *op. cit.*, 290.

<sup>249</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

reciproca, capaci di elevare ad “elemento costitutivo tipico” di più fattispecie un unico “fatto”; a meno che tale plurima qualificazione non abbia ad oggetto soltanto un’unica azione od omissione, posto che, in questo caso, a legittimare il sorgere di un concorso di reati interviene, come già precisato, l’art. 81 comma 1 c.p.

In effetti, ad una tale conclusione si può pervenire proprio in virtù di un confronto tra l’art. 81 e l’art. 15 c.p. La *ratio* della disciplina del concorso formale, invero, si comprende soltanto rispetto a situazioni in cui vi è unicità di condotta, ma per il resto gli elementi connotanti il disvalore delle fattispecie convergenti risultano tutti integralmente ed autonomamente realizzati nel caso concreto. Pertanto, andranno ricondotti all’art. 15 c.p. i casi in cui ad essere concretamente “unici” siano *altri* elementi fattuali, tipici alla stregua di entrambe le ipotesi criminose concorrenti.

L’articolo da ultimo citato, d’altronde, si attaglia a dette situazioni, sia per la sua *ratio* – ispirata dal principio del *ne bis in idem* sostanziale – sia per il suo tenore letterale. L’art. 15 è infatti testualmente riferito anche ai casi di convergenza tra corpi normativi considerati nella loro interezza (“leggi penali”), tra i quali certo non può intercorrere un rigoroso rapporto strutturale di genere a specie; ciò dimostra come il concetto di “specialità”, in quella norma, sia inteso in senso lato, non solo come riferito alle ipotesi di “specialità unilaterale”. In particolare, ove si tratti d’un rapporto tra leggi penali, legge speciale potrà ad es. definirsi quella che si attaglia ad un numero più ristretto di casi, tra quelli altrimenti disciplinati dalla legge generale; casi che solitamente saranno caratterizzati dall’inerire ad una certa, specifica attività umana, o comunque ad una specifica categoria di persone.

Ora, questo parametro di scelta della normativa concretamente applicabile – di tipo *qualitativo* e non già *logico-strutturale* – è, a ben

vedere, sia pur con gli opportuni adattamenti, *quello che meglio si attaglia anche al concorso apparente tra più norme in rapporto di specialità reciproca*<sup>250</sup>. Essendo tali norme tra loro ad un tempo “generalì” e “speciali”, la prevalenza potrà essere attribuita a quella che si atteggi come “più specifica”, ovvero meglio capace di esprimere ed esaurire il peculiare significato offensivo del fatto<sup>251</sup>.

Così, potrà considerarsi (più) speciale quella norma che si riferisca ad un ambito più circoscritto di soggetti attivi, dovendosi presumere che il legislatore abbia con essa voluto delineare, in relazione a determinate tipologie delittuose, un particolare ed autonomo “statuto penale” per certi soggetti, in ragione delle funzioni svolte.

D'altra parte, come il criterio del soggetto attivo non può ritenersi l'unico caratterizzante una “legge speciale”, così anche la scelta della disposizione prevalente tra due speciali bilateralmente potrà enfatizzare altri aspetti delle figure criminose poste a confronto.

Così, in via secondaria, norma “speciale” potrà ritenersi quella “maggiormente specifica”, ovvero quella qualificata dal maggior numero di elementi specializzanti.

Nel caso in cui, infine, nessuno di questi parametri risulti utilizzabile, criterio risolutivo potrà essere quello sanzionatorio misto all'uso di canoni di valore complessivi circa la corrispondenza dell'entità della sanzione al disvalore offensivo complessivo del fatto alla luce delle funzioni positivo-integratrici del sistema penale; nel senso che dovrà ritenersi in linea di principio, anche se non necessariamente, applicabile la norma che preveda la reazione penale più severa, presumendosi che ciò dimostri la sua maggiore attitudine ad esprimere il disvalore complessivo del fatto.

---

<sup>250</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

<sup>251</sup> A. VALLINI, *op. cit.*



Non è infatti ammissibile, in un sistema teleologicamente orientato agli scopi positivi della pena, l'applicazione al medesimo fatto di norme gerarchicamente ordinate quanto al profilo di offensività.

Senza considerare che l'uso di parametri strutturali, pur riaffermando le fondamentali esigenze di legalità del sistema penale, risultano poco funzionali specie nel caotico sistema normativo extra-codicistico<sup>252</sup>.

Il ricorso a criteri sostanzialmente di valore sarà nondimeno necessario solo nei casi in cui l'individuazione della norma prevalente non sia già stata compiuta una volta per tutte dalla legge, mediante una c.d. "clausola di riserva"; eventualità cui allude l'ultima parte dell'art. 15 c.p., ove si considera la possibilità d'una disposizione di legge che stabilisca un criterio di risoluzione del conflitto tra norme concorrenti differente da quello della fattispecie "più specifica".

Ragionando in questo modo, tuttavia, si determina, come già accennato, una "metamorfosi" della nozione di specialità, in quanto si interpreta in termini di *specialità unilaterale* una relazione tra fattispecie *bilateralmente speciali* – "interferenti" quanto a scopi di tutela – nessuna delle quali è necessariamente ed interamente "contenuta" nell'altra.

La sussistenza di una relazione di specialità reciproca, laddove caratterizzata dalla conseguente applicazione del regime del concorso formale, conduce tuttavia ad un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed incoerente rispetto alle "finalità politico criminali" perseguite dal legislatore<sup>253</sup>, il quale dovrebbero implementare il *modello costituzionale* di lotta al delitto costruito a partire dagli scopi della pena.

Proprio per queste ragioni, pare opportuno rivitalizzare la lettura che risolve il rapporto di bilateralità reciproca in base al ricorso a criteri di valore quali sono quelli posti alla base del principio di *consunzione*.

---

<sup>252</sup> Per una stimolante ambientazione del fenomeno della convergenza di norme nell'ipertrofica legislazione penale attuale, M. PAPA, *op. cit.*, 119 ss.

<sup>253</sup> E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*

L'introduzione di canoni di valore, a ben vedere, non pare possa essere evitata mediante il ricorso ai soli criteri strutturali<sup>254</sup>: la materia del concorso di norme è infatti così intrisa di valutazioni equitative legate al disvalore del singolo fatto concreto, che la sua soluzione sulla scorta di rigidi criteri formali, anche se in teoria più rispettosa delle esigenze della legalità, non conduce ad esiti soddisfacenti.

Così la situazione è la seguente: da un lato le teorie monistiche, che privilegiano una lettura estensionale delle norme penali, esaltino la portata garantista del *Tatbestand*, dall'altro lato, quelle pluralistiche, più attente ai profili intensionali, ne mettono piuttosto in risalto il contenuto di offensività.

Ciononostante, le pur legittime preoccupazioni che può destare l'introduzione di un criterio di valore come la consunzione, che affida un così ampio spazio alla scelte discrezionali dell'interprete, possono essere in concreto mitigate dalla constatazione dell'uso *moderato* e *sussidiario* di tale discrezionalità; del resto un uso accorto di criteri di valore è rinvenibile in diverse pronunce della nostra giurisprudenza, la quale, tra l'altro, tradizionalmente restia a riconoscere espressamente criteri di soluzione del conflitto diversi dalla specialità, e solo negli ultimi anni, come già visto, sta cautamente aprendo a considerazioni di valore la materia del concorso di norme.

Proseguendo in questa ipotesi di lavoro, emerge l'esigenza di estendere il campo del concorso apparente oltre le ipotesi di specialità unilaterale, ed in particolare ai casi in cui le disposizioni, in quanto strutturalmente poste in un rapporto di specialità reciproca, se applicate congiuntamente darebbero luogo ad un fenomeno di doppio computo di medesimi dati di fatto (*bis in idem* sostanziale), quindi in sostanza all'addebito di una responsabilità penale rispetto a più titoli di reato pur

---

<sup>254</sup> L. MASERA, *op. cit.*, 1162 ss.

manca, nella vicenda concreta, elementi materiali abbastanza diversificati, per numero e tipologia, da integrare davvero una pluralità di fattispecie tipiche; in questo modo, detto in estrema sintesi, si determina una violazione del principio di proporzione – connesso alla corrispondenza tra entità della pena e disvalore del fatto – e delle funzioni preventive, generali e speciali, positive della pena.

Diversi tuttavia gli esiti.

In giurisprudenza e in dottrina, infatti, l'affermazione o la negazione di un concorso di reati, in tali casi, è ulteriormente condizionata da un'indagine circa la corrispondenza tra beni giuridici tutelati, o che comunque valorizza, senza troppe mediazioni, profili di carattere squisitamente teleologico e politico-criminali: un approccio dagli esiti per forza opinabili e facilmente “manipolabili”, a seconda delle predilezioni del singolo interprete. Per quanto questa posizione abbia il pregio di un disincantato realismo, come ogni altro approccio valutativo al tema del concorso di norme, resta più convincente l'atteggiamento di quella dottrina, che sulla scorta di un'attenta analisi della *ratio* e del tenore letterale degli artt. 15, 81 e 84 c.p., fa dipendere la natura reale o apparente del concorso soltanto da un confronto strutturale tra fattispecie.

Deve tuttavia sottolinearsi che anche in questa prospettiva considerazioni di valore successive sono inevitabili: in primo luogo quando si tratta di definire i contorni tipici del fatto astratto, impegno cui soccorrono, tra le altre, valutazioni teleologiche, quindi influenzata da una considerazione delle finalità di tutela perseguite<sup>255</sup>; in secondo luogo quando, *individuata una relazione di specialità reciproca*, è necessario individuare la norma prevalente sulla base del raccordo con le funzioni complessive del sistema penale. Tuttavia, simili valutazioni restano condizionate, in modo “verificabile”, da indici univocamente deducibili dal

---

<sup>255</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 261.

precetto, quali le qualifiche del soggetto attivo, il numero di elementi specializzanti, l'entità della risposta sanzionatoria e, specialmente, gli scopi finalistici del sistema complessivo di giustizia penale.

Proprio in considerazione delle suesposte argomentazioni, è possibile individuare un punto di equilibrio tale da contemperare le contrapposte esigenze – di ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio all'offesa cagionata, da un lato, e di legalità (determinatezza/tassatività), dall'altro –, per giungere a sostenere che la nozione di specialità potrebbe essere intesa come *strumentale* ad una più generica valutazione degli scopi di tutela e persino degli orientamenti politico-criminali del legislatore<sup>256</sup>; il che equivale ad utilizzare il criterio di consunzione, cioè un parametro dichiaratamente “valutativo” e non strutturale, in chiave di complementarietà teleologica rispetto alle ipotesi problematiche di specialità bilaterale.

In questo modo, ad un preliminare confronto morfologico tra gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici, consentaneo ad esigenze di stretta legalità, seguirebbe l'applicazione di un criterio di valore, che valorizza il momento dell'offesa complessiva al bene giuridico, solo laddove a seguito della prima valutazione si pervenga ad esiti incompatibili con gli scopi (di prevenzione/integrazione) perseguiti da un sistema penale ragionevole e teleologicamente orientato.

Il riferimento alla dimensione dell'offesa, infatti, è coerente con l'impostazione che assegna al canone dell'offensività il compito di integrare e ridurre la portata della tipicità, verificando la funzionalità sostanziale e complessiva del sistema<sup>257</sup>.

È bene però rimarcare che pare indispensabile questa variante “valutativa” della nozione di “specialità” solo quando ci si trovi di fronte

---

<sup>256</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 275 ss.

<sup>257</sup> D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, 201 ss.

situazioni di coincidenza strutturale parziale tra fattispecie, non atteggiata in termini di specialità unilaterale.

In altri termini, anche la specialità può essere intesa in senso ampio e valutativo, come strumento per affermare un concorso apparente laddove, come nelle ipotesi di raffronto tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato, non sussista una specialità unilaterale; ma solo a patto che una qualche forma di interferenza, di sovrapposizione strutturale tra fattispecie vi sia e solo a patto che sussista, insomma, almeno una situazione di specialità reciproca (poco importa che si utilizzi espressamente questo termine).

Così, quando (*e solo quando*) si avverte che l'applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici conduce a computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell'una ora dell'altra fattispecie, con palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione (nonché del *ne bis in idem* sostanziale), risulta necessario applicare criteri di valore tali da riaffermare le istanze di garanzia sottese ai principi appena menzionati.

In un'ottica struttural/funzionalistica, dunque, l'adesione a tale impostazione implementa le esigenze di prevenzione generale positiva, atteso che mentre l'applicazione della disciplina (rigorosa) del concorso di reati a fronte di un fatto caratterizzato da un disvalore unitario si risolve certamente in un ostacolo alla realizzazione delle finalità perseguite da un modello politico-criminale razionale, poichè viene intorbidita la lettura sociale di legittimità di quella parte dell'ordinamento rendendone incerta la funzione di (promozione e di) consolidamento della fiducia istituzionale; per contro, specie nel sistema rigoristico delineato dal codice Rocco, l'applicazione della sola disposizione in grado di esprimere il disvalore complessivo di offesa del fatto valorizza esiti di orientamento culturale razionale, spontaneo e consapevole.

Con riferimento, poi, agli scopi di prevenzione speciale positiva, poi, il regime del concorso di reati rischia di nuocere anche alla loro implementabilità; invero, il soggetto che si vedesse condannato per una pluralità di reati (in concorso fra loro) per un fatto la cui offensività è esaurita da una sola disposizione incriminatrice, sarebbe portato – inevitabilmente – a considerare ingiusta la propria condanna e ad assumere un atteggiamento di ostilità verso l'ordinamento, derivandone, con ogni probabilità, la chiusura degli ambiti necessari per una collaborazione con finalità risocializzante. Per contro, l'offerta di recupero sociale viene più facilmente accettata spontaneamente dal reo qualora l'entità della sanzione sia proporzionato e ragionevole, come si verifica nel caso di applicazione del concorso apparente di norme.

**3.6. Le clausole di riserva. Il criterio della sussidiarietà** – Per risolvere il problema del concorso di norme spesso il legislatore inserisce nella disposizione di parte speciale una clausola di riserva, volta a sancire la soccombenza di detta disposizione in caso di concorso con altre su di un medesimo fatto, secondo un modello di concorso apparente.

Dall'analisi complessiva di queste clausole la dottrina ha elaborato il principio di sussidiarietà che, accanto a quello di specialità, dovrebbe costituire un ulteriore criterio diretto a risolvere il concorso apparente di norme.

In linea generale esso presuppone l'astratta sussumibilità della fattispecie concreta all'interno di una pluralità di disposizioni normative poste in relazione gerarchica<sup>258</sup>. La concorrenza delle norme si risolve con la prevalenza della norma primaria; ove quest'ultima non sia in concreto applicabile, troverà spazio quella vicaria.

---

<sup>258</sup> Riferimenti in M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 182.

In realtà, non tutta la dottrina ammette che nel nostro ordinamento sia presente un principio di sussidiarietà avente carattere generale, non trovando esso fondamento diretto, a differenza del criterio di specialità sancito dall'art. 15 c.p., in alcuna norma di legge. Inoltre, nelle diverse impostazioni dottrinali che invece riconoscono uno spazio a simile principio, il significato e la portata di esso dipendono, in primo luogo, dal ruolo riservato al principio di specialità, ed in secondo luogo, dal riconoscimento o meno, nell'ambito del sistema penale, di quello di consunzione.

Da parte della dottrina favorevole a riconoscere il principio in esame, si fa riferimento, innanzitutto, alla sussidiarietà espressa, situazione che ricorre laddove il legislatore abbia inserito una clausola di riserva nel testo di una norma incriminatrice<sup>259</sup>.

Le clausole di riserva, a loro volta, possono essere più o meno determinate. In tal senso si definiscono come determinate quelle in cui la norma primaria è individuata in modo specifico con esplicito rinvio all'articolo. Classico esempio è il favoreggiamento reale di cui all'art. 379 c.p., che si dichiara applicabile "fuori (...) dei casi previsti dagli articoli 648, 648 bis e 648 ter (...)". O ancora l'art. 600-*quater* rispetto all'art. 600-*ter* c.p. In questi casi, quando il fatto concreto, oltre ad integrare gli estremi del reato descritto dalla norma contenente la clausola di riserva, realizza anche gli estremi dell'altro reato, troverà applicazione soltanto la norma alla quale fa rinvio la clausola di riserva. Tali clausole, evidentemente, sono quelle nelle quali si pongono minori problemi di interpretazione.

---

<sup>259</sup> Nel senso che le clausole di riserva, lungi dall'essere espressione di un principio a sé stante, avrebbero la funzione di affermare l'assorbimento di fattispecie in rapporto di specialità reciproca, fatta eccezione per alcune clausole che si limiterebbero a ribadire il criterio di specialità, si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 493. Parimenti, nel senso che una buona parte di ipotesi riconducibili alla figura della specialità bilaterale si riscontra nei rapporti tra norme collegate da clausole di riserva, G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 61, nota 9. Secondo una diversa impostazione, salvo i possibili dubbi sull'interpretazione della formula di riserva, non è lecito parlare di concorso apparente quando una espressa precisazione legislativa esclude *in nuce* qualsiasi possibilità di incertezza sulla norma applicabile. Per conseguenza, il cosiddetto principio di sussidiarietà espressa dovrebbe essere posto fuori dello schema del concorso apparente di norme (così, L. CONTI, *op. cit.*, 1016).

Di più incerta valutazione sono le clausole c.d. relativamente indeterminate, che si presentano quando la norma è individuata con formule del tipo se il fatto non costituisce un più grave reato (così l'art. 494 c.p. risulta applicabile solo "se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica"; l'art. 323 c.p. solo qualora "il fatto non costituisca un più grave reato"; quest'ultima tipologia di clausola rimanda ad una considerazione della pena edittale nel massimo e, in caso di pari gravità del massimo, nel minimo) – e assolutamente indeterminate, ove il rinvio è privo di qualsivoglia indicazione specifica – ad esempio, se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge (v. ad es. l'art. 616 comma 1 c.p.)<sup>260</sup>. Queste ultime, infatti, non risolvono il concorso apparente, se non presupponendo, al fine di giustificare una relazione gerarchica fra disposizioni, che la norma primaria rappresenti uno stadio di offesa più intensa allo stesso bene giuridico o ad un bene omogeneo rispetto a quella secondaria<sup>261</sup>. In altri termini, l'omogeneità dei beni giuridici tutelati è evidentemente scontata ove vi sia una clausola di riserva determinata. In questo caso, però, è lo stesso legislatore che su questo presupposto provvede a indicare quale fattispecie debba prevalere. Invece, negli altri casi, a fronte di un generico richiamo ad un'altra norma non identificata, non è sempre agevole comprendere quando la clausola imponga la selezione di una sola disposizione applicabile e quando,

---

<sup>260</sup> Sul punto, si veda S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 536. Nell'ambito di tali clausole si è fatto l'esempio di chi provochi un incendio dando fuoco ad un edificio adibito ad azienda industriale. Nel caso in cui il fatto concreto integri gli estremi di un sabotaggio *ex art.* 508, 2° co. c.p. e di un incendio *ex art.* 423 c.p., per espressa indicazione del legislatore, la norma sul sabotaggio si applica solo «qualora il fatto non costituisca un più grave reato». Si tratta, dunque, di una norma sussidiaria rispetto a quella dell'incendio (sul punto, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 297).

<sup>261</sup> Fra gli autori che accolgono l'esistenza di un principio di sussidiarietà, è in ogni caso ricorrente l'idea che il principio di sussidiarietà esprima una relazione fra norme che tutelino, in stadi diversi, un bene giuridico omogeneo (così, MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 298).



viceversa, tale clausola non operi, essendo le norme concorrenti eterogenee<sup>262</sup>.

Da segnalare, poi, le ipotesi in cui la norma generale afferma la prevalenza della norma speciale.

Una simile clausola di riserva risulta, è vero, in buona misura inutile, in quanto mera ripetizione della regola di cui all'art. 15 c.p.; eppure recente giurisprudenza, affrontando ad es. il significato della clausola contenuta nell'art. 2621 c.c. (contravvenzione di false comunicazioni sociali senza danno) che fa “salvo quanto previsto nell'art. 2622” (delitto di false comunicazioni sociali con danno), ha precisato che la stessa serve a chiarire come la prima ipotesi di reato trovi applicazione *tutte le volte in cui non sia possibile ricorrere alla seconda anche per ragioni meramente procedurali*, ad es. inerenti al regime della querela<sup>263</sup>.

Il rinvio dell'ultimo comma dell'art. 15 c.p. alle “clausole di riserva” potrebbe ancora ritenersi superfluo, posto che esse ben potrebbero operare, come qualsiasi altra norma di legge, anche senza essere a ciò “autorizzate” da altra disposizione.

In realtà, quel rinvio crea un legame tra il campo applicativo della norma generale in tema di concorso apparente e le clausole in esame, chiarendo che le stesse operano rispetto a disposizioni volte a regolare la “medesima materia”, ai sensi del comma 1 dell'art. 15 c.p.: una precisazione particolarmente utile rispetto alle clausole di riserva relativamente determinate o indeterminate, che non definiscono in modo inequivoco quali sono le disposizioni di legge da ritenersi prevalenti.

In giurisprudenza<sup>264</sup>, è stato ritenuto che la clausola di riserva (“ove il fatto non costituisca più grave reato”) di cui all'art. 186 comma 2 c. strad.

---

<sup>262</sup> Proprio perché, come esattamente osservato, non sono le clausole a creare una determinata relazione tra norme, bensì è appunto quest'ultima a condizionare l'operatività delle clausole (cfr. G. A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 426).

<sup>263</sup> Cass., Sez. V, 24.10.2006, Coviello, in *CED*, 2006/39896.

<sup>264</sup> Cass., Sez. IV, 29.10.2009, Corridori, in *www.ipsoa.it*.

(guida in stato di ebbrezza) possa operare solo in rapporto con reati già destinati a concorrere apparentemente con la fattispecie in questione *ex art. 15 c.p.*

Tale decisione risulta criticabile perché è alquanto discutibile che non sussista sovrapposizione strutturale, tale da determinare una “medesimezza di materia” ai sensi dell’art. 15 c.p., tra la guida in stato di ebbrezza e l’omicidio colposo aggravato dalla violazione di norme in materia di circolazione stradale (la motivazione al riguardo è così essenziale da risultare ambigua ed elusiva); vuoi perché, per negare un concorso apparente di norme ci si affida infine al criterio, tanto abusato quanto inaccettabile, della diversità di bene giuridico tutelato, che ancora una volta si dimostra estremamente manipolabile: si afferma infatti che la contravvenzione tutelerebbe l’incolumità pubblica, l’art. 589 c.p. la vita; ma cosa avrebbe impedito di affermare che la disposizione del codice della strada è volta a prevenire offese alla vita e all’incolumità individuale (che d’altra parte sono valori funzionalmente correlati col concetto di “incolumità pubblica”), se si fosse voluti pervenire ad una soluzione diversa<sup>265</sup>?

Le disposizioni coinvolte dalla clausola di riserva saranno, dunque, quelle collocate in un rapporto di specialità reciproca con la norma di rinvio, eccettuati i casi di interferenza per la sola condotta (estranei all’art. 15 c.p.), nei quali si avrà un concorso formale ai sensi dell’art. 81 comma 1 c.p.; fatta salva, ovviamente, l’ipotesi in cui la clausola sia invece determinata ed affermi espressamente la propria validità proprio in quel caso. Deve però riconoscersi che quest’ultima ipotesi si verifica frequentemente, come dimostrato da approfondite ed autorevoli analisi, le quali, anche (ma non solo) per questo, concludono per la naturale inerenza delle clausole di riserva, ivi comprese quelle indeterminate o relativamente

---

<sup>265</sup> D. D’AURIA, *Omicidio colposo aggravato e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 714 ss.

indeterminate, anche a casi altrimenti destinati a dar luogo ad un concorso formale<sup>266</sup>.

Pure la giurisprudenza maggioritaria propende per la riferibilità delle clausole di riserva, tra l'altro, a situazioni di interferenza per la mera condotta; vuoi affermando genericamente – con un'espressione ricorrente in quasi tutte le sentenze in materia – che dette clausole si applicano “oltre i casi di specialità”, vuoi – ben più raramente – tematizzando la questione<sup>267</sup>.

In ogni caso, si ritiene che le clausole di riserva, anche quelle determinate, proprio perché espressamente volte a disciplinare convergenze di più norme su di un *medesimo fatto*, riguardino solo quelle figure tipiche, tra le tante eventualmente inserite nella disposizione richiamata, che presentano interferenze strutturali con la richiamante.

Così, ad es., è vero che l'art. 600-*quater* fa salve, genericamente, le ipotesi dell'art. 600-*ter*; ma detta precisazione opera nei rapporti tra “detenzione” e “cessione” di materiale pedopornografico, essendo comunque la prima ipotesi implicata strutturalmente nella seconda, ma non già rispetto alla relazione tra la stessa detenzione e la divulgazione di notizie finalizzate allo sfruttamento dei minori, giacché quest'ultima ipotesi

---

<sup>266</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 288.

<sup>267</sup> Ritiene operante la clausola di riserva dell'art. 15 t.u.l.p.s. rispetto all'ipotesi di cui all'art. 650 c.p., dopo aver sostanzialmente evidenziato una relazione di specialità reciproca tra le due disposizioni (perché non tutti i casi dell'una rientrano nel campo applicativo dell'altra, e viceversa) – ma solo al fine di escludere una specialità di carattere unilaterale, che avrebbe condotto a conseguenze assurde: Cass., Sez. I, 21.10.2005, Bledar, cit. (in termini analoghi Cass., Sez. I, 21.9.2005, Sincenko, in *CED*, 2005/36054). In questo caso, nondimeno, la clausola deroga casomai all'art. 9 legge n. 689/1981, definendo l'art. 15 t.u.l.p.s. un illecito amministrativo. Secondo Cass., Sez. II, 11.6.1996, Dell'Anna, in *Cass. pen.*, 1997, 711, in modo corrispondente opera la clausola “salvo che il fatto costituisca reato” contenuta nell'art. 176 comma 17 c. strad., ove si sanziona in via amministrativa il fatto di chi pone in essere qualsiasi atto volto ad eludere il pagamento del pedaggio autostradale, rispetto al reato – in rapporto di specialità reciproca – di insolvenza fraudolenta ex art. 641 c.p. Cass., Sez. V, 9.5.2003, Ferruti, in *CED*, 2003/24816, ritiene che la clausola posta in chiusura dell'art. 494 c.p. (“se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica”) implichi la prevalenza dell'art. 12 d.l. 3.5.1991, n. 143, nel caso in cui la sostituzione di persona si attui mediante un uso indebito di carta di credito, essendo appunto anche la seconda fattispecie posta a tutela della “fede pubblica”. Quest'ultima sentenza, tuttavia, non si sbilancia affatto circa la questione, generale, delle clausole di riserva relativamente determinate, per affermarne l'operatività solo tra fattispecie volte a regolare una “medesima materia” (sia pure intendendo quest'ultima, come usuale in giurisprudenza, nei termini di una corrispondenza di beni tutelati), ma si limita assai più modestamente ad interpretare in termini ampi il tenore letterale di quella specifica clausola di riserva.

criminosa delinea una fattispecie in tutto diversificata da quella di detenzione<sup>268</sup>.

Ciò premesso, appare evidente come nella concreta applicazione di siffatte clausole, e dunque nella scelta fra l'alternativa del concorso reale o apparente di reati, si ripresentino tutti i dubbi ermeneutici che caratterizzano il tema in esame. In ogni caso, secondo parte della scienza penalistica, il rilevante numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà espressa – siano esse più o meno determinate –, legittimerebbe la conclusione che tali clausole obbediscano ad un principio di portata generale, in grado di operare non solo in casi di sussidiarietà espressa ma anche in casi di sussidiarietà tacita.

In simile prospettiva, ricorrerebbe quest'ultima quando due norme incriminatrici, alle quali sia contemporaneamente riconducibile il fatto concreto, individuino due figure di reato di diversa gravità, delle quali l'una offenda, oltre al bene offeso dall'altra, anche un bene ulteriore ovvero rappresenti uno stadio di offesa più intensa allo stesso bene giuridico<sup>269</sup>.

In realtà, la figura della sussidiarietà tacita appare in ogni caso criticabile.

Si rileva, infatti, che in assenza di un riferimento normativo il principio si presenta, per sua natura, di incerta individuazione e quindi viola il principio di determinatezza/tassatività. Inoltre, quando l'applicazione di una legge esaurisce già l'intero disvalore complessivo del fatto concreto, al limite, sarebbe il principio di consunzione (per cui si rinvia la paragrafo seguente) a rilevarsi come il più idoneo ad evitare il rischio del verificarsi di un *ne bis in idem*<sup>270</sup>, con conseguente pregiudizio

---

<sup>268</sup> Cass., Sez. III, 10.7.2008, De Pietro, in *CED*, 2008/36364.

<sup>269</sup> Sul punto, si veda V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 401.

<sup>270</sup> L'osservazione è di M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 183. L'autore, inoltre ritiene che, posto che il principio di specialità – a differenza di quello di sussidiarietà – trova esplicito riconoscimento, sarebbe preferibile ricondurre al medesimo molti casi che sembrerebbero apparentemente da riportare alla sussidiarietà. Così, ad esempio, nonostante la presenza di una clausola di riserva determinata, il rapporto tra artt. 277 e 276 c.p. sembrerebbe da riportare al principio di specialità, essendo l'art. 277 c.p. norma

per le funzioni della pena. Vengono così talvolta ricondotti (erroneamente) alla sussidiarietà tacita ipotesi altrimenti risolvibili col principio di consunzione, quali per esempio i casi del c.d. antefatto non punibile, i rapporti tra le norme sulla partecipazione e quelle sulla qualità di autore, o tra un reato di pericolo e un reato di danno, tra delitto tentato e delitto consumato<sup>271</sup>.

Sul piano giurisprudenziale, va ribadito che le pronunce fanno riferimento quasi esclusivamente al principio di specialità. Non manca, peraltro, qualche decisione nella quale si accenna al criterio di sussidiarietà. Si segnala, in particolare la recente pronuncia della Suprema Corte che ha riconosciuto la sussidiarietà dell'art. 316 ter c.p. rispetto all'art. 640 bis c.p.<sup>272</sup>. Tale sentenza è paradigmatica del fatto che, nel panorama giurisprudenziale, nemmeno la presenza di una clausola espressa di sussidiarietà, comporti un chiarimento definitivo sulla possibile configurazione di un rapporto di specialità ovvero di sussidiarietà.

---

generale rispetto all'art. 276 c.p., poiché tutti i casi di attentato alla vita, incolumità o libertà personale del Presidente della Repubblica sono anche offesa alla sua libertà, mentre non vale l'inverso.

<sup>271</sup> In tal senso, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 298 ss. Secondo tale ordine d'idee, rientrerebbero nella sussidiarietà tacita i rapporti tra reati di pericolo concreto e i corrispondenti reati di danno. Così, ove il fatto sia riconducibile ad entrambe le norme, il delitto di disastro ferroviario colposo ex art. 449, 2° co. prevarrebbe sul delitto di pericolo colposo di disastro ferroviario di cui all'art. 450, 1° co. c.p. Inoltre, si delinerebbe un rapporto di sussidiarietà tacita, anche ove un fatto sia riconducibile a più norme delle quali una individui una figura di reato che tuteli, rispetto ad un'altra norma, un bene ulteriore. In un rapporto di sussidiarietà tacita si porrebbero, ad esempio, la norma che configura il delitto di strage di cui all'art. 422 c.p., e una serie di norme che configurano altri delitti contro la pubblica incolumità come gli artt. 423, 426, 428 c.p. ecc. Così, nell'ipotesi in cui taluno cagioni un incendio al fine di uccidere, pur in assenza di rapporto di specialità o di sussidiarietà espressa, fra le due disposizioni troverebbe applicazione l'art. 422 c.p., in quanto norma principale, sanzionata più gravemente rispetto all'incendio.

<sup>272</sup> In tal senso si è affermato che la fattispecie criminosa di cui all'art. 316 ter c.p., che sanziona l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, costituisce norma sussidiaria rispetto al reato di truffa di cui all'art. 640 bis c.p., il quale esaurisce l'intero disvalore del fatto ed assorbe l'interesse tutelato dalla prima previsione. Ne consegue che il reato di cui all'art. 316 ter c.p. può trovare applicazione solamente ove il fatto non integri i presupposti di cui all'art. 640 bis c.p. (Cass., sez. VI, 24.9.2001, in *Cass. pen.*, 2003, 914, con nota di A. BONFIGLIOLI, *L'indebita captazione di sovvenzioni pubbliche tra specialità e sussidiarietà*). Nella nota citata viene ripercorso l'iter giudiziario che ha portato la Suprema Corte ad escludere, che fra le fattispecie in esame vi fosse un rapporto di specialità. I giudici di merito, invece, avevano sostenuto che nonostante la presenza di una clausola espressa di sussidiarietà, al di là del dato letterale l'analisi strutturale e logica delle fattispecie doveva portare alla conclusione della specialità dell'art. 316 ter c.p. rispetto all'art. 640 bis c.p., col risultato nel caso in esame della sola applicazione della sanzione amministrativa ex art. 316 ter, 2° co., c.p.

Inoltre, numerosi esempi di scarsa attenzione nei confronti delle clausole di sussidiarietà, sono offerti in tema di concorso tra norme penali e amministrative.

Il fatto di trascurare l'esistenza di tali clausole porta spesso ad impostare in modo non coerente il problema del concorso, senza avvedersi che la relazione di specialità tra norme attiene alla formulazione astratta delle fattispecie convergenti verso il medesimo fatto, mentre la sussidiarietà presuppone che il fatto concreto per come si è realizzato, rientri in più disposizioni gerarchicamente poste.

In ogni caso, la preferenza spesso accordata al principio di specialità è frutto anche della scarsa considerazione accordata all'inciso di cui all'art. 15 c.p. – salvo che sia diversamente stabilito – il quale impone che il principio di specialità ceda il passo alla consunzione nei casi stabiliti dalla legge<sup>273</sup>.

In ultima analisi, è possibile affermare che le clausole di sussidiarietà espressa rappresentano e risolvono solo i casi nei quali la legge indica espressamente e chiaramente di prediligere, per la risoluzione del concorso apparente, non il criterio della specialità – con la sua natura logico-formale – bensì un criterio di valore legalizzato incentrato sul concreto atteggiarsi del fatto storico.

La sussidiarietà tacita, invece, è sostanzialmente sovrapponibile al criterio dell'assorbimento.

**3.7.1. Il principio di consunzione o assorbimento e le sue applicazioni** - Come già visto, oltre al rapporto di specialità e di sussidiarietà fra norme, allo scopo di risolvere un concorso apparente di norme può soccorrere un ulteriore criterio, c.d. di consunzione o di assorbimento<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> In tal senso, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 548 e *Principi*, cit., 196, nota 13.

<sup>274</sup> B. ROMANO, *op. cit.*, 276 ss.

A tale proposito, la dottrina<sup>275</sup> quasi unanimemente, riconosce l'esistenza all'interno del nostro ordinamento di un principio generale secondo il quale, in adesione al *ne bis in idem*, ove concorrano più norme, delle quali una sia sufficiente ad esprimere l'intero disvalore della situazione di fatto realizzatasi, deve trovare concreta applicazione – per un'evidente esigenza di giustizia sostanziale e di razionalità dell'ordinamento – solamente la norma c.d. consumante o assorbente<sup>276</sup>. Tale principio, troverebbe fondamento in alcuni dati normativi volti a dare una valutazione giuridica unitaria ad una medesima vicenda concreta. Autorevole dottrina<sup>277</sup> è poi partita da una rigorosa analisi della parte speciale per desumerne la normatività della consunzione (sussidiarietà) tacita, cioè rimessa alla discrezionalità dell'interprete, dalla presenza nel nostro sistema di clausole di riserva ispirate non alla logica della specialità, ma dell'assorbimento: tanto che la sussistenza di tali clausole, specie di quelle indeterminate, dovrebbe considerarsi come l'epifenomeno che conferma l'esistenza di un vero e proprio “criterio di sistema”, consistente nel divieto di applicare al medesimo fatto norme gerarchicamente ordinate quanto al profilo di offensività.

Il rapporto di consunzione si configurerebbe pertanto in tutti i casi in cui la realizzazione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, anche la commissione di un secondo reato, che, ad una valutazione normativo-sociale, appare assorbito nel primo, in quanto esaurisce il significato antiggiuridico del fatto (riconducibile ad un quadro di vita unitario). Con la conseguenza che, fra più norme concorrenti, troverà

---

<sup>275</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*; M. PAPA, *op. cit.*

<sup>276</sup> Fra gli autori che ammettono l'esistenza di un principio generale di consunzione si vedano, G. BETTIOL, *Diritto penale, p. gen.*, Padova, 1982, 653; M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 184; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 551. Quest'ultimo autore, peraltro, ritiene che il principio di consunzione abbia diretto fondamento normativo nell'art. 15 c.p., e precisamente nell'inciso «salvo che sia diversamente stabilito, (cfr. *supra* par. 5). Nel senso che sia il criterio di sussidiarietà che quello di consunzione abbiano natura preterlegale, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 357.

<sup>277</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, 321. Anche V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 426.

applicazione quella che commina il trattamento sanzionatorio più grave<sup>278</sup>. Diversamente dal principio di specialità, che si fonda su di una relazione logico-formale fra le norme e presuppone la c.d. unità naturale - cioè la convergenza verso la medesima situazione di fatto - il criterio di consunzione si basa essenzialmente su di un giudizio di valore e presuppone la c.d. unità normativa, *id est* una situazione in cui una delle norme concorrenti esaurisca, con la sua valutazione dell'accadimento, l'intero significato delittuoso di esso, così che applicare le plurime norme contrasterebbe con il principio elementare del *ne bis in idem* nella sua espressione sostanziale.

Secondo i sostenitori di tale tesi, il principio di consunzione trova riconoscimento legislativo nello stesso art. 15 c.p. che, se, da un lato, sancisce il principio di specialità, dall'altro lato, ne ammette delle deroghe a favore della norma che prevede il reato più grave, sicché tale principio deve ritenersi avere validità a fortiori anche quando tale deroga non sia espressamente stabilita dal legislatore.

Le norme legate dal rapporto di consunzione perseguono scopi per loro natura omogenei, senza che, tuttavia, tale rapporto di omogeneità si risolva nell'identità del bene giuridico, che costituisce soltanto il nucleo dello scopo della norma. A differenza della specialità fra norme, la quale implica una relazione logica fra fattispecie valutabile in astratto, il rapporto di consunzione non può che muovere dall'osservazione del fatto come concretamente realizzatosi<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*

<sup>279</sup> Non è, peraltro, escluso il caso che due norme concorrenti in relazione ad un medesimo fatto concreto si pongano sia in rapporto di specialità fra di loro, sia in rapporto di consunzione. Come già accennato al par. 5, si è osservato, che in tali casi, in base all'art. 15 c.p. dovrebbe prevalere l'applicazione del principio di specialità – il quale funziona a prescindere dall'entità sanzionatoria delle fattispecie in rapporto tra loro – salvo che «sia diversamente stabilito» ovvero salvo che vi sia un espresso richiamo alla disposizione che prevede il reato più grave. In questo secondo caso il concorso apparente di norme si risolverebbe con gli effetti del principio di consunzione (sul punto, si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 196, 548).



Pertanto, proprio perché l'esame verte sull'analisi del singolo fatto concreto, in riferimento a più norme che possono attagliarsi ad esso, per definizione l'applicazione del principio non può dar luogo a regole generali ma deve essere sorretta, volta per volta, da criteri di ragionevolezza<sup>280</sup>.

Si distinguono poi le ipotesi di consunzione espressa, in cui il legislatore esplicitamente dichiara l'applicabilità esclusiva della disposizione che prevede il trattamento penale più severo, e le ipotesi di consunzione tacita, in cui la determinazione di tale rapporto è frutto di un'operazione interpretativa.

In giurisprudenza, si è parlato di consunzione rispetto ad un caso di costringimento alla prostituzione di una bambina minore degli anni quattordici da parte, tra gli altri, di soggetto che poi usufruiva di detta prostituzione; più precisamente, si è operato un assai discutibile “assorbimento” della fattispecie dell'art. 609-*quater* in quella dell'art. 600-*bis* comma 1 c.p., in virtù di considerazioni genericamente interenti alla comune finalità di tutela di dette norme ed alla più elevata risposta sanzionatoria offerta dalla seconda<sup>281</sup>.

A supporto di tale conclusione si è detto che il comma 1 dell'art. 600-*bis* conterrebbe in sé anche le ipotesi di atto sessuale con minorenni di cui al comma 2, come evidenziato dalla comune collocazione sistematica e dalla clausola “salvo che il fatto costituisca più grave reato” che apre la descrizione della seconda fattispecie, sicché non vi sarebbe poi ragione per distinguere tra atto sessuale con prostituta maggiore di 14 anni – “assorbito” in virtù di detta clausola di riserva – ed atto sessuale con prostituta di età inferiore, solo perché sanzionato da altra norma. Senonché, è tutto da dimostrare che la clausola di riserva del comma 2 dell'art. 600-*bis* operi nei confronti del comma 1 della medesima norma,

---

<sup>280</sup> Nel senso che ci si deve attenere a criteri di ragionevolezza e mai a considerazioni formali, inadatte a risolvere i problemi attinenti al rapporto di consunzione, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., 554.

<sup>281</sup> Cass., Sez. III, 27.5.2009, S. e altri, in *CED*, 2009/28640.

dato che le ipotesi di “favoreggiamento alla prostituzione” e di “atto sessuale” con la prostituta, prive di momenti di sovrapposizione strutturale, non possono dirsi inerenti ad uno stesso fatto.

Pur se sulla scorta di argomentazioni all'apparenza incentrate su di un confronto strutturale, poi, è in ragione di un dato valoriale che alla fine si coglie un fenomeno di “consunzione” tra la riduzione o mantenimento in schiavitù e il delitto di maltrattamenti<sup>282</sup>.

Va da sé, che reggendosi su apprezzamenti di valore, il principio di consunzione, salva la imprescindibilità delle esigenze ad esso sottese, tende inevitabilmente a confliggere con l'esigenza di certezza giuridica.

Ed invero, pur animate da un lodevole sentimento d'equità e di sensibilità verso le funzioni del sistema penale, tali impostazioni risultano, se utilizzate in via esclusiva, difficilmente condivisibili, per una pluralità di ragioni.

In primo luogo esse non trovano alcun sostegno normativo; né tale sostegno può essere individuato nella clausola finale dell'art. 15 c.p., la quale, rinviando a casi in cui un'eventuale eccezione al principio di specialità venga ad essere “stabilita”, si riferisce a deroghe espresse, non certo a parametri non previsti esplicitamente in alcun dove, e capaci fra l'altro, se accettati, di regolare la maggior parte delle ipotesi di concorso apparente, così da risultare persino difficilmente qualificabili come “deroghe”.

Né pare possibile ricostruire la validità di tali “principi” in via in varia guisa analogica.

A tacer d'altro, il loro campo di intervento, lungi dall'essere privo di una disciplina, sarebbe quello già destinato alle norme sul concorso di norme e di reati, di talché del procedimento analogico mancherebbe il presupposto della “lacuna normativa” (cfr. art. 14 disp. prel. c.c.). Se, poi,

---

<sup>282</sup> Cass., Sez. VI, 12.12.2006, Lakatos, cit.

si ritiene che la *ratio* delle disposizioni in materia di concorso apparente, tale da legittimare un'estensione analogica, sia fundamentalmente riconducibile al c.d. criterio del *ne bis in idem* sostanziale, ebbene, si è osservato come quel criterio solleciti casomai un'interpretazione estensiva dell'art. 15 c.p., capace di ampliare e ad un tempo delimitare in modo legalmente prestabilito gli spazi del concorso meramente apparente.

I criteri valutativi ora in esame determinano quindi, se applicati da soli, gravi problemi di incertezza, affidandosi ad una discrezionalità dell'interprete dai confini alquanto labili e opinabili.

D'altra parte, a sconsigliare l'accoglimento di questi parametri di valore *praeter legem* sono anche e soprattutto gli inconvenienti di carattere costituzionale, legati alla violazione del principio di stretta legalità.

Deve infine ricordarsi come parte della dottrina<sup>283</sup> abbia dimostrato la possibilità di giungere, in molti casi, ai medesimi risultati derivanti dall'applicazione di uno o più dei parametri ricordati già sulla base del mero raffronto strutturale tra reati, purché incentrato su un'interpretazione attenta delle norme incriminatrici di riferimento.

Così, ad es., se in virtù di una interpretazione teleologica si ritiene che il fatto tipico descritto dall'art. 624 c.p. sia in grado di “comprendere” la sottrazione contestuale, con un'unica azione, di più beni appartenenti al medesimo soggetto – se non addirittura a più soggetti – è ovvio che costituisce un solo furto rubare una macchina con tutti gli annessi e connessi; altri casi di specialità reciproca non risolvendosi in una mera “interferenza per la condotta” potranno dar vita ad un concorso apparente già sulla base dell'art. 15 c.p., come si è tentato anche in questa sede di dimostrare, ecc.

In definitiva, non si può fare affidamento su approcci puramente valutativi, che programmaticamente non si confrontano con la *struttura*

---

<sup>283</sup> A. VALLINI, *op. cit.*

*tipica* del fatto e con le *regole legali* in tema di concorso di norme e di reati, per affidarsi ad opinabili considerazioni circa l'idoneità di talune fattispecie incriminatrici ad *esaurire l'offensività* della vicenda concreta, ovvero a non *esaurirla* se non concorrendo con altre, in ragione dello *scopo di tutela* perseguito e del tipo di sanzione predisposta. Così ragionando, invero, l'interprete si attribuirebbe indebitamente il compito di tradurre il *disvalore* del fatto storico in termini di *fatti tipici* realizzati, con una palese violazione del principio di determinatezza/tassatività.

Resta fermo che sarà possibile utilizzare la variante “valutativa” della nozione di “specialità” solo quando ci si trovi di fronte situazioni di coincidenza strutturale parziale tra fattispecie, non atteggiate in termini di specialità unilaterale; vale a dire quando (*e solo quando*) si avverte che l'applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici conduce a computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell'una ora dell'altra fattispecie, con palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione (nonchè del *ne bis in idem* sostanziale), risulta necessario applicare criteri di valore tali da riaffermare le istanze di garanzia sottese principi appena menzionati.

**3.7.2. Il reato complesso nel quadro del concorso apparente di norme** - Ad avviso di un autorevole indirizzo dottrinale<sup>284</sup>, espressione e fondamento stesso del principio di consunzione sarebbe l'art. 84 c.p., che disciplina il reato complesso.

Così, si ritiene di fondare il principio di consunzione su un'interpretazione dell'art. 84 c.p., che, introdotta la nozione di reato complesso in senso lato, estenda i confini dell'istituto oltre gli angusti

---

<sup>284</sup> S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *op. cit.*

limiti di una rigida unificazione legale di reati autonomi, per ricomprendervi le ipotesi nelle quali in concreto si assiste alla fusione di due fatti illeciti nell'unità di disvalore espressa dalla fattispecie più grave<sup>285</sup>.

In altri termini, il reato complesso è anche un'associazione di condotte e/o di eventi riconducibili alla previsione di norme incriminatrici diverse fra loro ma caratterizzate da un'omogeneità di tutela e collegati nel concreto del loro accadimento da un vincolo di funzione o di derivazione e di unicità, desunta dal tempo della loro realizzazione (contestualità) e dall'identità della persona offesa<sup>286</sup>.

A tale proposito, si è tuttavia affermato che detta norma potrebbe apparire una pleonastica applicazione del principio di specialità, posto che non ci sarebbe necessità di un'apposita norma per chiarire, ad esempio, che, qualora un furto venga commesso con violazione di domicilio, non concorrono i reati di furto in abitazione di cui all'art. 624 bis 1° co. c.p., di furto semplice di cui all'art. 624 c.p. e di violazione di domicilio di cui all'art. 624 c.p.<sup>287</sup>. In ogni caso, infatti, l'unica norma applicabile sarebbe senza dubbio quella sul furto in abitazione essendo speciale rispetto alle altre due. In conclusione, quindi, per attribuire un reale significato all'art. 84 c.p., esso dovrebbe leggersi come formale enunciazione del principio di consunzione.

Particolarmente problematiche sono quelle ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato si manifesta attraverso un reato diverso, che costituisce, dunque, una modalità di attuazione del primo. Ad esempio, la falsità in scrittura privata oppure il millantato credito che costituiscano l'artificio o il raggiro attraverso il quale si è realizzata la truffa; il furto di

---

<sup>285</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *op. cit.*, 325, che utilizzano l'espressione "reato eventualmente complesso".

<sup>286</sup> S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 537.

<sup>287</sup> In proposito, A. PAGLIARO, *Il reato*, in PADOVANI, GROSSO e PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 450.

una macchina quale mezzo per chiedere un riscatto e, quindi, per attuare il reato di estorsione. Con riferimento a tali situazioni la dottrina usa l'espressione di reato eventualmente complesso, per distinguerlo dai casi – disciplinati dall'art. 84 c.p. – dei reati necessariamente complessi, e cioè quelli che, a differenza dei primi, per la loro stessa natura presuppongono all'interno della struttura un altro reato.

Secondo un'autorevole opinione<sup>288</sup>, proprio ai sensi dell'art. 84 c.p. si avrebbe concorso apparente anche quando a convergere su di un medesimo fatto siano reati di cui l'uno solo “eventualmente” contenuto nell'altro, nel senso di costituire una delle diverse, concrete “forme di manifestazione” di elementi costitutivi della contrapposta fattispecie.

Così, ad es., l'uso di un falso *ex art. 489 c.p.* potrebbe essere il modo per attuare, in concreto, l'artificio utile a perpetrare una truffa (art. 640 c.p.), anche se le due fattispecie non presentano alcun elemento costitutivo comune e quindi, dal punto di vista strutturale, non si pongono in un rapporto di specialità.

Tale conclusione è supportata da una complessa analisi logico sistematica delle disposizioni codicistiche in materia di reato complesso (artt. 84, 131, 301 comma 3, 581 comma 2 c.p.).

Esiste tuttavia un ostacolo normativo di non poco conto, costituito dalla stessa definizione codicistica di reato complesso *ex art. 84 c.p.*, che prende in considerazione un rapporto di contenenza tra fatti di reato in quanto “previsto dalla legge”, circostanza che per definizione non si verifica riguardo al c.d. reato “eventualmente” complesso e che rende l'art. 84 c.p. insuscettibile di applicazione analogica<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*

<sup>289</sup> Sul punto, per tutti, C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 581, secondo cui il fenomeno dell'assorbimento trova esplicito riconoscimento nell'art. 84 c.p., ma, al di fuori di questa ipotesi, non sembra sussistere un fondamento sufficiente per l'estensione analogica del principio, tenuto conto in particolare del carattere di eccezionalità che esso riveste, in quanto deroga alla disciplina ordinaria del concorso di reati; cfr., altresì, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 460. L'emersione del criterio dell'assorbimento nella disciplina del reato complesso, di natura eccezionale e derogatoria, dunque,

L'orientamento maggioritario, tuttavia, risolve il problema in base al principio di consunzione<sup>290</sup>

Quest'ultima considerazione è parsa decisiva alla giurisprudenza per escludere, ad esempio, che riciclaggio e falso diano luogo ad un fenomeno di concorso apparente, solo perché la seconda ipotesi può costituire una delle tante modalità di realizzazione del primo<sup>291</sup>; così come per affermare un concorso formale tra truffa e falso documentale *ex artt.* 476 e 482 c.p., ribadendo un indirizzo ormai risalente<sup>292</sup>; nonché, da ultimo, ma conformemente ad una giurisprudenza consolidata, per negare l'“assorbimento” *ex art.* 84 c.p. del reato di cui all'art. 186 comma 2 c.p. (guida in stato di ebbrezza) nell'art. 589 comma 2 c.p. (omicidio colposo aggravato per violazione delle norme sulla circolazione stradale), dato che quest'ultima norma richiamerebbe genericamente qualsiasi violazione, ivi comprese quelle costituenti mero illecito amministrativo, non specifiche disposizioni penali in materia di circolazione della strada, la cui violazione, dunque, solo “eventualmente” potrà venire in considerazione<sup>293</sup>. Tale soluzione suscita, a dire il vero, diverse perplessità, a maggior ragione da quando la guida in stato di ebbrezza – di cui all'art. 186 comma 2 lett. c) – è considerata una specifica aggravante dell'omicidio colposo in virtù del comma 3 n. 1, dell'art. 589 c.p., introdotto dall'art. 1 comma 1 lett. c) legge n. 125/2008.

Ora, la teoria del “reato eventualmente complesso” si basa su di un confronto di quelli che sarebbero gli ambiti fattuali di riferimento di singoli elementi costitutivi, senza provvedere preliminarmente ad un'analisi del significato specifico che tali elementi assumono nella logica della fattispecie cui appartengono, come se un simile sforzo interpretativo non

---

impedirebbe di farlo assurgere ad autonomo criterio generale di risoluzione del concorso apparente di norme.

<sup>290</sup> A. PAGLIARO, *op. cit.*

<sup>291</sup> Cass., Sez. II, 15.5.2008, Mazzotta e altri, in *CED*, 2008/ 23666.

<sup>292</sup> Cass., Sez. V, 5.2.2008, Franchi e altro, in *CED*, 2008/21409.

<sup>293</sup> Cass., Sez. , IV, 29.10.2009, Corridori, cit.

dovesse condizionare proprio la determinazione di quell'ambito applicativo<sup>294</sup>. Ad esempio, nel quadro complessivo dell'art. 640 c.p., per "artifici o raggiri" si intende un inganno qualificato nei modi e dotato di capacità decettiva; questo orientamento verso la produzione di un errore non caratterizza la struttura tipica (ma al più la *ratio*) di gran parte delle fattispecie di falso documentale, sicché la realizzazione di detto falso *non è* un quell'artificio o raggiro cui allude l'art. 640 c.p.

Perciò, qualora si rediga un atto falso per poi utilizzarlo a fini truffaldini, si configurano in verità due porzioni di comportamento le quali, pur se in concreto connesse e contestuali, risultano ognuna tipica alla stregua di una distinta disposizione incriminatrice, sino a dar luogo ad un concorso materiale di reati<sup>295</sup>.

È pur vero, però, che talora appare arduo distinguere situazioni di contenenza eventuale da ipotesi di contenenza necessaria, caratteristiche di situazioni di specialità unilaterale o reciproca. Così, che dire delle percosse, o della violenza sessuale, rispetto ai maltrattamenti in famiglia? Queste fattispecie criminose non presentano sovrapposizioni strutturali evidenti; senonché, ormai è chiaro, non conta tanto il lessico utilizzato dal legislatore, bensì il significato che a tale lessico deve essere attribuito; per cui possono riscontrarsi situazioni di coincidenza strutturale implicita, ma non meno necessaria di altre immediatamente evidenti considerando solo la lettera delle norme.

Dunque, è la percossa, o la violenza sessuale, una forma di manifestazione dei maltrattamenti soltanto "eventuale", oppure la relazione

---

<sup>294</sup> M. PAPA, *op. cit.*, 58 ss.

<sup>295</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 75, il quale evidenzia, tra l'altro, come le "modalità concrete" di possibile realizzazione di certi elementi siano innumerevoli, sicché la categoria del reato eventualmente complesso sarebbe idonea a determinare un novero infinito e imprecisabile *a priori* di "assorbimenti" tra fattispecie, con grave danno per la coerenza globale del sistema e la prevedibilità dei suoi effetti ultimi; né a tale inconveniente potrebbe ovviarsi ritenendo che il supposto "assorbimento" operi solo rispetto a reati che non superino una determinata soglia di gravità, posto che, a tacer d'altro, l'art. 84 c.p. non legittima in alcun modo una simile preclusione. In tal senso, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 361 ss.; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 561. Quest'ultimo autore ritiene che l'art. 61, n. 2, c.p., rappresenterebbe un dato normativo inequivocabile nell'impedire in simili casi l'assorbimento del reato.



di contenenza è “necessaria”, perché ogni percossa, ogni violenza sessuale, è di per sé un maltrattamento?

Si potrebbe sostenere che il *singolo* stupro, o la *singola* percossa, non è maltrattamento perché la nozione di maltrattamenti implica necessariamente un'*abitualità* di vessazioni; in senso contrario si potrebbe tuttavia argomentare che, proprio perché la nozione di maltrattamento rimanda ad una pluralità di vessazioni, tutto ciò che è “vessazione” coincide, sia pure parzialmente, con la struttura di una condotta di maltrattamenti. Ancora: che dire della relazione tra violenza privata e sequestro di persona? Ogni sequestro contiene in sé una violenza privata – perché ha sempre e comunque, come risultato, una “costrizione a tollerare qualcosa” – oppure la relazione contenutistica tra elementi è solo eventuale, ben potendosi avere un sequestro senza violenza privata – ad es. attuato con l'inganno – così come una violenza privata che non costituisce sequestro?

La giurisprudenza, impostando il problema del concorso apparente in termini di relazione di specialità tra fattispecie, è portata a riconoscere in queste ipotesi il concorso effettivo di reati.

Anche in questo caso, tuttavia, tutto dipenderà da opzioni interpretative, in particolare inerenti alla nozione di violenza; d'altro canto, anche ove si dovesse asserire una relazione di contenenza eventuale, essa viene definita esattamente nello stesso modo in cui viene definita la specialità reciproca (nessuna fattispecie contiene necessariamente l'altra, però può darsi il caso che l'una sia concretamente realizzata mediante la realizzazione dell'altra).

Tali difficoltà di distinzione concettuale consigliano, forse, di non dare troppo rilievo alla distinzione “astratta” tra reato eventualmente complesso e specialità reciproca, per concentrarsi piuttosto sulla *ratio* degli artt. 15 ed 84 c.p., che è appunto quella di escludere che un medesimo dato fattuale – diverso dalla condotta – venga computato due volte come tipico

alla stregua ora dell'una ora dell'altra fattispecie. Appare questa, invero, la soluzione che meglio si inserisce nell'ottica della valorizzazione complessiva delle funzioni del sistema penale. Così, ad esempio, si potrebbe affermare che la relazione tra reati consistenti nella redazione di un falso e truffa effettivamente dà luogo ad un concorso materiale di reati, perché nessun elemento concreto necessario per l'integrazione del primo reato – neppure la condotta – viene preso in considerazione per la realizzazione del secondo reato. Quando invece venga punito proprio l'uso del documento, come nell'art. 489 c.p., tale comportamento ben può costituire un modo di realizzazione di un artificio tipico ai sensi dell'art. 640 c.p.; in questo caso si avrà concorso apparente, in quanto un unico complesso di atti concreti viene preso in considerazione per considerare al contempo violate due diverse disposizioni incriminatrici, di cui una esaurisce il disvalore dell'altra.

Ancora, in caso di sequestro di persona realizzato costringendo con la violenza la vittima in una situazione di privata libertà personale, l'affermazione di un concorso tra art. 610 e art. 605 c.p. implicherebbe di considerare due volte il pregiudizio subito coattivamente dalla vittima ora come “costrizione a tollerare qualcosa” – evento necessario per l'integrazione della prima fattispecie – ora come “privazione della libertà personale” – evento invece tipico del sequestro; deve dunque ritenersi che le due disposizioni vanno a disciplinare una “medesima materia”, sicché concorrono solo apparentemente.

**3.7.3. L'art. 68 c.p.** - Altro dato normativo dal quale la dottrina ricava l'esistenza di un principio generale di consunzione è l'art. 68 c.p., il quale in tema di circostanze vieta espressamente la doppia valutazione giuridica

del medesimo elemento di fatto<sup>296</sup>. Da quest'ultima norma, inoltre, si desumerebbe la regola secondo la quale nella scelta fra disposizioni normative concorrenti a regolare una medesima situazione, deve prevalere quella che, contemplando una più grave sanzione, si rivela adeguata ad esprimere l'intero disvalore del fatto<sup>297</sup>. La norma prevalente, è dunque quella che prevede una pena più severa, fermo restando che soltanto la concreta applicazione di quest'ultima è idonea ad evitare l'applicazione dell'ulteriore norma concorrente<sup>298</sup>.

L'art. 68 c.p., per vero, è una norma che ha dato luogo alle più diverse interpretazioni in ordine sia al significato da attribuire alla formulazione, sia all'ampiezza da assegnare alla clausola di riserva in favore dell'art. 15 c.p.

Secondo l'impostazione prevalente in dottrina, l'art. 68 c.p. disciplinerebbe una particolare ipotesi di concorso apparente di norme, – norme in questo caso circostanziali – avente la medesima funzione del principio di specialità, e cioè quella di risolvere un conflitto tra fattispecie astratte.

In questa prospettiva, rappresentando l'art. 68 c.p. una gemmazione del principio di specialità, il principale dilemma interpretativo è quello di ritagliare all'art. 68 c.p. uno spazio autonomo rispetto all'art. 15 c.p.: più si dilata la sfera di riferimento dell'art. 15 c.p., maggiormente si restringe quella dell'art. 68 c.p. e viceversa. D'altra parte, va osservato che risolvere

---

<sup>296</sup> L'idea che gli artt. 84 e 68 c.p. siano espressione di un principio di consumazione è presente già nella dottrina meno recente (per tutti, RANIERI, *Manuale di diritto penale*, 1, *Parte generale*, Padova, 1968, 99). Più recentemente, sul punto che l'art. 68 c.p. sarebbe espressione del *ne bis in idem*, si veda G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 428.

<sup>297</sup> Sul punto, si veda S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 558.

<sup>298</sup> Ove, per ragioni di diritto sostanziale o processuale, la norma consumante non dovesse trovare applicazione, riaffiorerà l'operatività della norma «non consumata» (M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 184). Si è, inoltre, osservato che la norma è «consumata» soltanto sotto il profilo sanzionatorio, fermo restando che i danneggiati dei reati assorbiti conservano sempre il loro diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale prodotto dai reati stessi. Così, ad esempio, in una rapina in banca i clienti normalmente sono vittime di una violenza privata. Pur essendo quest'ultimo delitto assorbito nella rapina, essi rimangono titolari del diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale che dipende dalla violenza privata.

un concorso di disposizioni circostanziali – applicando rispettivamente l’art. 15 c.p. o l’art. 68 c.p. – conduce ad un ben diverso risultato pratico. Infatti, ove vi sia una circostanza speciale rispetto ad un’altra generale, per il principio di cui all’art. 15 c.p., la prima prevarrà sempre sulla seconda a prescindere dalla maggiore o minore entità dell’aumento o della diminuzione circostanziale; diversamente, l’art. 68, 1° co., c.p., afferma la regola dell’applicabilità della circostanza che comporti il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena.

In ordine a tale nodo interpretativo, – va subito detto – le soluzioni proposte sono state le più disparate.

Tralasciando ulteriori classificazioni dei rapporti tra artt. 15 e 68 c.p., secondo la dottrina prevalente l’art. 68 c.p. disciplinerebbe le circostanze complesse definite come quelle disposizioni circostanziali che, nella formulazione normativa, contengano in sé un’altra circostanza<sup>299</sup>. Le altre situazioni, ricadrebbero nell’alveo dell’art. 15 c.p.<sup>300</sup>.

Non sono, peraltro, mancate numerose obiezioni, volte a sottolineare che, così interpretato, l’art. 68 c.p. finirebbe con l’identificarsi con il principio di specialità, posto che la norma, contenente necessariamente un’altra, non è che una disposizione speciale rispetto a quella contenuta. Da ciò deriverebbero incertezze e incongruenze sulla scelta della disposizione circostanziale da adottare. In effetti, si è osservato che ove la disposizione circostanziale di formulazione più generale prevedesse un aumento o una diminuzione maggiore, per l’art. 68 c.p. così interpretato, dovrebbe prevalere sulla norma circostanziale speciale a dispetto del principio di specialità di cui all’art. 15 c.p.<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 40 ss.

<sup>300</sup> In tale prospettiva si è affermato che l’art. 15 c.p. regolerebbe soltanto il concorso tra circostanze comuni e specifiche, le quali cioè ricalcano il contenuto delle prime per un solo reato o per un numero più ristretto di reati (come ad es. l’abuso di poteri di cui all’art. 605, 2° co., in relazione all’aggravante prevista dall’art. 61, n. 9).

<sup>301</sup> Nel senso che la norma speciale debba sempre essere preferita M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 665.

A fronte di tali considerazioni, la dottrina più recente ha ampliato l'estensione del rinvio effettuato dall'art. 68 c.p. a favore dell'art. 15 c.p., sostenendo che spetterebbe a questa norma regolare tutte le ipotesi che rientrano nel rapporto di specialità.

D'altra parte, se solamente all'art. 15 c.p. viene attribuita la funzione di risolvere tutte le situazioni in cui una disposizione circostanziale si presenta speciale rispetto ad un'altra, lo spazio operativo dell'art. 68 c.p. non può che trasferirsi su un altro piano, ponendosi in una prospettiva che esorbiti dalla mera valutazione del rapporto astratto tra norme<sup>302</sup>.

In tal senso, si è affermato<sup>303</sup> che l'art. 68 c.p. non può riguardare la relazione di necessaria continenza di una norma in un'altra, ma quella di "continenza eventuale", intesa come possibile ricomprensione nella situazione di fatto concreta sussumibile in una disposizione circostanziale, dei dati circostanziali propri di un'altra circostanza<sup>304</sup>.

È evidente che, in questa diversa impostazione, la funzione dell'art. 68 c.p. si collocherebbe al di fuori della relazione di specialità tra norme circostanziali astratte.

Lo scopo del disposto sarebbe, invece, quello di indurre ad una valutazione della situazione di fatto concretamente verificatasi al fine di evitare, nell'applicazione della circostanza, di attribuire più volte rilevanza ad un medesimo fattore.

In altri termini, si può sostenere che tutte le istanze di equità che stanno alla base della elaborazione della c.d. specialità in concreto – ovvero

---

<sup>302</sup> E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*

<sup>303</sup> E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*

<sup>304</sup> Così M. ROMANO, *op. loc. cit.* Nell'esempio di tale autore, l'art. 61, n. 9 c.p. non potrebbe dirsi speciale rispetto all'art. 61, n. 11 c.p., perché vi può essere un abuso dei poteri inerenti ad una funzione pubblica senza che vi sia abuso di autorità, la quale presuppone necessariamente una relazione con un altro soggetto; tuttavia, nella situazione concreta l'abuso dei poteri inerenti ad una pubblica funzione può manifestarsi anche come abuso di autorità: in base all'art. 68, 2° co., c.p. si avrà l'applicazione di un solo aumento, indifferentemente in base all'uno o all'altro articolo.

l'idea che l'analisi debba muovere dal fatto concretamente accaduto al fine di escludere il concorso formale mediante la scelta della norma che meglio si attagli al caso di specie –, trovano fondamento non nell'art. 15 c.p., bensì nell'art. 68 c.p.

Parimenti, l'art. 68 c.p. può leggersi come testuale applicazione del principio di consunzione, pur nel circoscritto ambito delle circostanze, e fermo restando che tale norma si applica anche nel computo delle circostanze attenuanti.

In definitiva, l'art. 68 c.p. costituisce, nella prospettiva della dottrina più recente<sup>305</sup> una norma precipuamente volta ad imporre, riguardo alle circostanze, il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, anche laddove non vi sia un rapporto di specialità tra disposizioni circostanziali astratte, situazione già risolvibile col ricorso all'art. 15 c.p.<sup>306</sup>.

Per contro, la giurisprudenza non mostra di attribuire particolare rilevanza all'art. 68 c.p., con la conseguenza che ove non venga riscontrata una relazione di specialità fra le disposizioni circostanziali, la tendenza è quella di dar luogo al concorso delle disposizioni.

In tal senso, è degna di nota una recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella quale si è affermato che in tema di rapina ed estorsione, la circostanza aggravante di cui all'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203 – impiego del metodo mafioso nella commissione dei singoli reati o finalità di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione per delinquere di stampo

---

<sup>305</sup> E. M., AMBROSETTI, *op. cit.*,

<sup>306</sup> Pur nella diversità di impostazione, altra autorevole dottrina abbraccia l'idea di fondo che il significato dell'art. 68 c.p. si evidenzia non tanto sul piano normativo e astratto, quanto su quello dell'accadimento reale, in virtù dello «spiccato orientamento verso il concreto» della circostanza che è volta ad adeguare la rilevanza penale al singolo e specifico fatto realizzatosi. In tal senso, l'art. 68 c.p. regolerebbe le ipotesi di interferenza fra fattispecie circostanziali che si verificano quando una circostanza comprende l'altra, nel senso che la realizzazione dell'una ha, sul piano concreto, recato con sé la realizzazione dell'altra, con conseguente prevalenza di quella dotata di effetti penali più intensi. Così, ad esempio, si osserva che la procurata cattura dell'evaso, di cui all'art. 386 c.p., assorbe l'art. 62, n. 6 c.p., con cui interferisce sotto il profilo dell'eliminazione delle conseguenze dannose. Sul punto, G. A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 427.

mafioso – può concorrere con quella di cui all'art. 628, 3° co., n. 3 e 629, 2° co., c.p. – violenza o minaccia poste in essere dall'appartenente a un'associazione di stampo mafioso<sup>307</sup>.

Al riguardo, va nondimeno rilevato che, nel caso concreto, in base all'analisi strutturale si sarebbe potuta riconoscere la relazione di specialità fra le due fattispecie – e dunque l'operatività dell'art. 15 c.p. richiamato esplicitamente nell'art. 68 c.p. Conseguentemente, in ottemperanza al principio di assorbimento, ne sarebbe derivata l'applicazione di una sola circostanza – la più grave –, assorbente l'intero disvalore del fatto specifico.

Ed ancora, è possibile ricordare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui allorché siano contestate, in relazione al medesimo reato, le circostanze aggravanti di aver agito sia al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, sia per motivi abietti, le due circostanze concorrono se quella comune, nei termini fattuali della contestazione e dell'accertamento giudiziale, risulta autonomamente caratterizzata da un *quid pluris* rispetto alla finalità di consolidamento del prestigio e del predominio sul territorio del gruppo malavitoso<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Cass., Sez. Un., 28.3.2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 718.

<sup>308</sup> Cass., Sez. Un. 18.12.2008, n. 337, *Cass. pen.* 2009, 2790. Nello stesso senso, Cass., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 41332, *Guida dir.* 2007, n. 6, 65, secondo cui, pur non essendovi materia, in astratto, per un concorso apparente di norme tra l'aggravante dell'art. 61 n. 1 c.p. e quella di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, allorché il motivo abietto venga riferito, nel concreto, alla finalità di favorire o consolidare un'associazione criminale di matrice mafiosa (finalità rientrante, quindi, nel paradigma di una delle due ipotesi alternative della previsione speciale), deve trovare applicazione la sola ipotesi circostanziale speciale: quella cioè che regola l'aggravamento dei delitti commessi con il motivo, tra i tanti abietti, di agevolare associazioni mafiose. E ciò in base ai principi generali e per effetto altresì dell'esplicita clausola di riserva contenuta nel primo alinea dell'art. 61 c.p. (che costituisce espressione del principio di specialità e che, in quanto tale, è fatta salva dall'art. 68 c.p., mediante il richiamo all'art. 15 c.p., persino nel caso di previsione di circostanze complesse). La Corte, pur evidenziando che l'aggravante dell'art. 61 n. 1 c.p., è da sola capace di mutare, a causa del richiamo ad essa contenuto nell'art. 577 c.p., la pena temporanea prevista per l'omicidio in ergastolo, mentre identico effetto peggiorativo non ha l'aggravante dell'art. 7, rileva che la maggior gravità dell'effetto non è sufficiente, in linea di principio, ad escludere l'operatività del principio di specialità, nè una realistica interpretazione della ratio aggravatrice dell'art. 7 consente di ritenere implicita siffatta esclusione (nel senso cioè della inapplicabilità dell'art. 7 in tutti quei casi in cui uno dei fatti ivi considerati avrebbe l'effetto di un maggiore aumento di pena se ricondotto ad una aggravante comune).

#### 3.7.4. Il reato progressivo. Antefatto e postfatto non punibili -

Come evidenziato in precedenza, le dottrine a sfondo unicamente valutativo-teleologico, ed in particolare l'utilizzo dei principi di sussidiarietà e assorbimento, aprono una breccia nella rigida struttura positiva della norma incriminatrice, spianando la strada ad appendici concettuali che, pur muovendo dall'anzidetto substrato dogmatico, seguono, poi, percorsi sistematici del tutto autonomi.

Tra questi figurano quello del reato progressivo e della progressione criminosa<sup>309</sup> che, in prima approssimazione, sono caratterizzati dal contestuale susseguirsi di aggressioni, di crescente gravità, ad un medesimo bene.

Ed invero, una delle più comuni applicazioni dei criteri di valore è rappresentata dal reato progressivo.

Tale figura si presenta allorché lo stesso bene giuridico viene offeso con progressione crescente, talché la fattispecie di reato realizzata rappresenta lo stadio più intenso dell'offesa arrecata<sup>310</sup>.

Un altro esempio di operatività del principio di consumazione si riscontra nel c.d. fatto tipico contestuale (o fatto di accompagnamento) non punibile. Ricorre tale ipotesi quando un fatto di regola, cioè secondo l'*id quod plerumque accidit*, si realizzi in modo tale da integrare anche gli estremi di altra fattispecie, cosicché questo dato possa ritenersi già calcolato nella sanzione prevista dalla norma applicabile. Così, ad esempio, il furto di un'auto consuma anche quello della benzina, così come

---

<sup>309</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 401 ss.

<sup>310</sup> Così, non è possibile uccidere (art. 575 c.p.) senza percuotere o ferire (artt. 581 e 582 c.p.) (sul punto, S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 559). Si osservi, però, che, nel medesimo esempio, l'identico risultato della prevalenza dell'art. 575 c.p. sarebbe conseguente all'applicazione del principio di specialità (ROMANO, *op. ult. cit.*, 185 e 186). Altri esempi di reato progressivo sono individuabili nel fatto non si possono compiere fatti di devastazione (art. 419 c.p.) senza danneggiare cose mobili o immobili (art. 635); e nel fatto non si può ridurre taluno in schiavitù (art. 600 c.p.) senza compiere un sequestro di persona (art. 605 c.p.). Sul punto, cfr., per tutti, V. B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 402 ss.



l'omicidio assorbe anche il contestuale danneggiamento degli abiti della vittima<sup>311</sup>.

Il tema merita tuttavia qualche ulteriore considerazione.

Secondo la definizione più diffusa, si ha reato progressivo allorché, mediante una condotta sostanzialmente unitaria, venga offeso, con gravità crescente, lo stesso bene oppure un bene di maggiore importanza, la cui offesa comporti, necessariamente, anche quella relativa ad un bene minore<sup>312</sup>; in altri termini, la figura emerge allorché una fattispecie legale penale, astrattamente considerata, contiene al suo interno alcune fattispecie penali minori, per modo che la sua realizzazione non può verificarsi che passando attraverso la realizzazione di quella che vi si trova contenuta<sup>313</sup>.

L'esempio più ricorrente è quello dell'omicidio come reato progressivo rispetto alle percosse o alle lesioni<sup>314</sup>.

Altri significativi esempi spesso citati nella speculazione in argomento sono rappresentati dalla devastazione e dal saccheggio.

Tanto il primo, quanto il secondo paiono, infatti, presupporre, rispettivamente, almeno fatti di danneggiamento, ovvero fatti di furto, rapina, violazione di domicilio, ecc., di tal che la fattispecie di cui all'art. 419 c.p. (così come quella di cui all'art. 285 c.p.) si rivela come una ipotesi criminosa che non può che essere commessa attraverso ipotesi meno gravi.

Riconoscendo la figura del reato progressivo, la giurisprudenza<sup>315</sup> ha affermato che la contravvenzione di lottizzazione abusiva è reato

---

<sup>311</sup> Sul punto, e per gli esempi citati, M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 186. Nello stesso senso, – ad es. il quadro normale di un omicidio comporta il danneggiamento dei vestiti della vittima (ma non anche il danneggiamento di altri oggetti) – si pronuncia anche A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 204.

<sup>312</sup> S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, in *Scuola pos.* 1960, 309 ss.; G. SABATINI, *Il reato progressivo nel sistema delle deroghe al concorso di reati*, in *Scritti in onore di U. Conti*, Città di Castello, 1932; A. SPIEZIA, *Il reato progressivo*, I, Idea, 1937; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit., 401 ss.

<sup>313</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Roma, 1987, 1150 ss., i quali ritengono che un qualche risultato apprezzabile possa essere raggiunto non già studiando la relazione tra fatti, naturalisticamente considerati, ma tra modelli criminali, valutati nel loro contenuto e, dunque, nei loro elementi costitutivi. *Contra*, A. SPIEZIA, *Il reato progressivo*, cit., 97, che preferisce parlare di pluralità di fatti, e di rapporto concreto fra fattispecie

<sup>314</sup> M. ROMANO, *Commentario*, cit., 171.

progressivo nell'evento, che sussiste anche quando l'attività posta in essere sia successiva agli atti di frazionamento o ad opere già eseguite, atteso che tali iniziali attività, pur integrando la configurazione del reato, non esauriscono il percorso criminoso che si protrae con gli interventi successivi che incidono sull'assetto urbanistico, in quanto l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria compromette ulteriormente le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza pubblica. Con la conseguenza che il sub-acquirente di un singolo lotto, se pure non abbia dato causa all'operazione lottizzatoria, risponde nei limiti della propria partecipazione, realizzata attraverso l'attività negoziale o edificatoria, del reato di concorso in lottizzazione abusiva, nel quale è possibile l'adesione del correo in qualsiasi fase, a condizione che l'attività lottizzatoria stessa sia ancora in corso<sup>316</sup>.

Una interessante applicazione della progressione criminosa riguarda i delitti di corruzione, laddove si sostiene<sup>317</sup> che il reato di corruzione rappresenta una fattispecie a "duplice schema" perché si perfeziona alternativamente con l'accettazione della promessa o con il ricevimento dell'utilità da parte del pubblico ufficiale; da ciò conseguendo che, se tali atti si susseguono, il momento consumativo si cristallizza nell'ultimo atto, venendo così a perdere di autonomia l'atto di accettazione della promessa, perché con l'effettiva prestazione si concretizza l'attività corruttiva e si approfondisce l'offesa tipica del reato, secondo un fenomeno assimilabile al reato progressivo.

Il far discendere lo spostamento in avanti del momento consumativo dal cd. approfondimento dell'offesa tipica, significa tuttavia confondere il profilo della integrazione della fattispecie e, dunque, della consumazione - che scatta ogniqualvolta il fatto materiale corrisponde interamente al

---

<sup>315</sup> Cass., sez. III, 11.5.2005, n. 36940, *Cass.pen.* 2006, 2936.

<sup>316</sup> Cass., sez. III, 10.10.2006, n. 39908, *Cass.pen.* 2007, 4693.

<sup>317</sup> Cass., sez. VI, 9.7.2007, n. 35120, *Cass.pen.* 2008, 1909.

modello legale - con l'altro, diverso, della valutazione della gravità dell'offesa, rilevante esclusivamente - nel quadro dell'art. 133 c.p. - in sede di commisurazione della pena.

In tal senso va rilevato che nei reati istantanei non è dato distinguere tra perfezione (concetto che esprimerebbe il realizzarsi di tutti i requisiti richiesti dal tipo) e consumazione (concetto che, diversamente, estrinsecerebbe l'idea del raggiungimento della massima lesività concreta di un reato, già in precedenza integratosi), dal momento che quest'ultima nozione esprime, tecnicamente, la compiuta realizzazione di tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie criminosa.

Una volta determinatasi l'offesa tipica, con l'aggressione ai beni della imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione - lesione scaturente, appunto, dall'intervento di un *pactum sceleris* tra il privato ed il pubblico funzionario - il delitto risulta pienamente integrato e, dunque, neppure concepibili si rivelano ipotetici aggravamenti del suo contenuto offensivo. La natura reale (dazione-ricezione) ovvero obbligatoria (promessa-accettazione) delle modalità che concretizzano l'accordo criminoso non incide minimamente sulla portata lesiva del fatto, né tantomeno è suscettiva di determinare slittamenti del momento consumativo dell'illecito.

Come è stato correttamente affermato, “la conclusione .. risulta pressoché obbligata: la dazione successiva all'accordo costituisce un contegno post-consumativo privo di qualsiasi apprezzabilità penale”<sup>318</sup>.

Del resto, ai fini del perfezionamento del reato si rivela del tutto indifferente l'effettivo compimento dell'atto oggetto dell'accordo, allo stesso modo in cui la mancata consegna dell'utilità promessa non degrada il reato da consumato a tentato. E ciò, a ben vedere, è in linea con quella

---

<sup>318</sup> G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 142.

concezione mercantile della corruzione che informa anche l'attuale assetto normativo.

Il dato caratterizzante la condotta illecita risiede nel fatto che il passaggio attuale o potenziale di utilità trova la propria ragion d'essere nel compimento, avvenuto o a venire, di una condotta funzionale dell'*intraneus*: tra corrotto e corruttore interviene un contratto di compravendita, si delinea un rapporto di scambio e cioè è sufficiente per l'integrazione del tipo: l'accettazione della promessa rileva in sé e non - come si finisce per affermare in modo equivoco - quando la promessa non viene mantenuta. Simile assetto è - comprensibilmente - più rispettoso delle istanze di determinatezza della fattispecie (rispetto alla concezione clientelare, ove il passaggio di utilità avviene in ragione della veste di funzionario pubblico dell'agente) ed esprime in modo realmente pregnante il contenuto di disvalore e la meritevolezza di pena propria dei fatti corruttivi.

Una possibile fase ulteriore, successiva alla realizzazione del fatto-reato, pertanto, non ha nulla a che vedere con la consumazione non potendosi contrapporre al perfezionamento 'formale' del reato la sua consumazione 'materiale'.

Insomma, la consumazione del reato si verifica nel momento in cui il fatto tipico risulta integrato nei suoi estremi costitutivi essenziali: da questo punto ha inizio il post-fatto, e non potranno quindi più prodursi quegli effetti che presuppongono sia in atto la violazione del comando (concorso di persone nel reato, concorso formale di reati ecc.)<sup>319</sup>.

Sempre sul piano normativo attuale, come già accennato, va detto che le fattispecie di corruzione descrivono la condotta costitutiva del delitto di corruzione in via alternativa: ricevere denaro o altra utilità, ovvero accettarne la promessa. In altri termini, ci si trova di fronte ad un norma

---

<sup>319</sup> S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

mista alternativa (o, se si preferisce, ad una norma a più fattispecie ovvero a condotta fungibile) in cui ogni singolo comportamento tipizzato rappresenta una possibilità (*rectius*, una forma alternativa) di commissione del reato, il quale resta comunque unico anche in caso di realizzazione - differita nel tempo - di entrambi simili comportamenti.

E, inverò, se sul piano dei criteri formali di identificazione non sembra dubitabile che il termine o individua una disgiunzione, il carattere fungibile (*rectius*, equivalente) delle fattispecie si profila con maggiore pregnanza in forza della interpretazione letterale della disposizione, anche alla luce della sua rubrica. La semplice accettazione della promessa di una qualche utilità integra ed esaurisce l'unitario delitto di corruzione, come evidenzia la collocazione della condotta di accettazione della promessa nella struttura dello schema tipico e, soprattutto, la particella pronominale “ne” che, legando la accettazione della promessa alla ricezione di una utilità, delinea chiaramente la alternatività delle due fattispecie.

È tuttavia sul piano sostanziale dell'offesa che si manifesta la fungibilità delle condotte tipiche considerate (seppure la seconda implichi logicamente la prima).

La realizzazione, pur differita nel tempo, di entrambi i comportamenti integra, infatti, una lesione unitaria dei beni oggetto di tutela e non più ipotesi di condotte infedeli caratterizzate da distinta offensività; pena un'inammissibile violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale: la plurima realizzazione delle condotte tipizzate - si è osservato in tal senso - non è a priori configurabile, perché l'integrazione della prima condotta consuma la possibile conformità al tipo della realizzazione della seconda. L'aggressione portata agli interessi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione con la condotta di accettazione della promessa di denaro - funzionalmente collegata ad una attività determinata

dell'intraneus - costituisce l'offesa tipica, per qualità e grado, della fattispecie delittuosa.

La asserita (ulteriore) condotta infedele del pubblico funzionario, individuabile nella ricezione dell'utilità frutto del previo accordo corruttivo, nulla aggiunge sul piano contenutistico alla offesa tipica. L'oggetto di tutela della previsione normativa non consiste - come detto - nella non venalità del pubblico funzionario; e, d'altra parte, è notorio che il dovere di fedeltà, proprio in quanto dovere, non sostanzia un bene, ma è (eventualmente) posto a sua tutela. Buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione rappresentano i valori-fine, costituzionalmente fissati, cui deve essere improntata l'attività amministrativa e, dunque, unicamente ad essi si deve far riferimento quando si viene ad interpretare i reati di corruzione.

Conclusivamente, presupposto del concorso di reati è la pluralità di offese, mentre nel caso in esame il fatto rimane strettamente unitario per l'unicità della aggressione ai beni protetti: la (possibile) varietà di condotte, suscettive di realizzare la fattispecie alternativa, trova concreta unificazione nell'identità di disvalore del fatto.

L'unitarietà del fatto-reato scaturisce, a ben vedere, dalla unicità di lesione dell'oggetto di tutela.

Con riferimento alla figura del reato progressivo, peraltro, non sono mancate dispute concettuali che hanno finito per alimentare, anche qui, versioni in astratto e in concreto<sup>320</sup>, tradotte con terminologia differente. Se infatti il reato progressivo traduce il percorso da una fattispecie minore ad altra fattispecie progredita, l'alternativa è nell'intendere tale passaggio come requisito necessario (reato necessariamente progressivo), ovvero come requisito variabile (reato eventualmente progressivo).

---

<sup>320</sup> La diversa visione del fenomeno è sottolineata da A.SPIEZIA, *Il reato progressivo*, cit., 21, e da V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 403.

In ordine all'inquadramento sistematico dell'istituto in esame, poi, sono state proposte diverse interpretazioni<sup>321</sup>.

Si è sostenuta la riconducibilità della figura in esame al principio di specialità, a quello di consunzione, ad entrambi tali criteri o ad un rapporto di “sussidiarietà tacita”<sup>322</sup>. Parte della dottrina<sup>323</sup> e soprattutto la giurisprudenza riconducono il reato progressivo al “reato complesso in senso lato”.

Ciò posto, risulta preferibile l'opinione secondo cui il reato progressivo sia una espressione dei criteri di valore e che la inderogabile regola della prevalenza della norma che contempla la fattispecie più ampia separi nettamente il reato progressivo dal reato complesso in senso lato e comunque dal principio di specialità.

Ma, pur prescindendo da tali incertezze, permangono in fondo molteplici sfasature interpretative che investono i requisiti costitutivi della nozione in esame. Lo sforzo della dottrina tradizionale di individuare gli elementi della fattispecie progressiva non ha risparmiato ciascuno di essi da censure radicali o correzioni interpretative, alimentando la nebulosità di una nozione dai contorni quanto mai incerti<sup>324</sup>.

Nebulosità in un certo qual modo alimentata, pur nell'apparente ricerca di un rigore terminologico, dalla limitrofa figura della progressione criminosa, la cui esigenza nasce dalla considerazione della insufficienza di un'analisi astratta della fattispecie<sup>325</sup>.

Per progressione criminosa deve intendersi il passaggio contestuale da un reato ad un altro più grave, contenente il primo, per effetto di risoluzioni successive<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> Riferimenti in V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit.

<sup>322</sup> M. ROMANO, *Commentario*, cit., 168 ss.

<sup>323</sup> V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Bologna, 1996, 232 ss.

<sup>324</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 404, con ampi riferimenti.

<sup>325</sup> Così, V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 404.

<sup>326</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

Al riguardo si citano i casi di chi, subito dopo aver ferito, uccide la vittima; di colui che comincia col molestare una persona e poi, mutato repentinamente proposito, la ingiuria; del soggetto che sequestra una persona e, cambiato disegno, subito dopo la riduce in schiavitù; di chi passa, per successive risoluzioni, dal rifiuto di indicazioni sulla propria identità alle false indicazioni, o dall'ingresso abusivo alla invasione di terreni, o dagli atti contrari alla pubblica decenza agli atti osceni.

In giurisprudenza<sup>327</sup>, richiamandosi alla progressione criminosa, si afferma che il delitto di favoreggiamento dell'altrui prostituzione non può concorrere con l'esercizio di una casa di prostituzione poiché quest'ultimo reato implica sempre una certa facilitazione, che si offre ad una o più prostitute per svolgere la loro attività, con la messa a disposizione dei locali.

L'azione, infatti, che è propria del reato di favoreggiamento, costituisce un *minus* attraverso cui necessariamente passa quella costitutiva dell'esercizio di una casa di prostituzione e conseguentemente, per il principio dell'assorbimento, nel più rimane compreso il meno. Ricorre, pertanto, nella specie non l'ipotesi del concorso ideale di reati (pluralità di reati e unità di azioni), ma quella del concorso di norme sotto il profilo della progressione criminosa.

In tema di stupefacenti, la Suprema Corte ha ritenuto che le diverse condotte criminose previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, se riguardanti - per un medesimo fine - la stessa sostanza, costituiscono, in una sorta di progressione criminosa, condotte plurime di un unico reato<sup>328</sup>.

Ed ancora, è stato posto in evidenza<sup>329</sup> che tra la figura di reato di cui all'art. 270 c.p. (associazione sovversiva) e quella di cui all'art. 270 bis stesso codice (associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o

---

<sup>327</sup> Cass. 24.6.1983, Saracino, *Cass.pen.* 1984, 2058.

<sup>328</sup> Cass., sez. IV, 19.3.2003, n. 17426, *Foro it.* 2005, II, 42.

<sup>329</sup> Cass., sez. II, 20.4.2004, n. 25282, *Riv. pen.* 2005, 165.



di eversione dell'ordine democratico) è ravvisabile un rapporto di progressione criminosa, in conseguenza del quale la ritenuta sussistenza della seconda e più grave di dette figure assorbe ed impedisce la contestuale configurabilità della prima.

A differenza della figura affine del reato progressivo, nella progressione criminosa una fattispecie legale penale, realizzata in precedenza, viene concretata ancora per la via della realizzazione successiva di altra fattispecie legale penale, nella quale già si trova implicata. In altre parole: la condotta iniziale progredisce sfociando in una condotta successiva, in nesso causale con la precedente, che produce un'offesa più grave della precedente.

Il meccanismo è, forse, più appariscente se riguardato sotto l'aspetto soggettivo: mentre infatti nel reato progressivo il reo dirige la propria volontà verso l'evento più grave, di talché l'evento minore si presenta come un passaggio obbligato; nella progressione criminosa, viceversa, la volontà è diretta all'evento minore e, solo in un momento successivo, sposta il proprio raggio d'azione coprendo, sebbene in un medesimo contesto, anche l'evento maggiore. Il legame assume caratterizzazioni concrete poiché non sono le fattispecie astratte a venire in rilievo, ma le concrete dinamiche delittuose, le quali, senza apparente necessità, finiscono per intrecciarsi<sup>330</sup>.

La peculiarità della figura risiede, dunque, nella assenza del presupposto che contraddistingue il reato progressivo, e cioè la medesimezza del fatto.

Pertanto, la struttura della progressione impone la presenza di un reato meno grave a cui segue un reato più grave; e, dunque, pluralità a tutti gli effetti coordinata, in ragione dell'unità di contesto, al raggiungimento di un fine comune.

---

<sup>330</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 404.

In ordine all'inquadramento della progressione criminosa, la dottrina più recente ritiene che si versi nella logica dell'assorbimento tipica del criterio di consunzione<sup>331</sup> o che possano applicarsi i principi del concorso di norme in base ad *analogia iuris*<sup>332</sup>. Altro orientamento sostiene, per contro, che non sia possibile pervenire, in tali casi, alla negazione del concorso di reati<sup>333</sup>.

Anche in questo caso, pare corretto qualificare la progressione criminosa quale espressione del principio di consunzione.

Autorevole dottrina<sup>334</sup> ha poi elaborato la figura della c.d. progressione criminosa in senso stretto, situazione nella quale l'ulteriore e progressiva offesa allo stesso bene giuridico avviene per effetto di risoluzioni criminose successive. Così, se l'agente vuole ferire e dopo averlo fatto decide di uccidere, sarà responsabile, in ogni caso, soltanto per l'omicidio, a prescindere dal momento di formazione del dolo di omicidio. Sarebbe, infatti, irragionevole irrogare entrambe le sanzioni, anche ammesso che si tratti di azioni distinte<sup>335</sup>.

Va quindi condivisa l'idea di chi<sup>336</sup> ritiene sussistente un unico reato nei casi di progressione in senso stretto, ovvero in quelli che potrebbero essere definiti di "progressione interiore", che emergono in quelle situazioni in cui il comportamento che conduce ai due eventi – quello meno grave e quello più grave – si svolga senza soluzione di continuità, di talché il mutamento di proposito si presenti effettivamente come *un'evenienza puramente psichica del tutto priva di riscontri fattuali esteriormente percepibili*. Si pensi al soggetto che colpisca con più pugnalate in rapida sequenza un avversario al fine di ferirlo, ma poi, durante l'espletamento di

---

<sup>331</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 511.

<sup>332</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, 470.

<sup>333</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, 396.

<sup>334</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

<sup>335</sup> In tal senso, M. ROMANO, *Commentario*, I, cit., 186; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 559; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 207.

<sup>336</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 296.

questa attività (mai interrotta), decida di insistere fino ad ucciderlo. In questo caso – non in quello di progressione criminosa ove si possa obiettivamente apprezzare una cesura logico-cronologica tra i comportamenti rilevanti – si potrebbe affermare un concorso di reati solo valorizzando i mutamenti di un atteggiamento interiore, in contrasto col principio di materialità.

Sono pertanto le ipotesi di progressione in senso stretto ad integrare il fenomeno in esame ed a porsi come casi problematici.

Non merita infatti cittadinanza nel nostro ordinamento l'ipotesi di progressione in senso latissimo<sup>337</sup>, secondo cui si ha progressione criminosa ogni volta in cui singoli soggetti o gruppi progrediscono sulla via della criminalità, sia passando dalla ideazione o dalla preparazione di piani criminali, o da un accordo criminoso, od anche da una associazione criminosa alla realizzazione di singoli reati specifici, sia da un reato meno grave ad un reato od a reati più gravi, sia da un solo reato o da un minor numero di reati ad un numero più elevato.

Una delle situazioni tipiche, che può meritare, tra le tante, specifica menzione, è quella del trascorrere dalla minaccia all'esecuzione<sup>338</sup>. Qualche volta, poi, la progressione è una vera e propria *escalation* criminale, singola o collettiva.

Tale forma di progressione interessa, ovviamente, diversi capitoli della criminologia, tra cui quello delle carriere criminali, e può interessare istituti generali del diritto penale sotto più di un profilo: la recidiva, l'abitualità, la professionalità nel reato, con le loro specifiche sanzioni o misure; la prevenzione speciale anche sotto altri e diversi aspetti, quale la possibile previsione di misure di sicurezza per la minaccia che vengano commessi gravi delitti; eventuali circostanze di aggravamento della pena,

---

<sup>337</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

<sup>338</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

delle quali anche nel nostro diritto vigente si trova talora traccia in leggi speciali.

Il trattamento giuridico di tutti codesti casi di progressione criminosa in senso latissimo è generalmente quello previsto per il concorso materiale di reati (art. 71 ss. c.p.), salvi i possibili casi di continuazione criminosa verificabili quando la pluralità di fatti criminosi (delitti o contravvenzioni) sia riconducibile ad un medesimo disegno criminoso<sup>339</sup>.

Lo stesso dicasi per la progressione in senso lato, riconducibile al concorso apparente di norme<sup>340</sup>. Ed invero, si è visto che in questo campo sono generalmente accolti, o suggeriti, pur tra contrasti vivaci, i criteri della specialità, della sussidiarietà, della consunzione. Tuttavia è stato alcune volte proposto, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, il criterio detto, appunto, della progressione. La tesi è sostenuta da un'autorevole dottrina<sup>341</sup>, secondo cui due criteri sono sufficienti per risolvere i dubbi che si presentano in tema di concorso di norme: il principio di specialità e il principio di progressione. Quest'ultimo si sintetizza nella formula per cui quando una norma prevede un fatto che ne comprende in sé uno meno grave, contemplato da altra norma, si applica solo la prima, la quale assorbe la seconda, in ossequio al *ne bis in idem*.

In altri termini, la progressione si realizza compendiando nei casi in cui una fattispecie legale astrattamente considerata ne contiene necessariamente un'altra ed in quelli in cui fra due reati, uno maggiore ed uno minore, non esiste una connessione logicamente necessaria, ma un legame fondamentale sull'*id quod plerumque accidit*, per cui o il reato minore è mezzo ordinario per commettere il maggiore o il reato meno grave consiste nell'attuazione dello scopo per cui normalmente è commesso il reato più grave. Tale principio di progressione avrebbe - secondo

---

<sup>339</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

<sup>340</sup> G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, cit.

<sup>341</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 752 ss.

l'insigne studioso - trovato applicazione in due distinti gruppi di casi: il reato progressivo da un lato, il quale ricorre allorché l'agente pone in essere un tipo di reato che non può essere realizzato senza aver prima posto in essere un reato più semplice e meno grave e, dall'altro lato, nell'antefatto e postfatto non punibili, nei quali tra i due reati, il maggiore e il minore, non esiste una connessione logicamente necessaria, desumibile cioè dalla fattispecie astratta, ma un legame fondato sull'*id quod plerumque accidit*.

Tali ipotesi, tuttavia, potrebbero essere ricondotte al principio di consunzione ovvero al canone della sussidiarietà, del quale il criterio della progressione non è che una specie.

Da ultimo, un recente orientamento<sup>342</sup> ha evidenziato l'affinità della progressione criminosa con l'istituto della continuazione e che, paradossalmente, se si aderisce alla tesi secondo cui la progressione criminosa assume rilievo proprio nei casi in cui manchi una espressa indicazione di riserva dovrebbe convenirsi come gli episodi in unità di contesto siano proprio quelli attratti nell'orbita del reato continuato, tanto da rendere insostenibile la sovrapposizione dei due istituti diversi.

Tra le ulteriori possibili applicazioni del principio di consunzione è possibile ricordare gli istituti dell'antefatto e del postfatto non punibile, cioè quelle attività che secondo l'*id quod plerumque accidit* precedono o seguono un certo reato e che dunque, anche se astrattamente configurerebbero degli autonomi reati, restano assorbite nel reato maggiore, il quale include già il disvalore della condotta antecedente o successiva<sup>343</sup>. In questi casi, pur in presenza di una pluralità di fatti, la tesi favorevole ad ammettere un concorso apparente è quella accolta dalla

---

<sup>342</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 405.

<sup>343</sup> G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Roma, 1958, 505 ss.; A. MORO, *Unità*, cit., 92; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982

dottrina maggioritaria<sup>344</sup>. Così, ad esempio, la detenzione di strumenti atti allo scasso di cui all'art. 707 c.p., resta assorbita nel furto con scasso di cui all'art. 625, n. 2 c.p.; parimenti, se il ladro distrugge la cosa rubata, non commette anche il danneggiamento se la condotta successiva all'impossessamento sia il modo naturale di impiegare la cosa sottratta.

Nondimeno, un orientamento minoritario ravvisa in tali ipotesi un caso di concorso materiale di reati, trattandosi di una pluralità di fatti autonomi e distinti e non sussistendo, perciò, il presupposto fondamentale della struttura del concorso apparente e cioè l'unicità del fatto<sup>345</sup>.

Si sostiene infatti che le categorie in esame mancherebbero di fondamento di diritto positivo. Così, si afferma che se esistono ipotesi di antefatto e postfatto non punibili per espressa riserva di legge (ad es. quella dell'art. 396 comma 4 c.p., ora abrogato, che assorbe l'antefatto del portare la sfida nel reato di agevolazione del duello se i portatori sono anche i padrini o i secondi. Come pure quelle degli artt. 464, 465, 489 c.p., che escludono la punibilità del successivo uso dell'atto falso da parte di chi abbia commesso o concorso nel reato di falsificazione), esistono anche ipotesi espressamente risolte nel senso della punibilità, pur se configurando l'antefatto e il postfatto come aggravanti (ad es. gli antefatti di danneggiamento e di violazione di domicilio rispetto al furto — artt. 625 nn. 1 e 2 c.p. — e i postfatti di estorsione rispetto al sequestro di persona a scopo di estorsione — 630, comma 2, c.p. del testo orig.). Per cui, in assenza di scelte omogenee da parte del legislatore nel senso dell'assorbimento dovrebbe valere il contrario principio della pluralità di reati, anche perché le categorie in esame, contrariamente a quella della

---

<sup>344</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 640; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 940; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 171.

<sup>345</sup> Nel senso, che si tratta di ipotesi al di fuori dello schema del concorso apparente di norme, L. CONTI, *op. cit.*, 1017.

progressione criminosa, corrispondono a fattispecie in “rapporto di eterogeneità” che integrano il presupposto strutturale del concorso di reati<sup>346</sup>.

La giurisprudenza ha individuato o escluso casi di antefatto o postfatto non punibile, tra gli altri, in materia di abusi edilizi, ritenendo che non costituiscono nuova autonoma manifestazione antigiuridica di mutamento di destinazione, penalmente rilevante, la utilizzazione o gli atti di disposizione del manufatto già realizzato in modo difforme o in assenza di concessione. Tali atti rientrando nella sfera del *post factum* impunibile e degli effetti permanenti di una condotta antigiuridica a consumazione conclusa<sup>347</sup>. Così, premesso che un contratto preliminare di vendita può autonomamente dar luogo ad un'ipotesi di lottizzazione abusiva, ha precisato che, nell'ipotesi in cui il preliminare non sia *contra ius* all'epoca della stipula - avvenuta sotto il vigore di differenti normative - esso non rende lecito, come *post-factum* non punibile, l'eventuale rogito stipulato successivamente nella vigenza della legge n. 47 del 1985.

In materia di reati concernenti gli stupefacenti, è stato poi affermato<sup>348</sup> che in forza del principio consensualistico che non richiede che l'acquirente acquisti la materiale disponibilità della droga, con l'automatico effetto traslativo si consuma, almeno di norma, l'integrale disvalore della condotta. Ne deriva che la cessione, la vendita e la distribuzione, l'importazione e gli ulteriori comportamenti descritti dall'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre

---

<sup>346</sup> F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 467 ss.

<sup>347</sup> Cass., sez. IV, 26.6.2007, n. 35701, *C.E.D. Cass.*, n. 237472.

<sup>348</sup> Cass., 18.4.1995, n. 7949, Della Valle, *Giur. it.* 1995, II, 657. Sulla stessa linea, Cass., 18.1.1996, n. 5632, *Cass.pen.* 1997, 550. ha affermato che nel caso di accordo preventivo tra i soggetti all'estero e soggetti nel territorio dello Stato per l'importazione di sostanze stupefacenti che i secondi si impegnano ad acquistare e comunque in qualsiasi modo a distribuire sul mercato italiano con attività di intermediazione, provvedendo in concreto, o tentando di provvedere al ritiro, si configura da parte di costoro un concorso morale nell'importazione e nel trasporto consumati, mentre la condotta materiale posta in essere per ottenere la disponibilità materiale o giuridica della sostanza, essendo successiva a tale consumazione e rimanendo assorbita per il principio sopra richiamato, viene ad atteggiarsi come un *post factum* non punibile.

1990 n. 309, costituiscono, in quanto modalità di esercizio di quel potere, un postfatto non punibile.

Con riferimento ai reati contro la P.A., è stato altresì sostenuto<sup>349</sup> che la semplice promessa di pagamento sotto la pressione del *metus publicae potestatis* è sufficiente ad integrare gli estremi del reato consumato di concussione, costituendo il pagamento dell'indebito un *post factum* che serve solo alla realizzazione dell'illecito profitto, ma che è ininfluente sul già avvenuto perfezionamento del reato. E' quindi escluso che la corresponsione in distinti momenti, successivi all'accordo, configuri un'ipotesi di concussione continuata.

È stato, altresì ravvisato il postfatto non punibile nelle seguenti sentenze:

- nella detenzione di materiale pedopornografico da parte del produttore dello stesso materiale<sup>350</sup>;

- in tema di tutela del diritto d'autore, nella commercializzazione o diffusione dell'opera tutelata, da parte del soggetto che ha operato la duplicazione o riproduzione dell'opera stessa<sup>351</sup>;

- nell'uso dello strumento contraffatto da parte dell'autore della contraffazione di cui all'art. 468 c.p.<sup>352</sup>.

In altri casi significativi, la Corte ha escluso la sussistenza di postfatto non punibile.

Così, in materia di usura, la Suprema Corte ha affermato<sup>353</sup> che la riscossione degli interessi dopo l'illecita pattuizione integra il momento di consumazione e non costituisce un *post factum* penalmente irrilevante, trattandosi di delitto a consumazione prolungata, che perdura nel tempo sino a quando non cessano le dazioni degli interessi.

---

<sup>349</sup> Cass., 26.4.2004, n. 33419, *Cass. pen.* 2006, 116.

<sup>350</sup> Cass., sez. III, 20.11.2007, n. 1814, in *Cass. pen.* 2008, 4167.

<sup>351</sup> Cass., sez. III, 17.11.2005, n. 557, in *C.E.D. Cass.*, n. 233008; Cass., sez. III, 27.2.2003, n. 18320, in *Riv. dir. ind.* 2003, 388.

<sup>352</sup> Cass. 13.11.1998, Marucci, *Cass. pen.* 1999, 3404.

<sup>353</sup> Cass., sez. II, 10 luglio 2008, n. 34910, *C.E.D. Cass.*, n. 241818.



In tema di attribuzione fittizia della titolarità o disponibilità di danaro o altri beni, prevista come reato dall'art. 12 *quinquies*, comma 1, d.l. n. 306 del 1992 conv. con modificazioni in l. n. 356 del 1992, e successive modifiche, è stato stabilito<sup>354</sup> che le condotte poste in essere successivamente al momento consumativo di detto reato, coincidente con quello in cui la fittizia attribuzione ha luogo, vengono a costituire un *post factum* non punibile solo a condizione che si tratti di condotte meramente passive, finalizzate cioè al semplice mantenimento dell'illecito *status quo*, mentre danno luogo alla configurabilità di un nuovo ed autonomo reato quando siano volte a produrre nuove situazioni fittizie e nuove realtà giuridiche apparenti, sempre funzionali ad eludere le disposizioni di legge richiamate nel citato art. 12 *quinquies*. E, statuendo sul caso specifico, ha ritenuto che non potessero essere considerate come *post factum* non punibile condotte costituite da plurime trasformazioni, con nuove intestazioni fittizie di quote, di una prima società cui erano stati fittiziamente intestati beni appartenenti ad un soggetto ritenuto aderente ad un sodalizio criminoso di tipo camorristico.

Con riferimento a tutti gli istituti analizzati, riconducibili in linea di massima ai criteri di valore, si deve evidenziare che di recente è stato sostenuto che nel reato progressivo o nella progressione criminosa, nell'antefatto o nel postfatto non punibile, una fattispecie prevale su di un'altra non perché sia riconoscibile il gene della progressione, ma solo in quanto siano riconoscibili i meccanismi di prevalenza tipici del concorso di norme<sup>355</sup>.

Il problema è, dunque, non tanto quello di differenziare il reato progressivo e le altre figure sin qui esaminate dal reato complesso, dal reato continuato, dal concorso di reati, ma di comprendere il meccanismo attraverso il quale, nei casi citati, una disposizione prevalga su altra

---

<sup>354</sup> Cass., sez. V, 11 dicembre 2008, n. 10024, *Riv. pen.* 2009, 677.

<sup>355</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 411.

disposizione; individuato tale meccanismo nel concorso di norme, *sub specie* di specialità, sussidiarietà o consunzione, gli effetti non possono che essere quelli tipici del concorso di norme: la applicabilità di una sola norma con prevalenza della fattispecie ivi disciplinata. L'altra fattispecie, quella generale o sussidiaria o consunta, perde, *ope legis*, qualsiasi effetto, a meno di non venire resuscitata in caso in cui quella, *lato sensu* primaria, non patisca cause estintive di vario genere.

In conclusione, pur essendo apprezzabili le aspirazioni equitative sottese all'approccio interpretativo, la mancata traduzione positiva delle categorie qui esaminate rende ragione delle inevitabili vaghezze concettuali, il cui più chiaro sintomo è dato dalla innaturale tensione a designare fenomeni uguali con nomi diversi e, all'opposto, fenomeni diversi con nomi uguali.

La involontaria *frode delle etichette* finisce, così, per alimentare un groviglio interpretativo, in cui non è raro che si intenda per reato progressivo ciò che da altri è indicato come progressione criminosa; e per progressione criminosa ciò che altrove è indicato come antefatto o postfatto non punibile. Con l'inutile prospettiva di fornire soluzione certa a casi che non ne avrebbero altrimenti bisogno; e soluzione incerta a casi che parrebbero sfuggire ad un preciso inquadramento dogmatico<sup>356</sup>.

**3.8.1. Concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative** — Prima dell'entrata in vigore della l. 24 novembre 1981, n. 689, il problema del concorso tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative veniva prevalentemente risolto applicando il cumulo delle sanzioni<sup>357</sup>.

Per la verità, dopo le prime leggi di depenalizzazione il principio del cumulo delle responsabilità aveva iniziato ad incrinarsi, almeno

---

<sup>356</sup> V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, cit., 415.

<sup>357</sup> E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*

nell'interpretazione giurisprudenziale: ad esempio, con riferimento ai rapporti tra art. 650 c.p. e art. 106 del t.u. legge comunale e provinciale (depenalizzato dalla l. 3 maggio 1967, n. 317), si era giunti ad escludere l'applicabilità della norma penale in quanto sussidiaria<sup>358</sup>.

Con l'art. 9 della legge citata si è dettata una disciplina unitaria, ispirata al criterio tipicamente infrasistemico del principio di specialità<sup>359</sup>.

Ciò detto, l'adozione del criterio di specialità suscita, nondimeno, perplessità di ordine politico-criminale<sup>360</sup>. Infatti, tenuto conto che la disciplina amministrativa è più settoriale e specializzata rispetto ad una determinata materia, accade, non di rado, che essa prevalga, finendo con l'indebolire la tutela proprio in quegli ambiti dove la presenza di un illecito amministrativo appare piuttosto determinata da un'esigenza di integrazione e rafforzamento della sanzione penale<sup>361</sup>.

In ogni caso, va ricordato che anche di recente tale opzione è stata ribadita nella riforma dei reati tributari. In effetti, l'art. 19, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 stabilisce che "quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del Titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale"<sup>362</sup>.

Il primo comma dell'art. 9 individua anzitutto i presupposti per la configurabilità di un concorso apparente di norme: si stabilisce che la disposizione penale e la disposizione sanzionatoria amministrativa (di fonte statale) devono punire lo stesso fatto.

Si individua inoltre nella specialità il criterio per identificare la (sola) disposizione applicabile.

---

<sup>358</sup> Trib. Milano, 31 ottobre 1975, *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1976, 343 ss.

<sup>359</sup> C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 309 ss.

<sup>360</sup> E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*

<sup>361</sup> In tal senso, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 362. L'autore osserva che il rischio dell'indebolimento della sanzione viene contenuto dalla prassi legislativa, che si orienta decisamente verso l'inserimento, nella violazione amministrativa, di una clausola di riserva per l'ipotesi che il fatto costituisca reato. In tal caso, la prevalenza è comunque assicurata alla norma penale.

<sup>362</sup> Con riguardo al principio di specialità nel diritto penale tributario cfr., per tutti, E. M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, in E.M. AMBROSETTI- E. MEZZETTI- M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009, 383 ss.

Viene ricalcato, in sostanza, il disposto dell'articolo in commento, con due significative varianti: nell'art. 9 non si fa riferimento alla stessa materia (regolata) bensì allo “stesso fatto” (punito); manca, inoltre, la clausola derogatoria “salvo che sia diversamente stabilito” contenuta invece nell'art. 15.

La regola generale della specialità affermata dell'art. 9, 1° co. l. 689/1981 subisce un'importante eccezione.

Lo stesso art. 9 al 2° co. stabilisce, infatti, che "quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali". Dunque, ove il concorso riguardi norme penali e norme amministrative di fonte regionale (o delle province autonome di Trento e di Bolzano), l'art. 9, 2° co., sancisce la prevalenza della disposizione penale al fine di salvaguardare la potestà legislativa statale in materia penale, la quale sarebbe inficiata qualora la regione potesse disporre delle deroghe alle norme incriminatrici attraverso la previsione di illeciti amministrativi speciali.

L'ultimo inciso del secondo comma, prevede, però, un'ulteriore eccezione, che ripristina dunque la prevalenza dell'illecito amministrativo, ove la norma penale sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali.

La formula normativa non appare di univoca lettura e ha dato, perciò, adito a incertezze interpretative.

Ad ogni modo, sulla base della *ratio legis* si è intesa tale locuzione nel senso che l'illecito amministrativo di fonte regionale debba ugualmente prevalere nei casi in cui la norma penale contenga una clausola di riserva assolutamente indeterminata. In questo caso, infatti, la funzione meramente

sussidiaria della norma penale giustificerebbe l'applicazione prevalente ed esclusiva della sanzione amministrativa regionale<sup>363</sup>.

Il medesimo effetto, invece, non dovrebbe prodursi laddove la norma penale contenga una clausola di riserva di tipo determinato: in questo caso, la norma penale direttamente richiamata dovrebbe prevalere sulla sanzione regionale.

Infine, l'art. 9, 3° co. l. 689/1981, come sostituito dall'art. 95 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, stabilisce che "ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 293, e successive modificazioni ed integrazioni si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande"<sup>364</sup>.

In pratica, il principio generale di cui al primo comma dell'art. 9, relativo alla prevalenza della norma speciale subisce un'ulteriore deroga in materia alimentare e segnatamente nei casi di cui agli artt. 5, 6 e 12 citati: in queste ipotesi prevale in ogni caso la norma penale.

---

<sup>363</sup> In tal senso, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 362. Peraltro, l'Autore osserva che da questo punto di vista la disposizione apparirebbe di dubbia costituzionalità. È sufficiente pensare, ad esempio, che in materia di vendita di prodotti con segni mendaci, la tutela penale dell'art. 517 c.p. (subordinata per l'appunto ad una clausola di riserva assolutamente indeterminata) dovrebbe cedere di fronte a qualsiasi disposizione amministrativa regionale che sanzionasse anche con modeste somme pecuniarie la vendita di particolari prodotti di interesse locale con le modalità ingannatorie contemplate dalla norma penale. Sull'interpretazione sopra esposta dell'inciso concorda anche M. GALLO, *Appunti*, I, cit., 247. L'Autore, infatti, afferma che se la legge penale concorrente con quella regionale si presenta come norma di chiusura rispetto ad altra o altre disposizioni con clausole del tipo «se il fatto non è previsto (...)», «se il fatto non costituisce più grave reato (...)», si deve privilegiare la legge regionale cui il fatto appare più direttamente riferibile. Sul punto, per una disamina di altre interpretazioni possibili dell'inciso finale dell'art. 9, 2° co., si veda anche S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 563.

<sup>364</sup> La disciplina sanzionatoria in materia di alimenti è stata oggetto di depenalizzazione. In particolare, l'art. 1 del d.lgs. 507 ha trasformato in illeciti amministrativi le violazioni previste come reato dalle leggi comprese nell'allegato elenco (elenco che comprende anche la l. 30 aprile 1962, n. 283), "fatta eccezione per i reati previsti dal codice penale e dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283 e successive modificazioni ed integrazioni". Dunque, i fatti previsti dagli artt. 5, 6 e 12 citati, – quelli ai quali l'art. 9, 3° co. fa riferimento stabilendo la prevalenza in ogni caso della norma penale sull'illecito amministrativo – non sono stati depenalizzati. L'art. 5 riguarda il divieto di vendere ed utilizzare in vario modo sostanze mescolate con elementi di qualità inferiore o privati degli elementi nutritivi, in cattivo stato di conservazione, con cariche batteriche elevate, insudiciate, invase da parassiti, con additivi chimici, residui di prodotti di origine agricola tossici; l'art. 6 vieta la produzione e la vendita di sostanze con residui di prodotti trattati utilizzati in agricoltura, l'art. 12 concerne il divieto di introduzione nel territorio della repubblica di sostanze destinate all'alimentazione non conformi ai requisiti previsti dalla stessa legge.

D'altro canto, si è posto l'accento sul fatto che resterebbero fuori dalla previsione – senza deroga quindi al principio della prevalenza della norma speciale di cui all'art. 9, 1° co. – le norme di contenuto più generale, previste dal codice penale, a tutela della salute pubblica dagli artt. 439, 440, 441, 442, 515, 516, e 517, che pure erano presenti nella prima versione del decreto trasmessa alle Camere per l'espressione del parere.

In ordine al significato ed alla portata delle varianti terminologiche dell'art. 9 citato rispetto all'art. 15 c.p. si sono registrate, sin dall'inizio, nette contrapposizioni dottrinali.

Così, la diversa locuzione utilizzata dal legislatore — “fatto” al posto di “materia” — ha fatto ritenere a taluno che nell'ambito della disposizione in esame non debba più operare il confronto tra i singoli elementi costitutivi delle fattispecie astratte<sup>365</sup>.

Si dovrebbe, in sostanza, guardare al “fatto”, inteso in termini di “sottofattispecie”<sup>366</sup>: categoria, questa, elaborata per individuare le ipotesi di “medesimo fatto giuridico”, di fatto, cioè, capace di costituire reato in base a tutte le disposizioni convergenti.

In altri termini, sulla base della locuzione stesso fatto, anziché stessa materia di cui all'art. 15 c.p., è stato sostenuto che, nell'ambito della specialità tra sanzione penale e amministrativa, si debba valutare se il fatto concreto sia riconducibile ad entrambe le sanzioni, senza che il confronto debba operare tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte<sup>367</sup>. In pratica, è stato riproposto anche in questo caso il modello interpretativo della c.d. specialità in concreto.

A tale posizione interpretativa si contrappone quella, dominante, secondo cui la relazione di convergenza apparente non può essere stimata

---

<sup>365</sup> M. SINISCALCO, *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689*, in *Leg. pen.* 1982, 227 s.

<sup>366</sup> S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, 72.

<sup>367</sup> In uno dei primi commenti alla legge, così ha ritenuto M. SINISCALCO, *Legge 24 novembre 1981, n. 689. Modifiche al sistema penale. Commento all'art. 9*, in *LP*, 1982, 227.

con riguardo al fatto (in concreto) simultaneamente riconducibile ad entrambe le norme, bensì procedendo ad un confronto diretto ed in astratto tra le fattispecie, e cioè tra gli elementi costitutivi di ciascuna di esse, al fine di stabilire se tra queste intercorra o meno un rapporto di eterogeneità<sup>368</sup>. Il che riceverebbe conferma dallo stesso tenore letterale dell'art. 9 comma 2, dove, parlandosi di "fatto punito", sembra volersi alludere non ad un fatto "naturalistico", ma alle fattispecie legali presidiate da sanzione penale e rispettivamente amministrativa, che possono in astratto entrare in rapporto di convergenza tra loro<sup>369</sup>.

Ed invero, il parametro del "fatto concreto" già proposto in rapporto all'art. 15 c.p.<sup>370</sup>, è privo di significato, perché carente di autonomia logica rispetto ad una comparazione contenutistica delle norme incriminatrici. In primo luogo, infatti, è impossibile valutare se il fatto concreto regolato sia il "medesimo", se non vagliando l'eventuale corrispondenza tra requisiti delle fattispecie legali, in virtù dei quali soltanto è possibile selezionare, tra le infinite connotazioni della vicenda storica, quelle "tipiche" di cui considerare l'eventuale "unicità"<sup>371</sup>.

In secondo luogo, se non si chiariscono previamente i rapporti strutturali tra figure di illecito, il semplice "quadro di vita" non lascia di per sé intravedere la natura apparente (artt. 15 e 9 c.p.) o formale (art. 81, 1° comma, c.p. e art. 8 l. 689/81) del concorso, essendo anche quello formale caratterizzato dalla plurima valutazione di medesimi profili della vicenda concreta. In realtà, aggiungiamo noi, è plausibile ritenere che il legislatore

---

<sup>368</sup> Cfr., per tutti, G.A. DE FRANCESCO, voce *Specialità*, cit., 493; G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente*, cit., 431

<sup>369</sup> E. DOLCINI, *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689*, in AA.VV., *Commentario delle Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, 58 ss.

<sup>370</sup> I. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, Studi Antolisei, vol. I, Milano, 1965, 123.

<sup>371</sup> Tra i tanti C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 579. In giurisprudenza, di recente: Cass., Sez. II, 24.2.2010, Vailatti, in *C.E.D. Cass.*, 247227; se dissociato da un confronto tra fatti tipici astratti, dunque inteso ad avallare soluzioni "caso per caso", il criterio del "fatto concreto" costituisce un travestimento "del principio di equità [...] gravemente riduttivo [...] del principio di tassatività": M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 242 s.

usi la locuzione "fatto punito" in quanto funzionale ad un precetto, quello appunto dell'art. 9 cit., pensato per regolare relazioni tra norme sanzionatorie, mentre la più generica nozione di "stessa materia" è coerente con la portata dell'art. 15 c.p., che disciplina anche i rapporti tra interi corpi normativi (come tali riferiti non a "fatti", ma, appunto, a "materie") e tra disposizioni di rilievo penale ma non necessariamente incriminatrici (dunque contemplanti "fatti" non necessariamente "puniti").

Secondo tale interpretazione, quindi, il concorso apparente di norme presenta connotati omogenei nel sistema penale e in quello delineato dall'art. 9, per cui non vi sarebbero ragioni per non utilizzare, anche in questa sfera, in relazione ai presupposti della convergenza, i cospicui apporti forniti dalla dottrina penalistica con riferimento all'articolo in commento: in sostanza, per stabilire l'identità del fatto, occorre riferirsi ai medesimi indici utilizzati a proposito dell'art. 15 c.p.

Il recepimento degli schemi elaborati dalla dottrina penalistica in materia di concorso apparente di norme appare assai problematico in relazione a talune questioni che hanno trovato nel sistema penale soluzioni autorizzate soltanto dalla clausola "salvo che sia altrimenti stabilito", contenuta nell'articolo 9 citato.

Il legislatore, come si è detto, nel formulare l'art. 9, non ha inserito la suddetta clausola di riserva, con il probabile intento di vincolare la soluzione di ogni conflitto di norme al solo criterio logico-formale di specialità<sup>372</sup>.

Sembra derivarne quindi l'impossibilità di far ricorso a criteri diversi per l'individuazione della fattispecie prevalente (sussidiarietà e consunzione).

L'innovazione non è priva di significato: anzitutto sembra rappresentare un primo e significativo accostamento al ricordato

---

<sup>372</sup> E. DOLCINI, *Commento all'art. 9*, cit., 59.



orientamento dottrinale che, in tema di concorso apparente di norme, ha adottato una prospettiva metodologica di tipo strutturale, che persegue l'obiettivo di conferire un maggior coefficiente di certezza e trasparenza al giudizio di prevalenza, ancorandolo alla struttura astratta delle fattispecie e non a valutazioni aleatoriamente contenutistiche<sup>373</sup>.

È stato evidenziato<sup>374</sup>, peraltro, come la prospettiva strutturale presenti dei limiti difficilmente superabili, denotando al suo interno obiettive ragioni di contrasto, per giunta su aspetti non certo secondari, quali ad esempio la diversa estensione attribuita alla c.d. specialità bilaterale, senza considerare una certa impermeabilità rispetto ad essa da parte della prevalente giurisprudenza. Il che ha fatto sorgere il sospetto che la formulazione adottata dal legislatore dell'81 si esaurisca in una sorta di “cosmesi nominalistica”<sup>375</sup>, ingenerando pessimismo circa la possibilità che l'art. 9 comma 1 possa emanciparsi dal sostanziale immobilismo delle dispute dottrinarie, ovvero dal contingente decisionismo giurisprudenziale.

Gli orientamenti giurisprudenziali formati in materia hanno finito comunque per riproporre le divisioni consolidate in merito all'applicazione del concorso apparente di norme penali.

La prima significativa pronuncia apertamente schierata a favore del modello strutturale è stata pronunciata dalla Corte costituzionale, che, dovendo affrontare due eccezioni di legittimità, riferite ad un'asserita disparità di trattamento sanzionatorio nell'ipotesi di c.d. furto venatorio, mutuando le cadenze argomentative della teoria strutturale, ha intravisto tra la norma penale (artt. 624 e 625 c.p.) e la norma sanzionatoria amministrativa (all'epoca l. 27 dicembre 1977, n. 968, in materia di esercizio abusivo della caccia) una relazione di “interferenza bilaterale”,

---

<sup>373</sup> F. MANTOVANI, *Concorso*, cit.; G.A. DE FRANCESCO, *Lex*, cit.; cfr. altresì C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e di norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1989, 783 ss.

<sup>374</sup> C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali*, cit., 785.

<sup>375</sup> C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali*, cit., 785.

escludendo, quindi, il rapporto di specialità *ex art. 9 comma 1*<sup>376</sup>. Più precisamente, in un *obiter dictum* la Corte ha affermato che al fine di stabilire se il soggetto che esercita la caccia in violazione delle regole sanzionate amministrativamente dalla l. 968 del 1977 debba essere anche punito ai sensi dell'art. 624 c.p., "vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che sembrano convergere su di un medesimo fatto naturalisticamente unico".

Nello stesso senso, la Suprema Corte<sup>377</sup> ha escluso il rapporto di specialità tra l'art. 171 lett. a) l. 22 aprile 1941, n. 633 che, in materia di protezione del diritto d'autore, punisce con la multa chiunque, senza averne diritto, riproduce, recita in pubblico, diffonde o pone in commercio un'opera altrui e l'art. 1 l. 22 maggio 1993, n. 159, poi abrogato, che punisce con sanzione amministrativa chiunque abusivamente riproduce a fini di lucro la composizione grafica di opere, o parti di opere, librerie. Ciò sul presupposto che la medesimezza del fatto va valutata in astratto e non in concreto e che nelle due fattispecie è diversa sia la condotta (da una parte riproduzione, ma anche diffusione, recitazione pubblica, ecc., dall'altra solo riproduzione), sia l'oggetto materiale (da una parte l'opera dell'ingegno quale bene immateriale, dall'altra la composizione grafica dell'opera, ovvero l'opera materiale).

Muovendosi ancora nella medesima ottica, è stata riconosciuta la sussistenza del concorso apparente di norme laddove l'inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine dell'autorità di presentarsi, entro il termine da questa stabilito, ad uffici di polizia per fornire informazioni o esibire documenti, integrante (anche) l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 650 c.p., va punita solo con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 180 comma 8 del nuovo codice della strada<sup>378</sup>. Si afferma poi che

---

<sup>376</sup> Corte cost., 3 aprile 1987, n. 97, *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1989, 772 ss., con nota di C. PIERGALLINI.

<sup>377</sup> Cass., 4 novembre 1997, Mannino, *Riv. pen.* 1998, 357.

<sup>378</sup> Cass., 17.3.1993, Falciatori, *C.E.D. Cass.*, n. 193667; Cass., 25.3.1998, Angeli, *ivi*, n. 210477.

l'inosservanza dell'obbligo di fermarsi all'invito degli agenti in servizio di polizia stradale va punita solo con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 192 comma 1 del codice della strada e non anche *ex art.* 650 c.p.

Ed ancora, in tema di igiene di alimenti e bevande, è stato escluso il rapporto di specialità tra l'art. 5, l. 30 aprile 1962, n. 283 e la violazione amministrativa di cui all'art. 4, 3° co., d.l. 118 del 1992 sul presupposto che il principio di specialità di cui all'art. 9, l. 689/1981 "postula che la violazione amministrativa in astratto contestabile costituisca un elemento del fatto reato, essendone parte integrante"<sup>379</sup>.

Si segnala, nello stesso senso, una recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di protezione del diritto d'autore, la quale ha affermato che in forza del principio di specialità di cui all'art. 9 cit., ai fatti previsti e sanzionati penalmente dall'art. 171 *octies*, l. 22 aprile 1941, n. 633 – come introdotto dall'art. 17, l. 18 agosto 2000, n. 248 –, si applicano le sole sanzioni amministrative di cui all'art. 6, d.l. 15 novembre 2000, n. 373, “sempre che le condotte tipiche contemplate dal predetto art. 171 risultino sovrapponibili o sostanzialmente assimilabili”<sup>380</sup>.

Sempre nella prospettiva strutturale, sono significative alcune pronunce in tema di inottemperanza all'ordine di fermarsi impartito dalla polizia stradale, nelle quali si è affermato che trattandosi dello stesso fatto punito sia dall'art. 650 c.p., sia dall'art. 192, 1° co., c. str., deve prevalere

---

<sup>379</sup> Cass., sez. I, 6.4.2004, n. 6769, in *Foro it.*, 2005, I, 1160. Sempre nella stessa materia, Cass., sez. III, 12.2.2009, n. 20125, *C.E.D. Cass.*, n. 243711, ha ritenuto che la normativa speciale di cui all'art. 13 l. n. 283 del 1962, che tutela, in via amministrativa, la qualità del prodotto, concorre, nel caso di commercio come prodotti d.o.p. di alimenti privi delle necessarie caratteristiche, con le disposizioni incriminatrici di cui agli artt. 515 e 517 c.p., finalizzate, invece, a tutelare il leale esercizio del commercio e l'interesse del consumatore (fattispecie relativa a vendita, come "grana padano", di formaggio sprovvisto della caratteristiche dello stesso). Cass., sez. III, 23.10.2008, n. 391, *C.E.D. Cass.*, n. 242174 ha affermato che, in tema di tutela penale degli alimenti, la vendita di cereali invasi da parassiti soggiace alle sanzioni penali previste dalla l. 30 aprile 1962, n. 283, non sussistendo alcun rapporto di specialità con la normativa che ne disciplina la lavorazione ed il commercio (l. 4 luglio 1967, n. 580, modificata dal d.P.R. 9 febbraio 2001, n. 187), in quanto tali prodotti, oltre che lavorati mediante macinazione, sono sostanze alimentari direttamente consumabili mediante cottura.

<sup>380</sup> Cass., Sez. Un., 18.12.2002, in *Riv. pen.*, 2003, 384.

in forza del principio di specialità di cui all'art. 9, 1° co., cit., la sola sanzione amministrativa<sup>381</sup>.

La Cassazione<sup>382</sup>, risolvendo un rilevante contrasto interpretativo, ha poi affermato che, nel vigore della legge n. 248 del 2000, la condotta di acquisto di supporti audiovisivi fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali, ove non costituisse concorso *ex art.* 110 c.p. in uno dei reati previsti dagli artt. 171 - 171 *octies* l. 22 aprile 1941, n. 633, integra l'illecito amministrativo di cui all'art. 16 della stessa legge, che in virtù del principio di specialità previsto dall'art. 9 legge 24 novembre 1981, n. 689, prevale in ogni caso sull'art. 648 c.p., che punisce lo stesso fatto, anche se l'acquisto fosse destinato al commercio.

Per la pronuncia in esame, sopravvenuto il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, che ha abrogato l'art. 16 della legge n. 248 del 2000 (art. 41) e l'ha sostituito con il nuovo testo dell'art. 174 ter legge n. 633 del 1941 (art. 28), è possibile il concorso tra il reato di ricettazione e quello di cui all'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941 n. 633, e successive modificazioni, quando l'agente, oltre ad acquistare supporti audiovisivi fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali, li detenga a fine di commercializzazione; configurandosi l'illecito meramente amministrativo previsto dall'art. 174 ter legge n. 633 del 1941 soltanto quando l'acquisto o la ricezione siano destinati a uso esclusivamente personale.

La situazione normativa così ricostruita – si prosegue – non è mutata con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, perché l'incauto acquisto di cose provenienti da taluno dei reati previsti dalla legge n. 633 del 1941 può integrare gli estremi della contravvenzione prevista dall'art. 712 c.p.; mentre solo l'incauto acquisto di

---

<sup>381</sup> Cass., sez. I, 17.9.2008, n. 6736, *Cass. pen.* 2009, 2612; Cass. Pen., sez. VI, 29.4.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 1744. Nello stesso senso, Cass. Pen., sez. I, 10.7.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3548.

<sup>382</sup> Cass., sez. un., 20.12.2005, n. 47164, in *Cass. pen.* 2006, 861, nonché in *Riv. pen.* 2007, 532 ss., con nota di G. STEA, *Ricettazione e commercio di opere d'autore illecitamente riprodotte. La consunzione nel conflitto apparente di norme in relazione strumentale.*

cose di provenienza altrimenti illecite, vale a dire di cose non provenienti da reato, può integrare gli estremi dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 1 comma 7 del citato decreto legge.

Il rapporto di specialità è stato poi escluso<sup>383</sup> tra il delitto di truffa aggravata in danno dello Stato e la violazione amministrativa prevista dall'art. 5, comma quinto, d.l. 28 marzo 2003 n. 49, convertito in l. n. 119 del 2003, avente ad oggetto l'inosservanza, da parte degli acquirenti, degli obblighi e dei termini previsti dai commi precedenti in tema di prelievi supplementari dovuti sull'eccedenza delle quote latte, in quanto la norma penale tutela l'interesse all'integrità patrimoniale e alla libera determinazione negoziale della persona offesa in relazione alla condotta di colui che, mediante artifici o raggiri, la induca in errore per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, mentre la norma che prevede l'illecito amministrativo mira a tutelare il corretto funzionamento e l'adeguata applicazione del complesso meccanismo di controllo della produzione lattiero-casearia, sanzionando le violazioni anche meramente formali dei cosiddetti primi acquirenti, indipendentemente dal danno patrimoniale eventualmente subito dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura.

Appare altresì significativa la pronuncia delle Sezioni Unite secondo<sup>384</sup> cui l'illecito amministrativo di cui agli artt. 1, 4 e 6 d.lgs. n. 373 del 2000, che sanziona la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio ovvero il possesso a fini commerciali di dispositivi atti a rendere possibile, senza l'autorizzazione del titolare, l'accesso in forma intelligibile ad un servizio protetto, è ipotesi speciale rispetto al reato di cui all'art. 171-*octies* l. n. 633 del 1941, come introdotto dall'art. 17 l. n. 248 del 2000, che punisce la produzione, messa in vendita, importazione, promozione, installazione, modifica o utilizzo per uso pubblico o privato, a

---

<sup>383</sup> Cass., sez. II, 2.10.2008, n. 2808, *C.E.D. Cass.*, n. 242651.

<sup>384</sup> Cass., sez. un., 18.12.2002, Scuncia, *Dir. e giust.* 2003, n. 11, 13

fini fraudolenti, di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite o via cavo, in forma sia analogica sia digitale. Con la conseguenza che la suddetta condotta è sanzionata solo amministrativamente, ai sensi dell'art. 9 l. n. 689 del 1981 (fattispecie anteriore all'entrata in vigore della l. n. 22 del 2003, che dispone l'applicazione congiunta delle sanzioni penali ed amministrative).

Le Sezioni unite nell'anzidetta pronuncia pervengono alla conclusione del concorso apparente di norme (rispettivamente amministrativa e penale) sulla base del confronto tra le due ricordate fattispecie astratte. Confronto che conduce a ritenere presenti nella norma presidiata da semplice sanzione amministrativa, quali elementi specializzanti, il fine di commercio nonché la fornitura a pagamento del servizio ad accesso condizionato.

In materia di giochi d'azzardo, ancora, la Suprema Corte<sup>385</sup> ha ritenuto che l'esercizio di giochi d'azzardo a mezzo di apparecchi automatici ed elettronici (nella specie, *slot machine*) non più soggetti alla sanzione penale prima prevista dall'art. 110, r.d. n. 773 del 1931 per effetto della depenalizzazione operata dalla l. n. 266 del 2005, integra il reato di cui all'art. 4, comma quarto, l. n. 401 del 1989, in applicazione dell'art. 9, comma primo, l. n. 689 del 1981, attesa la natura speciale della norma sanzionatoria penale rispetto a quella amministrativa contemplata dall'art. 110, comma 9, r.d. n. 773 del 1931.

A fronte dell'impostazione maggioritaria, quella strutturale, è tuttavia emerso un orientamento che si fonda sul richiamo all'oggettività giuridica quale criterio di soluzione del concorso di norme.

In tal senso, si segnala una pronuncia ove si è affermato che la sanzione amministrativa di cui all'art. 22, 1° co. della l. 15 febbraio 1963, n. 281 – in tema di disciplina della preparazione e del commercio dei mangimi – concorre

---

<sup>385</sup> Cass., sez. III, 16.4.2009, n. 24673, *C.E.D. Cass.*, n. 244077.

con il reato di frode in commercio di cui all'art. 515 c.p., posto che la prima norma tutelerebbe la garanzia della qualità dei prodotti venduti, mentre la seconda proteggerebbe la correttezza e la lealtà commerciale<sup>386</sup>.

Significative espressioni di tale orientamento sono poi rappresentate da svariate sentenze della Cassazione in materia di inquinamento elettromagnetico<sup>387</sup>, dove la Corte ha escluso il rapporto di specialità, ai sensi dell'art. 15 c.p., tra la norma di cui all'art. 15 della l. n. 36 del 2001 e quella prevista dall'art. 674 c.p., trattandosi di norme dirette alla tutela di beni giuridici diversi e fondate su diversi presupposti; più precisamente, nel primo caso la condotta è sanzionata — con la sanzione amministrativa — solo se l'emissione di onde elettromagnetiche superi i limiti previsti dalla legge, mentre nel secondo caso la condotta costitutiva dell'illecito penale sussiste a prescindere dal superamento dei predetti limiti, per il solo fatto di avere cagionato offesa o molestie alle persone.

Nello stesso senso, sempre in tema di getto pericoloso di cose, è stato sostenuto<sup>388</sup> che è configurabile il concorso formale tra il reato di cui all'art. 674 c. p. e le norme speciali in materia ambientale, non sussistendo rapporto di specialità tra la predetta fattispecie penale e la norma di cui

---

<sup>386</sup> Cass., sez. III, 14.7.1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2522, con nota, cui si rinvia per una disamina della giurisprudenza in materia di concorso di norme penali e amministrative, di L. FANULI- A. LAURINO, *Incertezze giurisprudenziali in materia di concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative*.

In linea, si segnala in tema di danneggiamento di segnaletica stradale, Cass., sez. I, 17.3.2000, in *Cass. pen.*, 2001, 1902, che ha affermato che, poiché la norma di cui all'art. 15 c. strad., la quale prevede una sanzione amministrativa per il danneggiamento, lo spostamento, la rimozione o l'imbrattamento della segnaletica stradale, prescinde del tutto dal considerare situazioni di pericolo per la pubblica incolumità, essa non può considerarsi speciale rispetto a quella prevista dall'art. 673 c.p. e, pertanto, non ne esclude l'applicabilità a norma dell'art. 9, l. 689 del 1981. Di segno contrario, si segnala Trib. Busto Arsizio, 9 giugno 2003, in *Foro ambr.*, 2003, 317, che in un'ipotesi di danneggiamento di un cartello stradale ha applicato in virtù del principio di specialità di cui all'art. 9, l. 989/1981, il solo illecito amministrativo di cui all'art. 15, l. 689/1981. Parimenti, in tema di emissioni di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, si è affermato il concorso del reato di cui all'art. 674 c.p. e della disposizione di cui all'art. 15, l. 36/2001 «stanti i diversi beni tutelati dall'illecito penale e dalla norma amministrativa» (Cass. Pen., sez. I, 14 marzo 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 462, con nota di G. DE FALCO, *Alcuni punti (quasi) fermi in tema di rilevanza penale dell'inquinamento elettromagnetico*).

<sup>387</sup> Cass., sez. III, 9.1.2009, n. 15707, *C.E.D. Cass.*, n. 243430; Cass., sez. III, 13.5.2008, n. 36845, in *Cass. pen.*, 2009, 927, con nota di A. SCARCELLA, *Getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*; Cass., 12 marzo 2002, Fantasia, *Riv. pen.* 2002, 455; Cass., 14.3.2002, Rinaldi, *Cass. pen.* 2003, 462, con nota di G. DE FALCO, *Alcuni punti (quasi) fermi in tema di rilevanza penale dell'inquinamento elettromagnetico*.

<sup>388</sup> Cass., 7.11.2007 n. 6419, *C.E.D. Cass.*, n. 239059.

all'art. 54, comma secondo, del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152 (che sanziona amministrativamente l'effettuazione di scarichi in acque reflue domestiche senza la prescritta autorizzazione), in quanto si tratta di norme poste a tutela di beni giuridici diversi e fondate su diversi presupposti, esulando da tale ultima fattispecie il fatto di aver cagionato offesa o molestia alle persone.

Ed ancora, è stato ritenuto<sup>389</sup> che non sussiste rapporto di specialità, ai sensi dell'art. 9, l. n. 689 del 1981, tra l'illecito amministrativo di somministrazione ed assunzione di sostanze dopanti, sanzionato dagli artt. 3 e 4, l. n. 1099 del 1971, ed il reato di frode sportiva, previsto e punito dall'art. 1, l. n. 401 del 1989, per la disomogeneità dei beni giuridici tutelati, essendo quest'ultima disposizione posta a tutela del leale e corretto svolgimento delle competizioni sportive, le altre a tutela della salute dei partecipanti.

Va peraltro segnalata una recente decisione<sup>390</sup> che sembra poter incisivamente modificare il quadro sin qui delineato, in un'ottica estensiva del principio di specialità.

Tale pronuncia, nello statuire che integra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 213 del d.lg. 30 aprile 1992, n. 285 e non il reato di cui all'art. 334 c.p. la condotta consistente nel circolare abusivamente alla guida di un veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, ha affermato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 9, il fulcro del problema consiste nello individuare, tra più norme che disciplinano uno stesso accadimento storico, la previsione che meglio si presta a regolare il caso.

A tale fine, è utile mettere a confronto non le singole disposizioni, quella penale e quella amministrativa, ma i due corpi normativi; da tale paragone si rileva come la disciplina introdotta con il Codice della Strada

---

<sup>389</sup> Cass., 29.3.2007, n. 21324, *Cass. pen.* 2008, 2065.

<sup>390</sup> Cass., sez. III, 20.3.2008, n. 25116, *C.E.D. Cass.*, n. 240731.



sia speciale rispetto a quella codicistica penale, in quanto intende governare un particolare settore della vita sociale.

Invero, nell'alveo della *lex specialis*, l'intero regime del sequestro amministrativo presenta, nella sua globalità, requisiti peculiari che lo rendono differente dal vincolo sottostante all'art. 334 c.p. in quanto prevede la sottrazione di un mezzo all'avente diritto con il fine specifico di inibirne la circolazione.

Tale condotta antidoverosa, che costituiva illecito penale, è stata trasformata in illecito amministrativo con il d.lg. n. 507 del 1999, art. 19. Di conseguenza, il ritenere la fattispecie ancora di rilevanza penale si pone in contrasto con la volontà del Legislatore di riservare una disciplina particolare - e di maggior favore rispetto alla previsione dell' art. 334 c.p. - alla sottrazione al vincolo, e connessa indefettibile circolazione, di veicoli sequestrati per ragioni di viabilità. Né è sostenibile che le due norme in esame possano concorrere in quanto è chiaro, dal tenore dell'art. 9, come non sia possibile una duplicità di sanzioni; tra fattispecie eterogenee - conclude la Corte -, penali ed amministrative, che regolano uno stesso fatto concreto, una sola è applicabile e, precisamente, quella amministrativa perchè, disciplinando una materia particolare, deve considerarsi speciale.

L'ultimo arresto delle Sezioni Unite<sup>391</sup> ha tuttavia definitivamente optato per un criterio strutturale - cioè incentrato su di un confronto tra elementi costitutivi - quale unico praticabile in tema di concorso di norme e reati.

Con tale pronuncia, si individua tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213, comma 4, c.s. (circolazione abusiva di veicolo sottoposto a sequestro amministrativo) ed il delitto di cui all'art. 334 c.p. ("sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa") un rapporto di

---

<sup>391</sup> Cass., Sez. Un. 28.10.2010, n. 1963, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 848, con commento di A. VALLINI.

specialità unilaterale, circostanza che rende naturale l'applicazione dell'art. 9, 1° comma, l. 24 novembre 1981, n. 689.

La decisione sposa senza esitazioni l'accreditata impostazione dottrinale<sup>392</sup> (maturata in relazione sia all'art. 15 c.p., sia all'art. 9 l. 689/81) che, nella versione originale, si sviluppa nei seguenti passaggi.

In primo luogo, se indubbiamente le ipotesi di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta sono riconducibili all'art. 15 c.p. (e all'art. 9 cit.), allora un elemento "specifico" o "aggiuntivo" non basta a determinare una diversità di "materia" o di "fatto": invero, l'elemento "specifico" costituisce pur sempre una delle possibili "forme di manifestazione" di quello, corrispondente, "generico"; per altro verso, l'elemento aggiuntivo che caratterizza la disposizione unilateralmente speciale non "incontra", in quella generale, un requisito anch'esso "ulteriore", a confronto del quale possa dirsi "differente". Se così è, anche in ipotesi di specialità reciproca bilateralmente per specificazione, oppure da un lato per specificazione e dall'altro per aggiunta, la materia, o il fatto, rimangono i medesimi. Nel primo caso, infatti, i due tipi si distinguono solo in virtù di elementi "specifici", i quali tuttavia, come si è osservato, non determinano una eterogeneità rilevante. Nel secondo caso, una delle due fattispecie si caratterizza, ancora una volta, soltanto per un elemento specifico, senza descrivere un requisito ulteriore rispetto al quale quello "aggiuntivo", che connota la contrapposta figura tipica, determini una "diversità".

Soltanto nelle situazioni di "specialità reciproca bilateralmente per aggiunta" avremo una divergenza di materia, posto che ciascun elemento "ulteriore" è "diverso" da quello, o da quelli, presenti nella fattispecie convergente: dette situazioni sarebbero, dunque, disciplinate dall'art. 81, 1°

---

<sup>392</sup> G. A. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit. 48 ss.; Id., voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 11 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983 151 ss.; Id., *Diritto penale*, Milano, 2008, 379 ss.

comma, c.p. (o, per quanto concerne il concorso formale tra illeciti amministrativi, dall'art. 9 l. 689/81).

Al momento di individuare la norma applicabile in tali particolari ipotesi di concorso apparente, il criterio di specialità non può operare in termini strettamente deduttivi.

In caso di specialità reciproca, infatti, per definizione non è individuabile una sola fattispecie "speciale"; nessuna costituisce "sottofattispecie" dell'altra, ma al più è individuabile una "sottofattispecie" comune ad entrambe, costituita dall'incontro di tutti i requisiti comuni e di quelli reciprocamente specializzanti. Sicché, in assenza di una clausola di riserva che risolva il conflitto, bisognerà valutare, attraverso una ricostruzione della *ratio legis*, quale ipotesi appaia orientata verso una "specializzazione della tutela". L'art. 15 c.p., d'altronde, prende in considerazione anche la specialità "tra leggi" intese nella loro interezza, la quale non può certo riprodurre gli schemi logici e rigorosi della "specialità unilaterale".

Gli indici rilevanti vengono allora formulati in conformità a quelli che segnalano, appunto, una specialità tra corpi normativi.

Come ricorda la sentenza in esame, essi sono costituiti: dalla stessa specialità tra le leggi che contengono le diverse disposizioni incriminatrici; dalla specialità tra soggetti attivi (di per sé sintomatica di uno statuto punitivo differenziato, concepito per certi soggetti che operano in certi settori); dal maggior numero di elementi specializzanti.

Come già visto, è tuttavia noto che a questa tematizzazione del concetto di specialità si contesta di riproporre, alla fine, quell'approccio di carattere "valutativo" che si vorrebbe rigettare.

In realtà, come ben osservato<sup>393</sup>, la dottrina recepita dalle Sezioni Unite si articola in termini rigorosamente strutturali se non altro quando si

---

<sup>393</sup> Cfr. il Commento di A. VALLINI, *cit.*

tratta di costatare la sussistenza di un concorso apparente, mentre le teorie del "bene giuridico", della consunzione, della sussidiarietà, dell'assorbimento in genere affidano al giudizio di valore dell'interprete la stessa distinzione tra concorso apparente e reale.

Per altro verso, le "valutazioni" volte a stabilire quale norma debba prevalere - tra le più già ritenute apparentemente concorrenti - restano condizionate, in modo "verificabile", da indici univocamente deducibili dal precetto. Infine, chi ritiene "apodittici o impraticabili" i proposti criteri di prevalenza, non considera che si tratta degli unici praticabili in caso di specialità tra "leggi": ipotesi, questa, espressamente presa in considerazione dallo stesso art. 15 c.p.

Le Sezioni Unite individuano così un nesso di specialità unilaterale tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213, comma 4, c.s. ("chiunque, durante il periodo in cui il veicolo è sottoposto al sequestro, circola abusivamente con il veicolo stesso..."), ed il reato di "sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa", in particolare quando costituito dal fatto del custode, del proprietario custode, del proprietario non custode, che "sottrae" una cosa sottoposta a sequestro disposto dall'autorità amministrativa (art. 334 c.p., commi 2° e 3°).

Tutti gli elementi specializzanti, si asserisce, sarebbero infatti contenuti nella fattispecie del codice della strada: la circolazione abusiva<sup>394</sup> (*species* della generale "sottrazione" considerata nell'art. 334 c.p.); la natura necessariamente amministrativa del sequestro (mentre la norma del codice penale considera anche quello disposto in sede penale); l'oggetto materiale (un veicolo, non qualsiasi "cosa").

---

<sup>394</sup> Intesa in senso lato, come semplice *amotio*, non necessariamente accompagnata da appropriazione, essendo in gioco - come già evidenziato, ad es., da Cass., Sez. VI, 3.12.2009, Ruocco, in *C.E.D.* Cass. n. 245543 - un delitto non contro il patrimonio, bensì contro la pubblica amministrazione, il cui buon andamento può essere messo a repentaglio, appunto, già da una sottrazione non appropriativa.

L'illecito amministrativo viene quindi dichiarato speciale per aggiunta anche quanto a soggetto attivo, poiché applicabile a chiunque, quindi a un novero più esteso di soggetti, rispetto ai pochi considerati dal reato "proprio" di cui all'art. 334 c.p.

Una simile argomentazione, pare delineare il classico paradosso, o "antinomia", tale essendo ciò che è "contrario a principi che si ritengono ben stabiliti", derivando però, almeno all'apparenza, da una rigorosa declinazione logica proprio di quei principi. In effetti, sino a questa sentenza, da un lato si dava normalmente per scontato che l'aggiunta di elementi "specificasse" la fattispecie; dall'altro lato, si riteneva ormai acquisito, a onor del vero, che le fattispecie a soggetto attivo o passivo qualificato (ad es. il peculato, o l'oltraggio) fossero speciali rispetto a quelle riferite ad un soggetto generico (rispettivamente, ad es., l'appropriazione indebita e l'ingiuria).

Ora, le Sezioni Unite fanno notare che queste seconde "aggiungono" elementi rispetto alle prime, sicché, in applicazione del primo enunciato, dovrebbero, in realtà, dirsi "speciali".

Non è difficile, però, evidenziare il paralogismo che conduce all'apparente antinomia<sup>395</sup>. Esso è sostenuto da una nozione ampia e indifferenziata di elemento aggiuntivo, mentre, intendendo bene il "principio di specialità", non tutti gli elementi aggiuntivi "specializzano" la fattispecie. Se infatti la *species* include, per definizione, un sottoinsieme dei casi riconducibili al *genus* (è specie "un concetto in quanto è parte o elemento di un altro concetto"), la sola "aggiunta" strutturale atta a determinare una relazione di specialità è quella che, aumentando il numero dei dettagli tutti necessari, circoscrive il campo applicativo di un fattispecie rispetto all'ambito di riferimento della figura generale, in sé meno particolareggiata. Tanto non accade quando il richiamo, esplicito o

---

<sup>395</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*

implicito, ad un più ampio numero di requisiti propone un'alternativa rispetto agli elementi essenziali di altra fattispecie, così ampliando, rispetto a quest'ultima, il novero dei fatti tipici (tali saranno, infatti, sia quelli caratterizzati dall'uno, sia quelli caratterizzati dall'altro elemento alternativo); sicché la prima non può certo ritenersi "specie" della seconda, ma vale, casomai, il contrario.

Quest'ultima ipotesi si realizza, appunto, nei rapporti tra illecito a soggetto attivo "comune" ed illecito a soggetto attivo "qualificato": il primo può applicarsi o al soggetto qualificato, o a quello non qualificato, mentre il secondo si riferisce soltanto al soggetto qualificato; è il secondo ad essere speciale, applicandosi ad una costellazione di casi interamente compresa nell'ambito applicativo del primo, non viceversa.

D'altronde, le Sezioni Unite contraddicono la nozione di specialità unilaterale da loro stesse adottata: correttamente si afferma che quella specialità "si caratterizza perché - se si elimina la specificazione o l'aggiunta - si ricade nell'ipotesi generale"; poi, però, qualificano come unilateralmente speciale una norma applicabile a casi non tutti suscettibili di "ricadere nell'ipotesi" che si suppone generale<sup>396</sup>.

In particolare, sono riconducibili all'art. 213 cit., ma non all'art. 334 c.p., le "circolazioni abusive" attuate da chi non sia né custode, né proprietario<sup>397</sup>.

In realtà, i postulati cui la Corte mostra d'aderire avrebbero dovuto indurla a individuare un nesso di specialità reciproca bilateralmente per specificazione, sostenendo la prevalenza dell'illecito amministrativo, in quanto connotato dal maggior numero di elementi specializzanti<sup>398</sup>. Se, tuttavia, sulla scorta d'una diversa e plausibile interpretazione delle norme poste a confronto, si volesse ritenere che la condotta di sottrazione non si

---

<sup>396</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*

<sup>397</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*

<sup>398</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*

sovrappone a quella di "circolazione abusiva" - ad es. perché la circolazione presuppone la sottrazione, o perché deve intendersi, per sottrazione, qualcosa che, per così dire, "non c'entra" col concetto di "circolazione", cioè una condotta oggettivamente e soggettivamente orientata ad eludere il vincolo di indisponibilità sul bene<sup>399</sup> - si potrebbe invece individuare un concorso effettivo di illeciti, essendo gli stessi integrati con due azioni distinte logicamente e cronologicamente.

Ciononostante, anche in questo caso, pur dopo aver affermato l'essenzialità di un'accorta analisi dei nessi tra "fatti tipici", le Sezioni Unite, ove l'analisi strutturale porta ad affermare la specialità unilaterale, inconsciamente valorizzano le intenzioni del legislatore, declamano sì una pregevole risolutezza nel perseguire la rotta dei criteri strutturali, orientata dalla stella della legalità, ma collegandole con le sirene dei paradigmi valoriali.

Questo metodo potrebbe forse estendersi, con le dovute precisazioni, anche ai nessi tra illecito penale e amministrativo.

Nel caso in esame, ammesso che una medesima serie di atti integri sia la "sottrazione", sia la "circolazione abusiva", a qualificarsi due volte come tipico, alla stregua ora dell'art. 334 c.p., ora dell'art. 213, comma 4, c.s., sarebbe *anche*, se non altro, un *presupposto*, cioè il singolo sequestro. Insomma, nella fattispecie concreta non si riscontrano separatamente *tutti* i requisiti tipici di *ambidue* le fattispecie: per sostenere un concorso di reati, alcuni di questi dovrebbero essere, per così dire, "contati due volte", per l'integrazione ora dell'una, ora dell'altra ipotesi di illecito, con violazione del criterio del "*ne bis in idem*" (in particolare, risulta eluso *una sola volta un medesimo ed unico vincolo di indisponibilità*). La negazione di un concorso di reati si giustifica anche in termini sostanziali: poiché si deve

---

<sup>399</sup> Cass., Sez. VI, 27.11.2009, Di Matola, cit., che però parla di "concorso formale"; Cass., Sez. VI, 31.10.2007, Altomaro, in *C.E.D. Cass.* n. 238476; cfr. altresì V. MAIELLO, *Custodia* (II. Violazione della custodia delle cose sequestrate o pignorate), in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 5.

supporre che quei requisiti in parte "mancanti" contribuiscano all'offensività "tipica" dei singoli illeciti, in quanto "costitutivi", nei fatti la loro assenza ostacola una piena e cumulativa realizzazione del disvalore obiettivo *sia* del delitto *che* dell'illecito amministrativo.

Per tutte queste ragioni, si può ben dire che la materia è la medesima<sup>400</sup> (le norme convergono su uno stesso segmento di realtà, comprendente elementi che vanno al di là della condotta), il concorso è apparente, l'illecito amministrativo prevale per il maggior numero di elementi valutativo/specializzanti.

Da ultimo, in ordine al tema del concorso tra fattispecie penale ed illecito amministrativo si è pronunciata la Corte costituzionale con l'ordinanza 287 del 4 novembre 2011.

Più precisamente, ci si è chiesti di cosa si rende responsabile il custode che utilizzi il veicolo del terzo, sottoposto a sequestro amministrativo, per farne un uso momentaneo, nel caso in cui la restituzione del bene non sia più possibile per caso fortuito o forza maggiore.

La Corte costituzionale ha lasciato intendere, tra le righe, che, in tal caso è configurabile il mero illecito amministrativo previsto dall'art. 213 c.d.s.

Venendo al caso concreto, va detto che un soggetto, nominato custode di un veicolo di proprietà altrui sottoposto a sequestro amministrativo, viene sorpreso a circolarvi dalla P.G., che ha così proceduto ad un nuovo sequestro dell'auto, dandone notizia all'Autorità giudiziaria.

Per questo fatto, il custode viene rinviato a giudizio per il delitto di peculato davanti al Tribunale di Nola, il quale solleva questione di legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 27, comma 1, Cost., dell'art. 314, comma 2, c.p., nella parte in cui non estende la disciplina del

---

<sup>400</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*



peculato d'uso alle ipotesi in cui la mancata restituzione della cosa, oggetto di appropriazione, sia dovuta a caso fortuito o forza maggiore, sottoponendola così al più grave regime del peculato.

Secondo il remittente, infatti, posto che, nella specie, è ravvisabile il delitto non *ex art. 334 c.p.* ma, appunto, *ex art. 314 c.p.* (perché – secondo il tribunale - l'imputato, facendo uso dell'autovettura a lui affidata solo per ragioni di ufficio, ha operato un'abusiva interversione del titolo pubblicistico del possesso, comportandosi *uti dominus*), nondimeno il fatto è sussumibile nella previsione del comma 2, dato che, per le circostanze del caso concreto, è pacifico che il custode avesse intenzione di restituire il veicolo subito dopo l'indebito utilizzo, ciò che non si è verificato perché la vettura è stata nuovamente posta sotto sequestro.

Di qui, ad avviso del remittente, il ventilato dubbio di legittimità costituzionale con riguardo al mancato rispetto del principio di colpevolezza, come interpretato dalla Corte costituzionale nelle due storiche decisioni del 1988, in particolare dalla n. 1085, che, in un caso affine, dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 626, comma 1, numero 1), c.p., nella parte in cui non estende la disciplina da esso prevista alla mancata restituzione della cosa sottratta dovuta a caso fortuito o forza maggiore.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, sul presupposto che il remittente ha ommesso di considerare una diversa opzione interpretativa, tale da sterilizzare, nel caso concreto, il ventilato dubbio di legittimità costituzionale.

La Consulta, in primo luogo, ha ricostruito i termini del dibattito, sorto in seno alla giurisprudenza di legittimità, relativo alla questione, affine, della qualificazione del fatto commesso dal proprietario ovvero dal custode che sia anche proprietario, il quale utilizzi l'autovettura sottoposta a sequestro amministrativo.

Mentre, secondo un indirizzo, il fatto è riconducibile alla sola norma sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 213, comma 4, c.d.s., in quanto speciale rispetto alla fattispecie ex art. 334 c.p., per altro orientamento, invece, vi è concorso con l'ipotesi delittuosa di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro, non essendo ravvisabile, tra le due disposizioni, un rapporto di specialità.

Il contrasto è stato tuttavia composto dalle Sezioni Unite, le quali, come appena visto, aderendo alla prima opzione ermeneutica, hanno stabilito che la condotta del proprietario che circola abusivamente con l'autovettura sottoposta a sequestro amministrativo integra solamente la violazione amministrativa, sul presupposto che l'art. 213 c.d.s. delinea un illecito qualificato da elementi specializzanti rispetto al reato di cui all'art. 334 c.p.

Secondo la Corte costituzionale, una conclusione del genere vale anche nel caso in cui, come quello dedotto in giudizio, il custode non sia il proprietario del veicolo indebitamente utilizzato.

L'assunto si ricava, pur indirettamente, dal passaggio argomentativo dove si afferma che il remittente “avrebbe dovuto verificare se anche rispetto al peculato l'illecito amministrativo previsto dall'art. 213 del d.lgs. n. 285 del 1992 possa essere considerato speciale, con la conseguenza che solamente questa disposizione dovrebbe trovare applicazione nel caso concreto”.

Poiché, dunque, il giudice *a quo* ha ommesso di verificare la praticabilità di un'interpretazione del genere, tale da rendere irrilevante il prospettato dubbio di costituzionalità – interpretazione che la Corte pare caldeggiare – la questione è stata dichiarata, come da costante giurisprudenza costituzionale, manifestamente inammissibile.

L'adozione dello schema della specialità di cui all'art. 9 impone, infine, la soluzione del problema relativo alla sopravvivenza delle “clausole

di riserva” contenute nelle norme sanzionatorie amministrative, con riferimento ai rapporti con le norme penali.

Della questione si è occupata più volte, la suprema Corte affrontando i rapporti tra l'art. 15 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (inottemperanza all'invito a presentarsi alla p.s.) depenalizzato dall'art. 1 d.lg. n. 480 del 1994 e l'art. 650 c.p., pervenendo a soluzioni diametralmente opposte.

In talune decisioni, infatti, ha statuito che, anche dopo la depenalizzazione del reato di inottemperanza all'invito a presentarsi all'autorità di p.s. previsto dall'art. 15 cit., la condotta in esso descritta, qualora l'invito sia stato dato per motivi di sicurezza pubblica, costituisce illecito penale, dovendo inquadrarsi nella contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., in forza della clausola di riserva (“salvo che il fatto costituisca reato”) contenuta nella nuova formulazione dell'art. 15, che ne esclude l'applicabilità in deroga al generale principio di specialità fissato dall'art. 9 l. n. 689<sup>401</sup>. In altra occasione ha invece ritenuto l'insussistenza del reato, considerando che l'art. 15 cit. si pone come norma speciale rispetto all'art. 650 c.p. e che, in base alla regola stabilita dall'art. 9 l. n. 689, la norma speciale, anche se sussidiaria, prevale sulla norma generale, in quanto la sussidiarietà non può modificare le regole che disciplinano il rapporto di specialità<sup>402</sup>.

La problematica in questione è stata affrontata anche con riferimento ai rapporti tra l'art. 176 comma 17 del d.lg. 30 aprile 1992, n. 285 (nuovo codice della strada), che punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria chiunque ponga in essere qualsiasi atto al fine di eludere in tutto o in parte il pagamento del pedaggio autostradale, “salvo che il fatto costituisca reato”, e il delitto di cui all'art. 641 c.p.

---

<sup>401</sup> Cass., 6.11.1995, Sadoqui, *Cass. pen.* 1996, 2578 s.; cfr. anche: Cass., 6.12.1995, Stilin, *C.E.D. Cass.*, n. 203226; Cass., 27.1.1996, Tavares, *ivi*, n. 203494; Cass., 21.2.1997, Pereira Santos, *ivi*, n. 206934.

<sup>402</sup> Cass., 5.9.1996, Bara Diop, *ivi*, n. 206685. Cfr. anche: Cass., 13.11.1995, Woroch, *Cass. pen.* 1996, 2574.

Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che la condotta di chi non corrisponde il pedaggio autostradale sia di mero rilievo amministrativo, atteso che l'anzidetto illecito amministrativo si pone in rapporto di specialità *ex art. 9 cit.*, rispetto all'art. 641 c.p. In questo contesto, la ricordata clausola di riserva non mirerebbe a conservare rilevanza penale alla fattispecie prevista dall'art. 641 c.p., ma starebbe ad indicare l'applicabilità delle norme penali solo quando la condotta elusiva del pedaggio sia caratterizzata da un *quid pluris* (ad es. artifici e raggiri, violenza, minacce) che la riporterebbero nell'alveo degli illeciti previsti, a seconda dei casi, dagli artt. 640 e 628 c.p.<sup>403</sup>.

A questo filone se ne è contrapposto un altro che esclude ogni rapporto di specialità tra i due illeciti, in quanto ciò significherebbe ammettere la trasformazione in illecito amministrativo, ad opera dell'art. 176 cit., dell'art. 641 c.p., nella parte in cui il fatto si concretizzi nel mancato pagamento del pedaggio. Ciò in contrasto con l'art. 2 l. 13 giugno 1991, n. 190 (contenente delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice della strada), che non ha attribuito anche il potere di depenalizzare comportamenti costituenti reato<sup>404</sup>.

Sul contrasto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite<sup>405</sup>, chiarendo che il problema del concorso apparente tra l'art. 641 c.p. e l'art. 176 comma 17 cit. non è risolvibile mediante il ricorso al principio di specialità, trattandosi invece di un'ipotesi di fattispecie poste in rapporto di sussidiarietà. Secondo la Corte è proprio la clausola contenuta nell'art. 176 comma 17 "salvo che il fatto costituisca reato" a far prevalere il principio di sussidiarietà sul rapporto di specialità poiché — essa argomenta — non

---

<sup>403</sup> Cass., 13.4.1994, Caticato, *Cass. pen.* 1995, 3502; Cass., 1.2.1996, Pestillo, *Riv. giur. circ. trasp.* 1996, III, 583; Cass., 8.10.1996, Franceschi, *Arch. giur. circ. e sin. strad.* 1996, 895.

<sup>404</sup> Cass., 3 maggio 1994, D'Ambrosio, *Riv. pen.* 1996, 710; Cass., 29 novembre 1995, Morabito, *ivi*, 1996, 709; Cass., 23 settembre 1996, Baglieri, *Cass. pen.* 1997, 714; Cass., 11 giugno 1996, Dell'Anna, *Cass. pen.* 1997, 2057.

<sup>405</sup> Cass., sez. un., 9 luglio 1997, Gueli, *Cass. pen.* 1998, 421 ss., con nota di I. GIOFFRÈ, *Insolvenza fraudolenta e omesso pagamento del pedaggio autostradale: primi chiarimenti dalle Sezioni unite.*

può certo parlarsi di vero e proprio conflitto di norme laddove sia lo stesso legislatore ad escludere espressamente l'applicazione di una di esse. Pertanto ha ritenuto che, nell'ipotesi di omesso adempimento, da parte dell'utente, dell'obbligo di pagamento del pedaggio autostradale, ben può configurarsi soltanto, e ove ne sussistano in concreto gli elementi costitutivi, il delitto di insolvenza fraudolenta.

Quanto al secondo comma dell'art. 9, laddove, che stabilisce la prevalenza della legge penale sulla legge regionale che preveda una sanzione amministrativa, introducendo la clausola derogatoria “salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali”.

In dottrina sono stati individuati i margini di applicabilità della clausola in esame nelle ipotesi in cui la norma sanzionatoria amministrativa converga con una norma penale sussidiaria rispetto ad altre norme penali: in questo caso “rivive” il principio di specialità, rendendo prevalente la norma più specifica, anche se contenuta in una legge regionale o delle province autonome di Trento e Bolzano<sup>406</sup>. Sono state, altresì, evidenziate con forza le censure di illegittimità che possono colpire detta disciplina, che consente il prevalere, in quanto speciale, della norma sanzionatoria amministrativa di fonte regionale sulla norma penale statale. E ciò in quanto l'art. 25, comma 2, Cost. non solo preclude alla Regione di presidiare con sanzioni penali i propri precetti, ma anche di rendere inoperante nel proprio territorio la legge penale dello Stato.

**3.8.2. Il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria** — L'art. 19, comma 1, d.lg. 10 marzo 2000 n. 74 reintroduce nel nostro ordinamento penal-tributario il principio di specialità secondo il quale “quando uno stesso fatto è punito da una disposizione del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si

---

<sup>406</sup> cfr. E. DOLCINI, *Commento*, cit., 62.

applica la disposizione speciale”. La novella ha così adeguato il sistema sanzionatorio tributario con quanto previsto dall'art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in ordine ai rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (non tributarie) consistenti nel pagamento di una somma di denaro<sup>407</sup>.

Alla stregua della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 74/2000, pertanto, un fatto illecito, che assuma rilevanza sia sotto il profilo penale, sia sotto quello amministrativo, non può essere assoggettato a un duplice trattamento sanzionatorio a carattere punitivo. Peraltro, sul concreto piano applicativo la norma suscita alcuni problemi. Infatti, se con riferimento ad alcune fattispecie - ad esempio, i delitti in materia di dichiarazione - le norme penali possono tranquillamente considerarsi speciali rispetto alle corrispondenti disposizioni tributarie, più complessa appare la questione con riferimento ai delitti in materia di documenti e pagamento d'imposta<sup>408</sup>.

Nel concreto, anche qui, dovrà, di volta in volta, compiersi verifica in ordine al ricorrere dei presupposti del rapporto di specialità, vale a dire il sussistere di una medesima situazione di fatto (“stesso fatto”) e di una pluralità di norme convergenti sulla situazione medesima, da effettuare secondo i criteri precedentemente enunciati.

Nel successivo passaggio, dovranno essere poste a raffronto la norma incriminatrice penale e la norma tributaria recante sanzione amministrativa, al fine di individuare la norma speciale, vale a dire quella caratterizzata da elementi specializzanti, ed assumerla a prevalente ed applicabile.

Possono pertanto riproporsi, in questa sede, tutte le considerazioni precedentemente svolte in ordine alla latitudine del principio di specialità, con i conseguenti problemi.

Deve escludersi che la diversità terminologica che si coglie tra le espressioni usate nell'art. 15 c.p. (stessa materia) e nell'art. 19 d.lg. n. 74,

---

<sup>407</sup> E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2002, 479.

<sup>408</sup> Sul punto, E.M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, cit., 384.

cit. (stesso fatto) comporti problemi ulteriori rispetto a quelli precedentemente enunciati o soluzioni di tali problemi diverse da quelle precedentemente date.

Generalmente la difficoltà di individuare la sanzione applicabile alla fattispecie concreta è principalmente dovuta al fatto che entrambe le discipline presentano elementi di specialità, ispirandosi a parametri di valutazione diversi. Le sanzioni penali condizionano la punibilità all'effettivo superamento di una certa soglia, al contrario le sanzioni tributarie si caratterizzano sul piano qualitativo. La disciplina dei reati tributari ha reso più agevole l'applicazione del principio di specialità nella maggior parte delle ipotesi descritte dal d.lg. n. 74 del 2000.

La scelta della norma speciale ricadrà in concreto, nella maggior parte dei casi, sulla norma penale, in considerazione degli elementi specifici in essa richiesti, quali il dolo specifico, il superamento delle soglie di punibilità e le particolari modalità commissive<sup>409</sup>. Ciò in quanto le fattispecie incriminatrici penali ivi descritte appaiono tutte caratterizzate dal dolo specifico di evasione (al fine di evadere le imposte ...; al fine di consentire a terzi l'evasione di imposte ...; al fine di sottrarsi al pagamento di imposte ... ), elemento non caratterizzante, invece, le fattispecie amministrative, sanzionate indifferentemente a titolo di dolo o di colpa; giacché, inoltre, tutte le fattispecie penali, eccezion fatta per quelle delineate dagli artt. 2 e 8 d.lg. n. 74 del 2000, fissano una soglia di punibilità, non contenuta, invece, in quelle amministrative.

In effetti, la struttura dei nuovi reati sembra consentire una agevole attuazione del principio di specialità. Una indiretta conferma è rappresentata dalla pressochè totale assenza di pronunzie giurisprudenziali al riguardo.

---

<sup>409</sup> E.M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, cit., 384.

Le uniche sentenze riguardano, nell'ottica dell'art. 2, comma 3, c.p., il possibile concorso apparente con norme penali di cui alla previgente disciplina della l. n. 516 del 1982, negato sull'assunto che il principio di specialità introdotto dall'art. 19 d.lg. 10 marzo 2000 n. 74 riguarda esclusivamente i fatti previsti dal titolo II del medesimo decreto, e suppone l'identità del fatto punito da una delle disposizioni dell'anzidetto titolo (precisamente dedicato ai delitti) con quello punito con una sanzione amministrativa: esso, pertanto, non si applica nei rapporti tra le fattispecie previste rispettivamente dal n. 4) (dichiarazione fraudolenta attuata con utilizzo di fatture per operazioni inesistenti) e dal n. 5) (utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti) del d.l. 10 luglio 1982 n. 429, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 1982 n. 516, trattandosi di ipotesi delittuose autonome e distinte tra loro, caratterizzate da disomogeneità strutturale e non necessariamente consequenziali, la prima soltanto delle quali è stata inclusa nell'art. 2 del d.lg. n. 74 del 2000<sup>410</sup>.

Deve infine essere ricordato che l'art. 19, comma 2, d.lg. n. 74 del 2000, prevede una deroga al principio di specialità, stabilendo che permane, in ogni caso, la responsabilità per le sanzioni amministrative dei soggetti indicati dall'art. 11, comma 1, d.lg. 18 settembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato.

I soggetti destinatari dell'effetto giuridico “sono ogni società, associazione o ente, con o senza personalità giuridica”.

In altre parole, il principio di specialità non si applica quando la violazione è stata commessa da un dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica oppure da un dipendente o dall'amministratore, anche di fatto, di società o ente, con o senza personalità giuridica.

---

<sup>410</sup> Cass. civ., sez. trib., 12.3.2008, n. 6594, *Giust. civ. mass.* 2008, 406; Cass. civ., sez. trib., 11.1.2006, n. 309, *Dir. e giust.* 2006, n. 12, 48.



Tale deroga obbedisce ad una scelta di salvaguardia del sistema sanzionatorio poiché, secondo il legislatore, l'affermazione del principio di specialità non deve portare ad una perdita di deterrenza del sistema nel suo complesso ». Il timore, espresso esplicitamente nella relazione governativa, è quello che l'autore della violazione tributaria possa considerare maggiormente temibile una violazione amministrativa pecuniaria piuttosto che una sanzione penale, la cui esecuzione è suscettibile di essere evitata, in concreto, con l'ottenimento della sospensione condizionale della pena. È evidente la finalità del legislatore: evitare un uso disinvolto di teste di legno, in protezione del reale beneficiario della violazione fiscale, il quale potrebbe andare totalmente esente da qualsiasi sanzione penale e amministrativa.

Si è osservato tuttavia che, la norma impone di punire due volte, a diverso titolo ed in capo a due soggetti diversi il medesimo fatto illecito, ponendo con ciò una chiara deroga al 1° co. dell'art. 19 e, conseguentemente deviando palesemente dal criterio ispiratore della legge delega, che all'art. 9, 2° co., lett. i), l. 205 del 1999 aveva imposto al legislatore delegato l'applicazione della sola disposizione penale quando uno stesso fatto sia punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa. Tale deroga, finirebbe per rendere incoerente l'impianto di fondo dell'art. 19: infatti, mentre dichiara al primo comma di sposare il principio di specialità, al secondo comma se ne discosta nella sostanza radicalmente, prevedendo nei casi ivi compresi il cumulo – sia pure in capo a soggetti diversi – della sanzione penale e amministrativa per il medesimo fatto<sup>411</sup>.

In realtà, la situazione è stata parzialmente modificata seguito dell'entrata in vigore del d.l. 30 settembre 2003 , n. n. 269, il quale ha previsto la riferibilità esclusiva alla persona giuridica delle sanzioni

---

<sup>411</sup> Sul punto, ampiamente, MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, 3ª ed., Milano, 2002, 479.

amministrative tributarie. L'art. 7 d.l. 269 ha, infatti, stabilito che le "sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica". Conseguentemente, è venuta meno l'operatività della deroga prevista nell'art. 19, d.lgs. 74/2000 con riferimento agli enti dotati di personalità giuridica, mentre essa continua a valere per quelli privi di personalità, quali ad esempio le società di persone<sup>412</sup>.

**3.9.1 Il concorso apparente nel quadro dei rapporti tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato. I rapporti strutturali tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato<sup>413</sup>** – Il banco di prova per saggiare l'impostazione proposta (per la quale si rinvia ai paragrafi 3.3.e 3.5.) è costituito dall'analisi dei rapporti tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato.

Preliminarmente, pare opportuno raffrontare brevemente gli elementi strutturali delle fattispecie penali tributarie con quelli della truffa ai danni dello Stato per sottolinearne le rispettive peculiarità.

Attraverso questa indagine di tipo normativo-comparativo è possibile evidenziare, in *primis*, che i due delitti non divergono quanto alla soggettività attiva (trattandosi di reati comuni) ed a quella passiva (la persona offesa è sempre lo Stato).

Diversamente, l'analisi delle rispettive modalità realizzative rivela un sovrapporsi di elementi specializzanti reciproci. Ed infatti, l'indicazione in una dichiarazione di dati non veritieri combinata con il ricorso a fatture o documenti falsi, finalizzati a garantire la plausibilità del dichiarato, fa apparire la frode fiscale speciale per specificazione rispetto alla truffa,

---

<sup>412</sup> In proposito, A. LANZI- P. ALDROVANDI, *L'illecito tributario*, Padova 2005, 6 ss; E.M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, cit., 385.

<sup>413</sup> I paragrafi *sub* 3.9. riprendono alcune delle considerazioni svolte in L. DELLA RAGIONE, *I tormentati rapporti tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.

rappresentando tale condotta una *species* del *genus* artifici di cui all'art. 640 c.p.; mentre la richiesta di un dolo specifico di evasione (ovvero di danno patrimoniale) ignoto al delitto di truffa la fa sembrare speciale per aggiunta. .

Per contro, la disposizione codicistica in materia di truffa aggravata si pone a sua volta in un rapporto di specialità con quella di frode nel momento in cui richiede i plurimi eventi dell'induzione in errore, del danno patrimoniale altrui e dell'ingiusto profitto, meno agevolmente riscontrabili nella fattispecie penale tributaria che, anche se interpretata come delitto con evento di evasione fiscale, non richiede il concreto verificarsi dell'induzione in errore dell'amministrazione finanziaria come mezzo per il conseguimento del danno altrui con profitto proprio.

Breve: tra truffa e frode fiscale sussiste una relazione *strutturale di specialità bilaterale*<sup>414</sup>.

La stessa *relazione* caratterizza anche il rapporto intercorrente tra il delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti e truffa aggravata ai danni dello Stato, che non può essere definito in termini di *specialità unilaterale*, posto che, se l'art. 8 d.lgs. n. 74/00 delinea una particolare "frode" finalizzata ad ingannare e danneggiare l'erario tramite un'attività creatrice dello strumento decettivo (l'emissione del documento dai falsi contenuti), l'art. 640 c.p., dal canto suo, pretende l'effettivo evento di induzione in errore, nonché il conseguimento del profitto con altrui danno<sup>415</sup>.

**3.9.2. Il quadro giurisprudenziale antecedente la pronuncia delle Sezioni Unite n. 1235 del 2011** – Volendo ora ricostruire il quadro degli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza, è di immediata evidenza che in

---

<sup>414</sup> A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in Grosso-Padovani-Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, 331.

<sup>415</sup> A. MARTINI, *op. cit.*, 505.

*subiecta materia* emerge la contrapposizione di tutti i diversi indirizzi interpretativi elaborati in tema di concorso apparente di norme.

Ed invero, alcune decisioni hanno escluso l'esistenza di un rapporto di specialità tra le due ipotesi di reato, ammettendo, pertanto, la configurabilità del concorso tra le due fattispecie<sup>416</sup>.

Le ragioni addotte a sostegno dell'orientamento che ritiene ammissibile il concorso tra il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato e quelli di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti (artt. 2 ed 8, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), possono essere esposte in base ai principi di diritto affermati dalle predette decisioni<sup>417</sup>: a) non costituisce violazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., la ravvisabilità del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, qualora dalla dinamica dei fatti e sulla base di obiettivi elementi di riscontro si configuri una condotta truffaldina tipica ed inequivoca desunta dalle particolari modalità esecutive della evasione fiscale; b) non sussistendo l'identità del bene giuridico, non è configurabile il rapporto di specialità di cui all'art. 15 c.p.; c) la l. 7 agosto 1982, n. 516 non contiene alcuna norma che possa fare ritenere come reato la falsa affermazione, a scopo evasivo, nella dichiarazione dei redditi, che l'imposta dovuta è stata pagata mentre in realtà non è stata pagata. Non può dirsi, dunque, che alle norme contenute nella predetta legge sia riconducibile tale falsa dichiarazione, che rientra nell'astratta fattispecie prevista dall'art. 640 c.p.p. in quanto, sia destinata al fraudolento risultato del non pagamento dell'imposta dovuta, sicché in tale

---

<sup>416</sup> Espressione di tale orientamento erano le seguenti decisioni: 1) Sez. II, 23.6.1987, n. 1233/88, A., in *Ced Cass.* 177503; 2) Sez. II, 31.10.1988, n. 12251, V., *ivi* 179900; 3) Sez. II, 26.4.1992, n. 7981, B., *ivi* 191281; 4) Sez. Un., 25.10.2000, n. 27, Di Mauro, *ivi* 217032; 5) Sez. III, 16.3.2000, n. 1193, P.M. in proc. P., *ivi* 217178; 6) Sez. I, 4.5.2004, n. 24562, F. ed altri, *ivi* 228115; 7) Sez. II, 23.11.2006, n. 40226, B., *ivi* 235593; 8) Sez. V, 23.1.2007, n. 6825, P.G. in proc. M. ed altri, *ivi* 235632; 9) Sez. III, 14.11.2007, n. 14707/08, R. e altri, *ivi* 239659; 10) Sez. III, 14.12.2007, n. 6432/08, PG in proc. B., n. m.; 11) Sez. II, 8.10.2009, n. 42089, C., n. m.; 12) Sez. III, 17.3.2010, n. 14866, L., in *Ced Cass.* 246968; 13) Sez. III, 26.5.2010, n. 25883, T., n. m.

<sup>417</sup> Le motivazioni di tale orientamento sono ben messe a fuoco da A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss., cui si rinvia.

fatto è ravvisabile il delitto di truffa, la cui applicabilità non è esclusa dalla predetta legge, la quale non è esaustiva di tutte le ipotesi di frode finalizzata all'evasione fiscale; d) il concorso è ammissibile attesa l'evidente diversità del bene giuridico protetto, purché allo specifico dolo di evasione si affianchi una distinta ed autonoma finalità extratributaria non perseguita dall'agente in via esclusiva; e) tra il reato di frode fiscale e la truffa non esiste rapporto di specialità perché, anche se le modalità di commissione del primo, elencate nell'art. 4 l. 516 del 1982, costituiscono altrettante ipotesi di artifici e raggiri, non si richiede, per la configurabilità di detto reato, l'effettiva induzione in errore dell'amministrazione finanziaria, né il raggiungimento di un ingiusto profitto con danno della stessa amministrazione, essendo sufficiente la semplice messa in opera delle operazioni indicate nel citato art. 4, con il dolo specifico, consistente nel fine dell'evasione o dell'ottenimento del rimborso, che diversamente manca nel reato di truffa; f) è ammissibile il concorso nel caso in cui, in concreto, le condotte siano solo parzialmente sovrapponibili, siano diversi i soggetti passivi tratti in errore e siano diversi i patrimoni aggrediti, e specificamente nel caso in cui un soggetto ottenga, attraverso l'artificio di utilizzare fatture passive per operazioni inesistenti, oltre ad un indebito rimborso dell'imposta sul valore aggiunto e/o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, anche la concessione di un contributo pubblico per l'acquisto di beni strumentali; g) non opera, nel rapporto tra i suddetti illeciti penali, il principio di specialità, la cui sussistenza va verificata sulla base del raffronto tra le norme incriminatrici, scomposte nei loro singoli elementi, e della individuazione dei beni giuridici protetti; h) non sussiste rapporto di specialità tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato consumata a mezzo della indebita evasione dell'IVA e quello di frode fiscale, sia perché quest'ultimo non include o comprende tutti gli elementi del primo, sia perché si tratta di fattispecie volte alla tutela di

interessi diversi, sia, infine, perché - quanto alla loro oggettività - nel reato di frode fiscale non occorre l'effettiva induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'Amministrazione; i) la condotta materiale del reato in esame (art. 2, d.lgs. n. 74 del 2000) consiste invero nell'annotazione di una o più fatture nelle scritture contabili per poi poterle utilizzare nella presentazione di una delle dichiarazioni annuali ossia nella dichiarazione presentata ai fini delle imposte dirette o in quella presentata ai fini dell'IVA; se il soggetto utilizza la medesima fattura, sia per chiedere il rimborso dell'IVA che per fare figurare ai fini della determinazione del reddito per le imposte dirette passività inesistenti, commette due diversi reati: uno con la dichiarazione presentata ai fini dell'imposte dirette e l'altro con l'istanza diretta ad ottenere un indebito rimborso dell'Iva; l) l'aver conseguito (sia pure mediante una condotta integrante, in ipotesi, gli estremi della frode fiscale) indebitamente erogazioni pubbliche fa scattare (indipendentemente dalla frode fiscale che, quindi, ove commessa, concorre) il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato proprio perché, in tal caso, le condotte dei due reati solo in parte sono sovrapponibili, diversi sono i soggetti passivi tratti in errore e diversi i patrimoni aggrediti; m) pur aderendosi alla seconda corrente interpretativa, che appare giuridicamente più corretta, è indubbio, però, che per ipotizzarsi il concorso tra detti reati la condotta che integra la fattispecie criminosa di cui all'art. 640 c.p., comma secondo, n. 1), deve, in ogni caso, essere connotata da ulteriori elementi di carattere fraudolento rispetto a quella descritta dal d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 2 ss., e devono sussistere tutti gli elementi che caratterizzano il delitto di truffa rispetto a quello di frode fiscale.

In sostanza, secondo l'orientamento che ritiene ammissibile il concorso tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 c.p., comma 2, n. 1) - e, per alcune delle sentenze richiamate, quello di truffa

aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.) - e quelli di frode fiscale, che si realizzano mediante l'emissione di fatture per operazioni inesistenti (d.lgs. n. 74 del 2000, art. 8) ovvero l'utilizzazione delle predette fatture al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto (d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 2, 3, 10-quater), la ragione dell'inapplicabilità del principio di specialità dettato dall'art. 15 c.p. sarebbe discesa: 1) dalla circostanza che si tratta di reati diretti alla tutela di interessi diversi; 2) dalla diversità degli elementi costitutivi delle fattispecie criminose (in quanto nei reati di frode fiscale non occorre l'effettiva induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria, né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'Amministrazione).

Di diverso avviso l'orientamento giurisprudenziale che, invece, sostiene l'esistenza di un rapporto di specialità tra fattispecie, nel senso che l'unica fattispecie che poteva formare oggetto di contestazione fosse quella prevista dalla disciplina tributaria<sup>418</sup>.

Le ragioni addotte a sostegno dell'orientamento che ritiene sussistere il rapporto di specialità tra il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato e quelli di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti (artt. 2 ed 8, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), opinione sostenuta anche dalla prevalente giurisprudenza di merito, potevano essere così sinteticamente esposte in base ai principi di diritto affermati dalle predette decisioni<sup>419</sup>: a) non sussiste il fumus del delitto di truffa ai danni dello Stato (art. 640, n. 1, c.p.), nell'ipotesi di attività commerciale avente per oggetto l'importazione di autoveicoli usati da paesi dell'Unione Europea e la successiva vendita in

---

<sup>418</sup> Espressione di tale orientamento erano le seguenti decisioni: 1) Sez. II, 17.11.2003, n. 47701, V., in *Ced Cass.* 227591; 2) Sez. II, 29.1.2004, n. 7996, G., *ivi* 228795; 3) Sez. II, 29.1.2004, n. 8000, P., n. m.; 4) Sez. V, 15.12.2006, n. 3257/07, B., in *Ced Cass.* 236037; 5) Sez. II, 11.1.2007, n. 5656, P., *ivi* 236126; 6) Sez. V, 10.1.2007, n. 7916, C., *ivi* 236053; 7) Sez. II, 8.5.2008, n. 21566, P., *ivi* 240910; 8) Sez. II, 5.6.2008, n. 28676, P. e altro, *ivi* 241110; 9) Sez. II, 5.6.2008, n. 28685, PM in proc. C., *ivi* 241111; 10) Sez. II, 10.12.2008, n. 8357/09, PM in proc. L., n. m.; 11) Sez. II, 2.7.2009, n. 30537, S., n. m.; 12) Sez. II, 15.10.2008, n. 40429, T., n. m.; 13) Sez. II, 29.9.2009, n. 41488, R. e altri, in *Ced Cass.* 245001; 14) Sez. II, 18.11.2009, n. 46621, A. e altri, n. m.; 15) Sez. I, 31.3.2010, n. 27541, B. ed altri, n. m.

<sup>419</sup> Per tutti, A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, cit., cui si rinvia.

Italia a prezzi concorrenziali, in indebita applicazione di un regime tariffario IVA più favorevole (cosiddetto del margine anziché di quello dovuto per l'acquisto intracomunitario), in quanto tali estremi integrano l'ipotesi tipica di evasione fiscale, la cui rilevanza penale deve essere valutata alla luce della speciale disciplina prevista dal d.lgs. n. 74 del 2000;

b) il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità rispetto a quello di truffa aggravata a norma del secondo comma n. 1 dell'art. 640 c.p., in quanto è connotato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vincolata. L'ulteriore elemento, costituito dall'evento di danno, non pone le due norme in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi è posto al di fuori della fattispecie oggettiva: è indifferente che esso si verifichi, occorrendo solo che vi sia collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale; c) il reato di cui all'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 274 non concorre con quello di truffa aggravata di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, del c.p., in quanto, rispetto a quest'ultimo, si pone in rapporto di specialità, perché connotato da uno specifico artificio (costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi e alle imposte sul valore aggiunto). Il reato speciale, inoltre si connota come reato di pericolo o di mera condotta, per il quale la tutela è anticipata perché la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno (l'indebito rimborso: si veda l'art. 1, lett. d), del decreto legislativo 274/2000), posto solo in rapporto teleologico dell'elemento intenzionale, caratterizzato come dolo specifico;

d) sussiste il rapporto di specialità tra il delitto di frode fiscale (art. 2 d.lgs. n. 274 del 2000, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e quello di truffa ai danni dello Stato (art. 640, comma secondo, n. 1, c.p.), in quanto esso è connotato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vincolata; inoltre, in tal senso



depongono i meccanismi della repressione penal-tributaria e i connessi incentivi al "ravvedimento", in particolare la esclusione della rilevanza del tentativo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 274 del 2000 e del concorso di persone ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 274 del 2000, che escludono che possano ascrivarsi anche a titolo di truffa ai danni dello Stato quelle condotte che previste e sanzionate nel d.lgs. n. 274 del 2000, non hanno altra diretta finalità che l'evasione o l'elusione della obbligazione tributaria; e) il reato di truffa aggravata ed il reato di frode fiscale (emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti) sono in rapporto di specialità, perché l'uno si connota per l'evento di danno, consistente nel conseguimento di un indebito vantaggio, e l'altro è invece un reato di mera condotta e di pericolo, la cui consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno, che specifica, come elemento finalistico, il dolo, con la conseguenza che, verificandosi l'assorbimento nel reato di frode fiscale di quello di truffa aggravata, è impedita l'applicazione della confisca per equivalente, non prevista dalla legge anche per la frode fiscale; h) il delitto di frode fiscale - così come quello di emissione di fatture per operazioni (soggettivamente) inesistenti, nella specifica ipotesi che qui rileva - si pone in rapporto di specialità rispetto a quello di truffa aggravata a norma dell'art. 640 c.p., comma 2, n. 1), per le seguenti ragioni: 1) è connotato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vincolata; 2) l'evento di danno non è sufficiente a porre le norme - quelle tributarie e quella comune - in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi è stato deliberatamente posto dal legislatore al di fuori della fattispecie oggettiva, rendendo così indifferente che esso si verifichi e postulandosi come necessaria soltanto la sussistenza del collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale; 3) la negazione della sussistenza di un rapporto di specialità tra la frode fiscale e la truffa ai danni dell'erario, si porrebbe in palese contrasto con la linea di politica criminale e con la stessa ratio che ha ispirato il legislatore nel

dettare le linee portanti della innovativa riforma introdotta con il d.lgs. n. 74 del 2000; 4) richiamando Corte costituzionale, con la sent. n. 49 del 2002, è paradossale ipotizzare, in capo all'emittente la falsa documentazione, una responsabilità penale costruita facendo leva su di una fattispecie di "genere" (truffa ai danni dell'erario), in presenza di una condotta "fiscale" che si "esaurisce" nella configurabilità dell'ipotesi speciale descritta dal d.lgs. n. 74 del 2000 (art. 8); 5) qualsiasi condotta di frode al fisco, se non intende realizzare obiettivi diversi, non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dalla apposita normativa: se, invece, l'attività di "cartiera", oltre che consentire a terzi l'evasione del tributo (o a permettere indebiti rimborsi) è destinata a finalità ulteriori - tipica l'ipotesi della emissione di false fatture per consentire ad un operatore di ottenere indebitamente contributi, comunitari e non - è evidente che non potrà sussistere alcun problema di rapporto di specialità fra norme, venendo in discorso una condotta finalisticamente "plurima" e tale da ledere o esporre a pericolo beni fra loro differenti; 6) tra le due fattispecie, in parte coincidenti, non intercorrerebbe neppure il rapporto di cui all'art. 15 c.p., in quanto mancherebbe la identità naturalistica del fatto al quale le due norme si riferiscono, dal momento che l'una - la frode fiscale - richiede un artificio peculiare, e l'altra - la truffa - necessita, invece, per il suo perfezionamento, di elementi (la induzione in errore ed il danno) indifferenti per il reato tributario, sicché il rapporto tra le due norme sarebbe risolvibile in base al principio di consunzione; i) si ribadisce che la volontà del legislatore è stata quella di anticipare la tutela a fronte di condotte connotate da particolare disvalore. Argomenti a favore della prospettata interpretazione si traggono dalla l. n. 289 del 2002 art. 8. Dal combinato disposto del comma 6, lett. c) ("...il perfezionamento della procedura prevista dal presente articolo comporta.....: ...c) l'esclusione ad ogni effetto della punibilità per i reati tributari di cui al d.lgs. 10 marzo

2000, n. 74, articoli 2...) e del comma 12 ("La conoscenza dell'intervenuta integrazione dei redditi e degli imponibili ai sensi del presente articolo non genera obbligo o facoltà della segnalazione di cui all'art. 331 c.p.p. L'integrazione effettuata ai sensi del presente articolo non costituisce notizia di reato") è d'obbligo concludere che il legislatore ha escluso il concorso tra il delitto di truffa ai danni dello Stato. Diversamente, non avrebbe stabilito l'esonero dalla denuncia e non avrebbe espressamente stabilito che "l'integrazione effettuata ai sensi dell'art. 8, legge cit. "non costituisce notizia di reato". Se, nonostante il cd. condono e la previsione di non punibilità per i delitti di frode fiscale e di tutti i delitti commessi per eseguirli od occultarli, residuasse il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, si verserebbe in un'inverosimile ipotesi di istigazione normativa alla commissione del delitto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale di cui all'art. 361 c.p.p."

In sintesi, secondo l'orientamento che ritiene sussistere il rapporto di specialità tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 c.p., comma 2, n. 1) e quelli di frode fiscale, che si realizzano mediante l'emissione di fatture per operazioni inesistenti (d.lgs. n. 74 del 2000, art. 8) ovvero l'utilizzazione delle predette fatture al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto (d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 2, 3, 10-quater), la ragione dell'esclusione del concorso, con conseguente configurabilità dei soli reati tributari sarebbe discesa: a) dal fatto che il reato tributario de quo è connotato da uno specifico artificio (costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi e alle imposte sul valore aggiunto); b) l'evento di danno, consistente nel conseguimento di un indebito vantaggio, non è sufficiente a porre le norme - quella tributaria e quella comune - in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi è stato deliberatamente posto dal

legislatore al di fuori della fattispecie oggettiva, rendendo così indifferente che esso si verifichi e postulandosi come necessaria soltanto la sussistenza del collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale; c) il reato tributario, quale delitto "speciale", si connota come reato di pericolo o di mera condotta, per il quale la tutela è anticipata perché la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno (l'indebito rimborso: v. art. 1, lett. d), d.lgs., n. 274 del 2000), posto solo in rapporto teleologico dell'elemento intenzionale, caratterizzato come dolo specifico; d) la "specialità" del reato tributario rispetto al reato comune (art. 640, comma secondo, n. 1, c.p.) è confermata dai meccanismi della repressione penal-tributaria e dai connessi incentivi al "ravvedimento": in particolare, l'esclusione della rilevanza del tentativo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 274 del 2000 e del concorso di persone ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 274 del 2000 - che escludono che possano ascrivere anche a titolo di truffa ai danni dello Stato quelle condotte che previste e sanzionate nel d.lgs. n. 274 del 2000 - non hanno altra diretta finalità che l'evasione o l'elusione della obbligazione tributaria; e) la negazione della sussistenza di un rapporto di specialità tra la frode fiscale e la truffa ai danni dell'erario, si porrebbe in palese contrasto con la linea di politica criminale e con la stessa ratio che ha ispirato il legislatore nel dettare le linee portanti della innovativa riforma introdotta con il d.lgs. n. 74 del 2000: se, infatti, nonostante il cosiddetto condono e la previsione di non punibilità per i delitti di frode fiscale e di tutti i delitti commessi per eseguirli od occultarli, residuasse il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, si verserebbe in un'inverosimile ipotesi di istigazione normativa alla commissione del delitto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale di cui all'art. 361 c.p.; f) la "specialità" del delitto tributario rispetto a quello comune, ancora, emerge dalla considerazione secondo cui qualsiasi condotta di frode al fisco, se non intende realizzare obiettivi diversi, non può che esaurirsi all'interno del

quadro sanzionatorio delineato dalla apposita normativa: se, invece, l'attività di "cartiera", oltre che consentire a terzi l'evasione del tributo (o a permettere indebiti rimborsi) è destinata a finalità ulteriori - tipica l'ipotesi della emissione di false fatture per consentire ad un operatore di ottenere indebitamente contributi, comunitari e non - è evidente che non potrà sussistere alcun problema di rapporto di specialità fra norme, venendo in discorso una condotta finalisticamente "plurima" e tale da ledere o esporre a pericolo beni fra loro differenti.

Peraltro, una diversa prospettiva interpretativa è stata accolta con la sentenza<sup>420</sup>, secondo la quale va escluso che tra le due fattispecie criminose operasse il principio di specialità, e tuttavia "*deve riconoscersi l'operatività del principio di consunzione*", per il quale è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave".

Con riferimento al criterio della consunzione, si era peraltro già avuta una chiara presa di posizione della giurisprudenza delle Sezioni Unite, orientata nel senso dell'abbandono di criteri fondati su giudizi di valore, quale quello dell'assorbimento.

Ciononostante, il criterio della consunzione - contestato dalle Sezioni Unite nella sentenza Marino<sup>421</sup> - è stato ripreso da altre decisioni di legittimità successive che per prima ne ha fatto applicazione<sup>422</sup>.

Le ragioni addotte a sostegno della tesi intermedia che, come visto, si pone in sostanziale continuità con l'orientamento prevalente che afferma l'esistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie, applicandosi esclusivamente quella tributaria, sono agevolmente ricavabili dalla motivazione delle predette decisioni. In particolare, la Corte, nell'affermare

---

<sup>420</sup> Cass., sez. III, 10.7.2007, n. 37409, C., in *Riv. pen.*, 2008, 560.

<sup>421</sup> Cass., Sez. Un., 20.12.2005, n. 47164, Marino, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 191, con nota di A. MONTAGNA, *Concorso tra la ricettazione e le ipotesi previste dalla legge speciale*.

<sup>422</sup> In particolare, si segnalano: 1) Sez. II, 10.12.2008, n. 8357/09, P.M. in proc. L., n. m.; 2) Sez. II, 10.12.2008, n. 8362/09, P.M. in proc. G., n. m.; 3) Sez. II, 8.5.2008, n. 21566, P., in *Ced. Cass.* 240910, n. m. sul punto.

la configurabilità in via esclusiva della frode fiscale "sussistendo...un concorso fittizio di norme", precisa che detto concorso "non è affrontabile avendo come referente l'art. 15 c.p. ...in quanto manca la identità naturalistica del fatto al quale le due norme si riferiscono: l'una, la frode fiscale, richiede un artificio peculiare e l'altra, la truffa, necessita per il suo perfezionamento di elementi (l'induzione in errore ed il danno) indifferenti per il reato tributario".

Orbene, si aggiunge, poiché "...nel caso in esame, il profitto della truffa è coincidente con quello del reato fiscale, la questione può essere risolta facendo riferimento al *principio di consumazione* che, pur non essendo normativamente previsto, è stato ritenuto utilizzabile da varie sentenze di questa Corte (S. U. sent. n. 23427/2001). ...Nella specie, l'applicazione del ricordato criterio è possibile perché il reato previsto dal d.lgs. n. 74 del 2000, art. 2 (norma consumante) è sanzionato più severamente di quello di cui all'art. 640 c.p. (norma assorbita); l'apprezzamento negativo della condotta è tutto ricompreso nella prima norma che prevede il reato più grave per cui il configurare anche la previsione meno grave, che di per sé integra una diversa fattispecie, comporterebbe un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni penali. Per le esposte considerazioni, la Corte ritiene che i reati correttamente contestabili fossero quelli di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, articoli 2 e 8".

**3.9.3. L'intervento delle Sezioni Unite in materia di "frodi carosello"** – In questo quadro interpretativo sono intervenute le Sezioni Unite<sup>423</sup>, risolvendo l'annoso contrasto relativo ai rapporti tra i reati fiscali di cui agli artt. 2<sup>424</sup> e 8<sup>425</sup> del d.lgs. n. 74/00 ed il delitto di truffa aggravata

---

<sup>423</sup> Cass, Sez.Un., 19.1.2011, n. 1235, Giordano, reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*, con una sintesi di P. Caccialanza. V. poi il commento di A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss.

<sup>424</sup> *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, secondo cui è punito "chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto,

ai danni dello Stato *ex art. 640, co. 2, n. 1, c.p.* e facendo luce sull'oscuro fenomeno delle c.d. 'frodi carosello'<sup>426</sup>.

Al di là, però, della struttura nella quale la frode carosello si inserisce, va preliminarmente detto che, alla fine, la frode IVA si manifesta come "semplice" infrazione al principio posto dall'art. 1, par. 2 della direttiva n. 2006/112/CE<sup>427</sup>, quasi a prefazione delle disposizioni ivi contenute, secondo cui: "il principio del sistema comune d'IVA consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sui consumi esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero delle operazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase d'imposizione.

A ciascuna operazione, l'IVA, calcolata sul prezzo del bene o del servizio all'aliquota applicabile al bene o servizio in questione, è esigibile previa detrazione dell'ammontare dell'imposta che ha gravato direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo. Il sistema comune d'IVA è applicato fino allo stadio del commercio al minuto incluso".

Si intuisce, alla luce della norma sopra richiamata, che il sistema dell'IVA ha senso, cioè, trova giustificazione, se applicato correttamente sino all'ultimo passaggio del bene o del servizio al consumo, nel momento, cioè, in cui il prelievo diviene definitivo, per l'assenza di una nuova ed ulteriore transazione economica a valle, definitività che consente la conferma della detassazione impositiva nei precedenti passaggi, attuata sotto forma di detrazione.

---

*avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi passivi fittizi. Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria".*

<sup>425</sup> *Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, che punisce "chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti".*

<sup>426</sup> In tema, A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, 301 ss.

<sup>427</sup> A. SCARCELLA, *op. cit.*

In altri termini, la detrazione è correlata alla traslazione in avanti dell'imposta, sino al capolinea rappresentato dal consumo definitivo e finale dell'oggetto della tassazione.

La frode IVA - quindi - infrange proprio questo principio, determinando, alternativamente, il passaggio del bene o del servizio al consumo senza tassazione, come è il caso del cd. "nero", ovvero, in maniera più sofisticata, con una tassazione apparente: più chiaramente, l'operazione viene tassata nell'ultimo passaggio ma, nella catena, manca un anello precedente<sup>428</sup>.

È questo il caso del cd. *missing trader* che riceve il bene, normalmente non assoggettato ad IVA in applicazione del *reverse charge* comunitario, lo rivende applicando l'IVA che, però, non versa all'Erario. L'acquirente detrae l'IVA addebitata senza alcun problema in tema di solidarietà rispetto all'IVA non versata dal cedente, per le situazioni giuridiche anteriori all'entrata in vigore dell'art. 60-bis, d.P.R. n. 633/1972, ovvero, per quelle non regolate da tale disposizione. Successivamente, il (secondo) cessionario rivende i beni applicando "correttamente" l'IVA al consumo: ma "il "buco" impositivo si è formato ed è rappresentato dall'IVA detratta (a valle) e non versata (a monte) nel precedente passaggio".

La vicenda processuale che ha dato l'occasione alla Suprema Corte di soffermarsi sulla questione del concorso di norme, trae origine da una purtroppo "consueta" operazione fiscale fraudolenta, meglio nota come "frode carosello".

Occorre, pertanto, sviluppare alcune considerazioni sul fenomeno delle "frodi carosello all'IVA", definite anche "caroselli fiscali fraudolenti"<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, cit.

<sup>429</sup> A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, cit.



Le "frodi carosello all'IVA" sono caratterizzate in genere dalla presenza dei seguenti elementi<sup>430</sup>: a) la reiterata emissione di fatture commerciali - alla quale non necessariamente deve corrispondere un effettivo trasferimento della merce - tra società e/o ditte aventi sede in Stati diversi della Comunità Europea; b) il mancato versamento dell'IVA dovuta da parte di uno dei partecipanti al carosello; c) la creazione di fittizi diritti alla detrazione dell'IVA in capo agli altri partecipanti; d) la richiesta ed il successivo conseguimento di un indebito rimborso del credito IVA, nell'ipotesi in cui la merce, dopo le cessioni tra società e/o ditte nazionali, venga rivenduta ad un soggetto economico avente sede in un altro Stato comunitario.

Il meccanismo fraudolento profitta della circostanza normativa che le transazioni intracomunitarie non sono imponibili IVA, risultando imponibili solo nel Paese di destinazione. Senza pretesa di completezza, non potendosi descrivere esaurientemente tutte le molteplici forme di manifestazione delle "frodi carosello all'IVA", possono comunque così individuarsi i protagonisti fondamentali di queste condotte truffaldine.

La "cartiera" o "*missing trader*" rappresenta in genere il primo anello della catena fraudolenta, cui viene fatturata la merce da un fornitore comunitario in esenzione di IVA (ovvero in taluni casi anche da fornitori nazionali che operano in regime di esenzione IVA rilasciando dichiarazioni d'intento attestanti falsamente la propria qualità di esportatori abituali). La cartiera cede subito "sottocosto", e quindi con una operazione assolutamente anticommerciale, la merce al secondo anello della catena e non versa l'IVA che le viene corrisposta; la "cartiera", generalmente, viene attribuita a "prestanome", non svolge alcuna effettiva attività commerciale, non tiene le scritture contabili. non presenta le dichiarazioni fiscali annuali

---

<sup>430</sup> A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, cit.

obbligatorie e viene posta in liquidazione o diviene inattiva dopo un breve periodo di tempo di formale attività.

Il "filtro" o "*buffer*", che nei caroselli fiscali fraudolenti più sofisticati può anche essere più di uno, è la società, o ditta, alla quale "sottofattura" la "cartiera" e che, a sua volta, fattura al successivo anello della catena, operando un "ricarico" limitato ma sicuro, in quanto predefinito e privo di ogni rischio commerciale; la società, o ditta, "filtro" non è indispensabile per la consumazione della frode ma viene interposta al solo scopo di creare uno "schermo" tra la "cartiera" e la società, o ditta, effettiva cessionaria della merce: tiene, pertanto, regolarmente le scritture contabili registrando le fatture di acquisto e vendita; presenta le dichiarazioni fiscali annuali obbligatorie, effettua i pagamenti ed esegue i versamenti dell'IVA.

Il ""rivenditore"o "*broker*" è la società, o ditta, alla quale la merce viene fatturata dalla ""filtro"e che, o immette i prodotti sul mercato nazionale, ed allora si parla di "carosello fiscale fraudolento aperto", ovvero effettua una cessione intracomunitaria, e quindi non imponibile IVA ad un altro operatore avente sede in un altro Stato comunitario, conseguendo il diritto, che esercita, al rimborso dell'IVA che ha pagato alla "filtro", ed allora si parla di "carosello fiscale fraudolento chiuso"; il "rivenditore" è un soggetto economico che opera regolarmente, tiene le scritture contabili, registra le fatture di acquisto e vendita, presenta le dichiarazioni fiscali annuali obbligatorie, effettua i pagamenti ed esegue i versamenti dell'IVA.

Nei casi di "caroselli fiscali fraudolenti chiusi" i partecipanti agli stessi, nella sostanza, si ripartiscono tra loro, secondo percentuali che hanno costituito oggetto di accordo preventivo, esattamente l'importo complessivo dell'IVA non versata dalla società o ditta "cartiera" che viene camuffato, nelle operazioni tra loro intercorrenti, quale "margine di ricarico".

Nei casi, invece, di "caroselli fiscali fraudolenti aperti", mentre gli altri partecipanti agli stessi si ripartiscono, secondo i meccanismi qui sopra descritti, e quindi camuffato da "margine di ricarico", l'importo dell'IVA non versato dalla "cartiera", il "rivenditore" ottiene il vantaggio, oltre che di potersi porre l'IVA pagata in acquisto a debito, può conseguire la merce ad un prezzo più basso di quello che avrebbe pagato qualora avesse acquistato la merce direttamente dal fornitore comunitario, divenendo così più concorrenziale, e quindi più competitivo, sul mercato con conseguente incremento del volume d'affari e dei profitti: si tratta però di una "concorrenza sleale" produttiva di gravi effetti distorsivi sulle regole giuridiche ed economiche che governano il "mercato".

Per quanto concerne la risposta sanzionatoria a questi fenomeni criminali bisogna operare una distinzione. Se, come peraltro pure sovente si verifica, alle fatture emesse non corrisponde una effettiva e reale movimentazione della merce, i detti fenomeni vanno senza dubbio inquadrati nell'ambito delle fatture oggettivamente inesistenti, a nulla rilevando l'eventuale ed anche comprovato pagamento della merce che non può rendere esistente ciò che non esiste e che deve valutarsi quale modalità esecutiva della condotta criminale. Se, viceversa, alle fatture emesse corrisponde una effettiva e reale movimentazione della merce, anche se non connotata sempre da linearità nei passaggi, allora detti fenomeni vengono tradizionalmente inquadrati nell'ambito delle fatture soggettivamente inesistenti.

Gli elementi sintomatici dai quali ricavare la prova dell'inesistenza soggettiva delle fatture emesse possono, in linea di massima, casi individuarsi: 1) le trattative commerciali si svolgono direttamente tra il "fornitore comunitario" ed il "rivenditore"; 2) la merce viene trasportata direttamente dai magazzini del "fornitore" a quelli della "filtra" o, talora, persino subite del "rivenditore"; 3) la "cartiera", che è formalmente intestata

ad un "prestanome", è gestita o direttamente dal "rivenditore" ovvero da un intermediario che ha rapporti diretti con un "rivenditore"; 4) i pagamenti della merce hanno un corso inverso rispetto alla normale prassi commerciale (prima il "rivenditore" paga la "cartiera" che a sua volta, paga la "cartiera" che quindi paga il "fornitore" estero solo dopo aver ricevuto l'effettivo pagamento da parte del cessionario; 5) le date delle fatture sono molto ravvicinate anche in ragione del corso inverso dei pagamenti della merce.

I reati pertanto applicabili alle "frodi carosello all'IVA" sono, anzitutto, quelli di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, anche se l'esperienza giudiziaria evidenzia talora difficoltà applicative principalmente nella nitida individuazione, in capo ai partecipanti a tali "caroselli fiscali fraudolenti", dell'elemento soggettivo specifico richiesto da tali fattispecie. Il primo (art. 2), rubricato "Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti", punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni "chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi passivi fittizi", prevedendosi una sanzione penale attenuata (reclusione da sei mesi a due anni) ove "l'ammontare degli elementi passivi fittizi è inferiore a lire trecento milioni", ossia pari ad € 154.937; la norma chiarisce che "il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria. Dall'altro lato, la norma specularmente applicabile alla condotta dell'emittente (art. 8), rubricata "Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti", punisce con la medesima pena (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni) "chiunque, al

fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti", prevedendosi la medesima sanzione penale attenuata (reclusione da sei mesi a due anni) ove "l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è inferiore a lire trecento milioni per periodo di imposta", ossia pari ad € 154.937. Infine, la norma prevede espressamente che "ai fini dell'applicazione della disposizione prevista dal comma 1, l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato".

Di recente, prima delle Sezioni Unite, la Suprema Corte si è sovente occupata delle "frodi carosello all'IVA"<sup>431</sup>. Tali pronunce, se pure assunte in sede di vaglio di legittimità di decisioni adottate da Tribunali del riesame (e, quindi, implicanti uno scrutinio non completo delle tematiche giuridiche), appaiono comunque di spiccata rilevanza perché confermano la correttezza dell'inquadramento dei fenomeni criminali definiti quali "frodi carosello all'IVA" all'interno dei reati di emissione ed utilizzo di fatture sia oggettivamente che soggettivamente false.

La prima<sup>432</sup>, in particolare, risulta rilevante perché, oltre ad indicare i dati che in genere sono riconoscitivi di una "cartiera" ha affermato che le fatture emesse dalle "cartiere" così individuate devono ritenersi soggettivamente inesistenti, in quanto fanno apparire le operazioni ad esse sottostanti come riferibili a soggetti diversi da quelli effettivi e finalizzate a consentire l'evasione dell'IVA da parte delle società acquirenti finali, atteso che una corretta interpretazione degli artt. 19 e 21 del d.P.R. n. 633/1972 (in tema di detrazione d'imposta e fatturazione delle operazioni imponibili), conformemente all'impostazione seguita dalla più accreditata

---

<sup>431</sup> Riferimenti in A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, cit.

<sup>432</sup> Cass., sez. III, 29.11.2005, n. 1427/06, C., in Ced Cass. 233251.

giurisprudenza tributaria, impone di escludere, in capo all'utilizzatore, il diritto alla detrazione dell'IVA indicata nelle fatture soggettivamente inesistenti, anche se effettivamente pagata.

La seconda pronuncia della Suprema Corte<sup>433</sup> è parimenti importante perché, nel ribadire le posizioni giuridiche già espresse nella prima decisione (con la specifica che nelle frodi carosello all'IVA, mentre le fatture emesse dal fornitore originario devono ritenersi soltanto soggettivamente inesistenti - essendo le operazioni "a monte" vere - le fatture emesse dagli intermediari "cartiere", devono ritenersi inesistenti anche dal punto di vista oggettivo, non sottostando ad esse alcuna reale operazione), ha affermato l'ulteriore significativo principio che, il dolo specifico di favorire l'evasione fiscale di terzi che deve essere proprio di chi, come la "cartiera" emette fatture false, non è incompatibile con la finalità di perseguire un indebito profitto proprio consistente, nel caso della "cartiera", nel mancato versamento dell'IVA dovuta.

La terza pronuncia della Suprema Corte<sup>434</sup> merita di essere ricordata perché, ponendosi nel solco interpretativo tracciato dalle prime due decisioni e ribadendo gli assunti giuridici nelle stesse formulati, ha affermato che nelle "frodi carosello all'IVA" qualora si proceda al sequestro preventivo di beni, è necessario fornire la prova, almeno a livello indiziario, del rapporto di derivazione diretta tra l'evasione d'imposta e la disponibilità del denaro ovvero dei beni oggetto di misura cautelare reale, non essendo ammissibile per i reati tributari la "confisca per equivalente" di cui all'art. 640-*quater* c.p.

Infine, una quarta ed ultima pronuncia<sup>435</sup> che merita di essere segnalata ha: a) fornito una chiara descrizione del "meccanismo truffaldino" tipico delle "frodi carosello"; b) individuato nella sottrazione

---

<sup>433</sup> Cass., sez. III, 15.3.2006, n. 13244, C., in Ced Cass. 234541.

<sup>434</sup> Cass., sez. III, 15.3.2006, n. 13947, V., in Ced Cass. 233928.

<sup>435</sup> Cass., sez. V, 15.12.2006, n. 3257/07, B., in Ced Cass. 236037.

dell'IVA incassata dalla "cartiera", e quindi nell'indebita appropriazione della stessa, la finalità evasiva perseguita dai partecipanti alle "frodi carosello" di cui tutti profittano; c) ritenuto corretta la contestazione ai "rivenditori" o "brokers" del reato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000 ed alle "cartiere" di quello di cui all'art. 8 del medesimo decreto, sotto il profilo della inesistenza soggettiva delle relative fatture.

Ora, nell'udienza del 10 giugno 2010 il Procuratore Generale ha osservato, in una serie di procedimenti penali nei quali risulta contestata la truffa aggravata in danno dello Stato in concorso con vari reati di frode fiscale, come la giurisprudenza delle Sezioni semplici della Corte evidenziasse un contrasto giurisprudenziale non risolvibile all'interno della terza sezione (stante la assegnazione tra diverse sezioni dei procedimenti relativi a tali tipi di illeciti), con la conseguente necessità della rimessione dei ricorsi alle Sezioni Unite.

Condividendo tale richiesta, e disponendo il rinvio degli altri procedimenti, il Collegio<sup>436</sup>, in una fattispecie nella quale il concorso è stato ipotizzato fra truffa aggravata e infedele dichiarazione IVA mediante il ricorso a fatturazioni per operazioni inesistenti, ha rimesso, la questione alle Sezioni Unite, fissate dal Primo Presidente Aggiunto per l'udienza del 28 ottobre.

La giurisprudenza di legittimità presentava infatti sul punto contrasti interpretativi.

Alcune decisioni, infatti, avevano affermato l'esistenza di un rapporto di specialità tra le due ipotesi di reato, concludendo nel senso che l'unica fattispecie che poteva formare oggetto di contestazione fosse quella prevista dalla disciplina tributaria.

Ricordava il Giudice rimettente come, peraltro, una diversa prospettiva interpretativa fosse stata accolta dalla terza sezione, secondo la

---

<sup>436</sup> Cass., ord. 21.7.2010.

quale andava escluso che tra le due fattispecie criminose operasse il principio di specialità, e tuttavia "deve riconoscersi l'operatività del principio di consunzione, per il quale è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave".

Altre decisioni avevano affermato, infine, che il rapporto di specialità tra l'ipotesi di frode fiscale e quella di truffa aggravata non è configurabile.

Un contrasto in termini del tutto simili, peraltro, si presentava - come correttamente evidenziato dalla Sezione rimettente - anche con riferimento al concorso tra il reato di truffa aggravata *ex art. 640, comma secondo, c.p.*, e l'ipotesi di frode fiscale prevista dal d.lgs. n. 74 del 2000, art. 8.

Ed invero, alcune decisioni avevano affermato il principio che "non sussiste rapporto di specialità tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (*art. 640 c.p.*, comma 2) consumata a mezzo dell'indebita evasione dell'IVA e quello di frode fiscale".

Principio contrario ("Il delitto di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti è in rapporto di specialità con quello di truffa aggravata ai danni dello Stato, perché si connota per uno specifico artificio e per una condotta a forma vincolata, senza che assuma rilievo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, la verifica dell'evento di danno) era stato accolto da altre decisioni della seconda sezione

Secondo il Collegio rimettente, infine, la diversità di impostazioni e di soluzioni adottate dalla giurisprudenza non appariva risolvibile con il richiamo ai principi fissati dalle Sezioni Unite Penali con la sentenza Di Mauro, che, con riguardo alla disciplina previgente, si era espressa a favore della possibilità di concorso tra le due fattispecie attesa la diversità di bene giuridico, "purché allo specifico dolo di evasione si affianchi una distinta ed autonoma finalità extratributaria non perseguita dall'agente in via



esclusiva": tale condizione - come evidenziato dalla Sezione rimettente - non trovava ingresso nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite.

La Suprema Corte, con la sentenza 1235 del 2011, ha escluso il concorso fra tali reati ed ha risolto la *quaestio* in base al principio di diritto secondo cui “*i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sono speciali rispetto al delitto di truffa aggravata a danno dello Stato di cui all'art. 640, secondo comma, n. 1, c.p.*”. Ciò a condizione che tali reati siano finalizzati esclusivamente all'evasione delle imposte sui redditi o dell'IVA, poiché un “*diverso discorso deve farsi con riferimento alle ipotesi in cui dalla condotta di frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale*”, quale l'ottenimento di erogazioni pubbliche, nelle quali “*è possibile il concorso fra il delitto di frode fiscale e quello di truffa*”; sarà dunque l'ulteriore e specifico evento di danno, diverso dal portato d'evasione fiscale, a renderne possibile la contestazione concorrente. In breve, si aderisce formalmente all'idea che risolve il concorso apparente di norme unicamente alla stregua di criteri strutturali (si rinvia anche al paragrafo 3.2.3.)

Con una articolata motivazione è stata quindi rigettata la ben più rigorosa tesi del concorso di reati sostenuta in passato<sup>437</sup> (soprattutto) per ragioni di opportunità politico-criminale, dal momento che, prima della estensione ai reati tributari della confisca per equivalente avvenuta con la Finanziaria per il 2008<sup>438</sup>, soltanto la contestazione dell'ulteriore reato di truffa aggravata ai danni dello Stato consentiva, ai sensi dell'art. 640-*quater* c.p., di recuperare gli ingenti profitti<sup>439</sup> realizzati attraverso l'emissione di fatture da parte di società estere *cartiere* tramite

---

<sup>437</sup> In tal senso, da ultimo, Cass., 14.11.2007, n. 14707, in *Cass. pen.*, 2009, 727.

<sup>438</sup> E, più precisamente, con l'art. 1, co. 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Sull'argomento, sia consentito il rinvio a L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>439</sup> Pari al 40% dell'ammontare complessivo dei tributi evasi in Italia. Cfr., A. TRAVERSI, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra reati di frode fiscale e truffa aggravata*, in *Corr. trib.*, 2011, 577.

l'interposizione di società *filtro* e la fraudolenta costituzione di crediti IVA in favore di società italiane *destinatari finali*.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite è quindi intervenuta a risolvere la *vexata quaestio*, affermando che “*deve aderirsi all'orientamento giurisprudenziale che ravvisa un rapporto di specialità tra la frode fiscale e la truffa aggravata ai danni dello Stato*”, in quanto “*il raffronto fra le fattispecie astratte evidenzia che la frode fiscale è connotata da uno specifico artificio, costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*”, e che “*se il reato tributario è commesso al fine esclusivo di evasione, per il principio di specialità non può concorrere con quello di truffa ai danni dello Stato*”.

A sostegno di tale assunto, la Corte ha ricordato come, per tradizione, debba definirsi norma speciale quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, aventi funzione specializzante, di modo che le due disposizioni, volendo raffigurarle *more geometrico*, appaiano “*come due cerchi concentrici di diametro diverso, per cui quello più ampio contenga in sé quello minore, ed abbia, inoltre, un settore residuo, destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità*”.

Orbene, per le SS.UU., il cerchio meno ampio e, cioè, la norma da ritenersi *speciale* ai sensi dell'art. 15 c.p., non può che essere “*l'art. 2 ovvero l'art. 8 del d.lgs. n. 74/2000 rispetto all'art. 640, primo comma, n. 1, c.p., dal momento che la condotta tipica dei reati tributari appare sostanzialmente analoga a quella del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, ma caratterizzata dall'elemento specializzante rappresentato, rispettivamente, dall'utilizzazione in dichiarazione ovvero dall'emissione di fatture relative ad operazioni inesistenti*”. Coerentemente con tale affermazione, la Corte ha specificato che “*diversamente verrebbe ad essere addebitato più volte un accadimento unitariamente valutato dal punto di*

*vista normativo, in contrasto con il principio del ne bis in idem sostanziale”.*

Più precisamente, si afferma che il reato fiscale appare *lex specialis*, sia per il più grave trattamento sanzionatorio (i reati di frode fiscale hanno la pena edittale più alta nel minimo e nel massimo), sia per la specificità della fattispecie: con riguardo al trattamento sanzionatorio, poi, “*anche a voler escludere un rapporto di specialità tra norme penali, opererebbe il principio di consunzione in forza del quale l'ipotesi delittuosa meno grave (truffa) verrebbe assorbita in quella più grave (frode fiscale)*”.

Merita particolare sottolineatura il passo della motivazione dove le Sezioni Unite escludono che un canone interpretativo cui attribuire assoluta prevalenza sia quello, coerente con l'impostazione che sostiene il concorso di reati tra truffa e frode fiscale, che assicura al colpevole il trattamento sanzionatorio più severo. Del resto, non vi è dubbio che l'intento della riforma penale tributaria del 2000 – ampiamente apprezzato dalla dottrina<sup>440</sup> – sia stato quello di riportare il sistema penale tributario in linea con un'idea costituzionalmente orientata della punizione penale quale *extrema ratio* dell'intervento punitivo dello Stato.

In quest'ottica, la Suprema Corte afferma che “*se è vero che la duplicazione di sanzioni può assicurare una maggiore contropinta per i reati che si vogliono combattere e reprimere, è anche vero che la negazione del rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa ai danni dell'Erario*” si porrebbe “*in contraddizione con la linea di politica criminale e con la ratio che ha ispirato il legislatore nella riforma di cui al d.lgs. n. 74/2000*”, motivo per cui “*qualsiasi condotta di frode al Fisco non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dall'apposita normativa*”.

---

<sup>440</sup> A. LANZI- P. ALDROVANDI, *op. cit.*, 55 ss.

Gli assunti della sentenza in esame – condivisibili nelle conclusioni - prestano tuttavia il fianco ad alcune possibili obiezioni.

Se è vero, come è vero, che la norma speciale, per essere tale, deve contenere tutti gli elementi della norma generale, oltre quello specializzante, come è possibile ritenere che l'art. 8 del d.lgs. n. 74/00, che configura l'emissione di fatture per operazioni inesistenti come reato di mero pericolo, contenga anche gli elementi dell'induzione in errore e del danno al patrimonio dello Stato propri del delitto di truffa? Inoltre, nel caso del reato di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 74/00, come si concilia il fatto che tale reato, pur contenendo tutti gli elementi della fattispecie di cui all'art. 640 c.p. non sia punibile a titolo di tentativo ex art. 6 del medesimo decreto?

Al fine di contrastare eventuali rilievi di questo tipo, la Corte puntualizza che *“sia l'induzione in errore che il danno sono presenti nella condotta incriminata dal reato di frode fiscale, posto che alla presentazione di una dichiarazione non veridica si accompagna normalmente il versamento di un minor (o di nessun) tributo e genera, in prima battuta e nella fase di liquidazione della dichiarazione, un'induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria e un danno immediato quantomeno nel senso del ritardo nella percezione delle entrate tributarie”*.

Orbene, posto che ciò possa accadere nell'ipotesi ex art. 2 del d.lgs. n. 74/00, la tesi appare più difficilmente sostenibile allorché il reato tributario contestato sia quello previsto dall'art. 8 del medesimo decreto, pacificamente configurabile come reato di mero pericolo, per la cui sussistenza non si richiede *né l'induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria né, tantomeno, un'evasione d'imposta*.

Proprio per aggirare l'ostacolo, la Suprema Corte ha dovuto fare riferimento alla *linea di politica criminale* che ha ispirato il legislatore della riforma del 2000 e, in particolare, al fatto che, qualora fosse configurabile un delitto di truffa concorrente con quello di frode fiscale, si finirebbe per

eludere non soltanto la norma di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 74/00, che esclude la punibilità a titolo di tentativo dei delitti in materia di dichiarazione, ma anche quella di cui all'art. 9 del medesimo decreto, che impedisce la configurabilità di un concorso tra emittenti ed utilizzatori, in deroga all'art. 110 c.p.

In altri termini, se il legislatore ha individuato nella presentazione di una dichiarazione annuale fraudolenta la condotta tipica ed il momento di rilevanza penale della fattispecie di evasione, escludendo espressamente che la soglia di punibilità possa essere anticipata, ai sensi dell'art. 56 c.p., nel caso di accertamento di irregolarità fiscali compiute nel corso del periodo d'imposta, ciò significa che *“non è ovviamente consentita l'utilizzazione strumentale di un'ipotesi delittuosa comune contro il patrimonio quale la truffa aggravata ai danni dello Stato (eventualmente anche sub specie di tentativo) per alterare, se non stravolgere, il sistema di repressione penale dell'evasione disegnato dalla legge”*.

Né, d'altra parte, è sostenibile che l'accoglimento della tesi della specialità del reato tributario rispetto a quello di truffa ai danni dello Stato, con conseguente applicazione della sola sanzione prevista dagli artt. 2 o 8 del d.lgs. n. 74/00, sia in contrasto con l'art. 325, co. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo il quale *“l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”*, visto che tra le fonti di approvvigionamento delle risorse finanziarie dell'Unione europea rientra una percentuale dell'IVA riscossa dagli Stati membri.

Ciò in quanto l'art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26 luglio 1995 stabilisce

che “*gli Stati membri applicano, nel loro diritto penale interno, il principio ne bis in idem*”.

Da questo impianto normativo la Corte di cassazione non soltanto deduce che la tutela degli interessi finanziari dei singoli Stati deve essere attuata mediante un sistema sanzionatorio esaustivo degli interventi repressivi, ma trae anche conferma dell'esistenza di una “*generale specialità delle previsioni penali tributarie in materia di frode fiscale, le quali, in quanto disciplinano condotte tipiche e si riferiscono ad un determinato settore di intervento della repressione penale, esauriscono la connessa pretesa punitiva dello Stato (e della Unione europea)*”.

**3.9.4. Brevi considerazioni: la risoluzione della *questio* mediante la variante valutativa** – Il problema del concorso tra reato di truffa e frode fiscale - un tempo, come si è detto, di notevole rilevanza pratica dal momento che, soltanto ammettendo la configurabilità anche del reato di truffa, poteva essere disposta la confisca per equivalente del profitto conseguito - è da ritenersi oggi ormai risolto non soltanto sul piano teorico, in virtù della sentenza annotata, ma anche in concreto, visto che anche per i reati tributari, a decorrere dal periodo d'imposta 2008, è applicabile, in caso sia di condanna che di patteggiamento, la confisca per equivalente del provento indebitamente conseguito.

Volendo tuttavia svolgere qualche ulteriore considerazione, è possibile affermare che il richiamo alla *ratio* del d.lgs. n. 74/00 ed alle suindicate norme europee non appare del tutto coerente con l'asserita specialità della norma penale tributaria<sup>441</sup>, soprattutto nell'ipotesi di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 74/00, allorché, come avviene nel caso delle “*frodi carosello*”, dall'emissione di tali falsi documenti derivi non già un semplice *pericolo di evasione*, ma un *effettivo danno* per l'Amministrazione finanziaria.

---

<sup>441</sup> Per uno stesso ordine di idee, cfr. A. LANZI-P. ALDROVANDI, *op. cit.*, 193.

Ciò, tuttavia, non significa che non sia condivisibile il risultato recepito dalle Sezioni Unite, e convalidato da una pronuncia successiva<sup>442</sup>, ma semplicemente che è possibile esprimere qualche perplessità sul percorso argomentativo utilizzato per affermare la sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie in esame; nel senso che – come già visto – frode fiscale e truffa aggravata, dal punto di vista degli spazi applicativi, sono tra loro in rapporto di specialità reciproca<sup>443</sup>, fenomenologia che sfugge al canone della specialità in senso stretto.

Invero, le Sezioni Unite applicano il principio della *lex specialis* in un'ipotesi di specialità reciproca, con accettazione implicita dell'argomento secondo il quale il requisito dell'inerenza di più norme ad una medesima materia – presupposto per l'individuazione di un concorso apparente *ex art. 15 c.p.* – sussisterebbe laddove le norme a confronto siano caratterizzate dai medesimi scopi di tutela.

Ragionando in questo modo, tuttavia, si realizza una “metamorfosi” della nozione di specialità, in quanto si interpreta in termini di *specialità unilaterale* una relazione tra fattispecie *bilateralmente speciali* – “interferenti” quanto a scopi di tutela – nessuna delle quali è necessariamente ed interamente “contenuta” nell'altra.

In quest'ottica, è possibile affermare che il passaggio argomentativo delle Sezioni Unite, secondo cui il rapporto tra le fattispecie in esame si atteggia come quello tra “*due cerchi concentrici di diametro diverso, per cui quello più ampio contenga in sé quello minore*”, risulta calibrato sul solo rapporto di specialità unilaterale e non è tale da fotografare

---

<sup>442</sup> Cass., sez. III, 14.11.2011, n. 41450, la quale precisa che, ai fini dell'applicazione del principio di specialità, occorre che siano configurabili gli estremi di entrambe le fattispecie penali il cui concorso deve essere risolto in favore di quella speciale. Tale pronuncia annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per un nuovo esame, che, tenendo presente “la necessità di applicare il principio di specialità tra reati di frode fiscale e quello di truffe aggravata ai danni dello Stato, indichi concretamente gli elementi costitutivi della fattispecie di frode fiscale, eventualmente anche diversa da quella ipotizzata *ex art. 3 del d.lgs. n. 74/2000*, che nel caso in esame assorbe il reato di truffe aggravata ai danni dello Stato”.

<sup>443</sup> Invero, mentre la truffa richiede come elementi specializzanti l'induzione in errore e l'evento di danno, il reato fiscale presuppone l'utilizzazione o l'emissione di fatture fittizie ed il fine di evasione, quali elementi a sua volta specializzanti.

adeguatamente la relazione di specialità bilaterale che intercorre tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato.

La sussistenza di una relazione di specialità reciproca, con conseguente applicazione del regime del concorso formale, condurrebbe tuttavia ad un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed incoerente rispetto alle “finalità politico criminali” perseguite dal legislatore con la riforma del diritto penale tributario, chiaramente volte ad implementare il *modello costituzionale* di lotta al crimine tributario ed a contenere il più possibile il rilievo penale della frode fiscale e della falsa fatturazione<sup>444</sup>.

Proprio per queste ragioni, pare opportuno rileggere la questione con il metodo qui sostenuto, in base al ricorso al criterio della *variante valutativa delle specialità*.

Diversamente, la duplicazione della qualificazione penale condurrebbe ad un ingiusto proliferare delle sanzioni, in netto contrasto con l’istanza di equità che sta alla base del *ne bis in idem* sostanziale<sup>445</sup>, il quale fa divieto di punire più volte la stessa persona per un fatto complessivamente considerato indice di un medesimo disvalore.

Resta vero, infatti, che l’approccio rigorosamente strutturale è condizionato da una previa *interpretazione* delle norme incriminatrici di riferimento, la quale ben può essere di carattere teleologico, quindi influenzata da una considerazione delle finalità di tutela perseguite<sup>446</sup>.

In considerazione di queste argomentazioni, è possibile rinvenire un punto di equilibrio tale da contemperare le contrapposte esigenze – di ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio, da un lato, e di determinatezza/tassatività, dall’altro – nella nozione di specialità intesa come *strumentale* ad una più generica valutazione degli scopi di tutela e

---

<sup>444</sup> Risultando quest’ultima figura criminosa a “tutela anticipata” già di per sé anomala ed eccezionale rispetto ad un complesso di reati normalmente ancorati alla presentazione della dichiarazione dei redditi.

<sup>445</sup> Desumibile, secondo M. ROMANO, *op. cit.*, 187, dagli artt. 15, 68, 84 c.p., in virtù del quale un fatto tipico “unico” non può essere sottoposto ad una valutazione “plurima” alla stregua di diverse fattispecie incriminatrici. (Cfr. Cass., Sez. Un., 9.5.2001, Ndiaye, in *Cass. pen.*, 2002, 653 ss.)

<sup>446</sup> A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 261.



persino degli orientamenti politico-criminali del legislatore<sup>447</sup>; il che equivale ad utilizzare, come nel caso di specie, il criterio di consunzione, cioè un parametro dichiaratamente “valutativo” e non strutturale, in chiave di complementarità teleologica rispetto alle ipotesi problematiche di specialità bilaterale.

È bene però rimarcare che pare indispensabile questa variante “valutativa” della nozione di “specialità” solo quando ci si trovi di fronte situazioni di coincidenza strutturale parziale tra fattispecie, non attecchiate in termini di specialità unilaterale. In altri termini, l’intervento di questo criterio, ai fini riparatori o integrativi, consentirebbe di superare le incongruenze di un’analisi giuridica che perde aderenza con la concretezza delle vicende reali.

Si dimostra, così, che anche la specialità può essere intesa in senso ampio e valutativo, come strumento per affermare un concorso apparente laddove, come nelle ipotesi di raffronto tra reati tributari e truffa ai danni dello Stato, non sussiste una specialità unilaterale; ma solo a patto che una qualche forma di interferenza, di sovrapposizione strutturale tra fattispecie vi sia e solo a patto che sussista, insomma, almeno una situazione di specialità reciproca (poco importa che le sentenze utilizzino espressamente questo termine).

Pertanto, quando (*e solo quando*) si avverte che l’applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici conduce a computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell’una ora dell’altra fattispecie, con palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle funzioni di prevenzione/integrazione (nonchè del *ne bis in idem* sostanziale), risulta necessario applicare criteri di valore tali da riaffermare le istanze di garanzia sottese principi appena menzionati.

---

<sup>447</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*, 275 ss.

Ed ancora, si può più semplicemente sostenere che regolano la stessa materia quelle norme che, *“in ragione del particolare rapporto strutturale tra loro intercorrente, sono inidonee, se applicate congiuntamente, ad attribuire analoga rilevanza giuridica ad un medesimo profilo fattuale di un determinato “quadro storico di vita”*<sup>448</sup>.

Ora, questo parametro di scelta della normativa concretamente applicabile – di tipo *relativamente qualitativo* e non già *assolutamente logico-strutturale* – è, a ben vedere, sia pur con gli opportuni adattamenti, *quello che meglio si attaglia anche al concorso apparente tra più norme in rapporto di specialità reciproca*; invero, essendo tali norme tra loro ad un tempo “generalì” e “speciali”, la prevalenza potrà essere attribuita a quella che si atteggi come più specifica, vale a dire a quella capace di esprimere ed esaurire il peculiare significato sociale del fatto.

La soluzione offerta dalla sentenza in esame (e quindi la scelta tra concorso apparente di norme e concorso di reati) è poi gravida di conseguenze processuali e sostanziali, in quanto incide: sul regime della libertà personale dell'imputato (la contestazione di più reati rende più fragile l'inviolabilità della libertà personale); sul tenore sanzionatorio del condannato persona fisica (la condanna per due reati, invece che per uno, lascia prevedere una pena più grave, ancorché alla duplicità dei reati ritenuti in sentenza venga ricollegato solo l'aumento per la continuazione); sulla disciplina sanzionatoria della responsabilità da reato dell'ente, perché gli illeciti penali tributari, pur puniti più severamente, non figurano nel novero dei reati-presupposto commessi da soggetti apicali o subordinati della persona giuridica nel contesto del d.lgs. n. 231/01, a differenza della truffa ai danni dello Stato, che rientra nel summenzionato catalogo, e che quindi espone la persona giuridica alla variegata tipologia di sanzioni interdittive e pecuniarie.

---

<sup>448</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*, 283.

Così, se per le persone fisiche si prospetta un significativo miglioramento della situazione processuale connesso alla minore gravità delle conseguenze sanzionatorie che vengono delineandosi, gli enti vedono addirittura risolversi per il meglio e *in radice* i loro problemi penali con esiti di totale impunità.

Questo perché il catalogo dei reati rilevanti ai fini del d.lgs. n. 231/01 è stato progressivamente composto in base a criteri qualitativi eterogenei, anche a costo di ortopedie interpretative, ed a peculiari scelte del caso concreto<sup>449</sup>: il risultato è che reati di maggior allarme sociale (si pensi a quelli tributari o, fino a tempi recentissimi, ambientali) sono esclusi, mentre generano una responsabilità penale della società reati con pena edittale minore (e, quindi, produttivi di un minor allarme sociale e caratterizzati da una minore portata offensiva).

Per contro, preme evidenziare che proprio il modello della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/01* – fondato sul paradigma di un omesso controllo sull'agire del dipendente – appare, allo stato, quello che meglio si presta a colpire le condotte illecite, commesse all'interno degli enti e finalizzate alla realizzazione di profitti, atteso che proprio nel settore tributario la logica del profitto nell'interesse dell'ente è strutturale alla condotta posta in essere dall'autore materiale del reato, sì che devono ravvisarsi nella loro massima estensione le ragioni per cui è stato adottato il sistema della responsabilità degli enti.

Opportuno sarebbe, quindi, un intervento calibrato sul contesto criminologico della materia penale/tributaria, al fine di favorire sia esiti di effettività della tutela, sia una maggiore corrispondenza al quadro garantistico delineato dal principio di legalità penale, includendo, pertanto, nei reati presupposto *ex d.lgs. 231/2001* anche quelli di natura tributaria<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> Sia consentito ancora una volta il rinvio a L. DELLA RAGIONE, *op. cit.*

<sup>450</sup> Nell'evoluzione così delineata, andrebbe anche effettuato un opportuno coordinamento con il sistema sanzionatorio extrapenale delineato dagli artt. 11, comma 1, del d.lgs. n. 472/97 e 19, comma 2, del d.lgs.

Lo scioglimento dell'alternativa a favore della specialità (e, quindi, della prevalenza) della frode fiscale sulla truffa aggravata ad opera delle Sezioni Unite penali non è vincolante per i giudici futuri, ma non è senza ulteriori ricadute sui procedimenti *in fieri* e forse anche su quelli ormai conclusi definitivamente.

Così, la contestazione esuberante va ridimensionata al solo illecito penal-tributario, sicchè il procedimento a carico dell'ente per truffa aggravata si estinguerà per il venir meno del reato presupposto (art. 24 del d.lgs. n. 231/2001) e per la sopravvivenza del solo delitto di frode fiscale che non genera responsabilità penale dell'ente; la duplicità di condanna (frode fiscale-truffa aggravata), se non ancora definitiva, andrà rimossa dal giudice dell'impugnazione; lo stesso giudicato penale potrebbe addirittura apparire suscettibile di revoca *ex art. 673 c.p.p.*, una volta acclarato - in via giurisprudenziale - che uno dei due reati per cui vi è stata condanna non era configurabile; in altra prospettiva, ad analogo risultato si potrebbe arrivare attraverso il meccanismo della revisione, valorizzando il fatto che aver ritenuto possibile irrogare due sanzioni penali alla stessa condotta appare - alla luce della statuizione delle Sezioni Unite - un errore di diritto da non commettere e, se già commesso, da rimuovere.

Allo stato, inoltre, non sarà possibile disporre, in via cautelare, l'applicazione delle sanzioni interdittive *ex art. 9, co. 2, d.lgs. 231/01*, né, tanto meno, la sanzione della confisca per equivalente; nell'eventualità poi che, in ragione della duplice contestazione, misure cautelari e sequestri preventivi fossero già stati disposti nei confronti dell'ente, il principio di legalità ne imporrebbe la revoca per il venir meno del reato presupposto, ed eventuali sentenze di condanna, se impugnate, dovrebbero essere annullate.

---

n. 74/00, al fine di evitare un *surplus* sanzionatorio che si caricherebbe di connotati vessatori (sanzione penale per la persona fisica + sanzione tributaria per la persona giuridica + sanzione amministrativa da reato per la persona giuridica) e nuocerebbe, pertanto, all'esigenza di promuovere un apparato di tutela che *appaia* legittimo e giusto.

Quali siano peraltro alcune conseguenze pratiche del portato giurisprudenziale in esame, è dato che pare interessante verificare anche con riferimento alla legge n. 102/09, di conversione del d.l. n. 78/2009, (cd. scudo fiscale).

È infatti noto che – ai sensi dell’art. 13-*bis* della l. 102/09 – l’adesione allo scudo fiscale preserva dallo stigma penale la materia dell’evasione fiscale per espressa previsione normativa; il pagamento dell’imposta straordinaria, così prevista, esclude infatti la punibilità per i reati di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, e 10 del d.lgs. n. 74/00.

La previsione espressa dall’art. 8 del d.lgs. n. 231/01 dispone peraltro l’autonomia della responsabilità dell’ente qualora il reato si estingua per una causa diversa dall’amnistia<sup>451</sup>; e la relazione al decreto delegato illustra la disposizione prevedendone l’estensione anche alle altre cause di non punibilità in quanto “*non reagiscono in alcun modo sulle configurazioni della responsabilità in capo all’ente, non escludendo la sussistenza del reato*”.

Visto che, come già detto, i reati tributari non integrano presupposto per la contestazione della responsabilità dell’ente, è possibile affermare che le preoccupazioni relative all’indotto di non punibilità che lo scudo fiscale porta con sé e che la previsione dell’art. 8, comma 1, lettera b), potrebbe generare, appaiono scongiurate alla luce del *dictum* delle SS.UU., salvo peraltro considerare eventuali contestazione concorrenti di truffa ai danni dello Stato, che non ricadono nella sfera della non punibilità.

---

<sup>451</sup> Peraltro, risulta sicuramente condivisibile, aderendo alla migliore dottrina (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, *passim*), la tesi che riconduce lo “scudo fiscale” alle forme di clemenza atipica comunque riconducibili all’art. 79 Cost.

### CAPITOLO III

## PROFILI DI DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

*SOMMARIO: 1.1. Una premessa necessaria: la crisi del sistema penale ipertrofico quale fattore di congestione del concorso apparente di norme – 1.2. Le difficoltà della comparazione nel concorso apparente di norme – 1.3. Il sistema tedesco – 1.4. I modelli francese e spagnolo – 1.5. L'esperienza angloamericana – 2.1. Prospettive di riforma. Le proposte dei progetti di riforma del codice penale – 2.2. L'ipotesi di riforma preferibile: la riorganizzazione della parte speciale – 2.3. (segue)...l'opzione più verosimile: la riforma del concorso apparente di norme tramite una disposizione di parte generale – 2.4. Il concorso apparente di norme come problema da risolvere al di fuori della legge penale: critica*

**1.1. Una premessa necessaria: la crisi del sistema penale ipertrofico quale fattore di congestione del concorso apparente di norme** – L'indagine condotta attraverso la temperie di un diritto penale ipertrofico ha consentito di misurare il travaglio del concorso apparente di norme. Dalle difficoltà di gestire, tramite l'attuale disciplina dell'istituto, i grovigli formati dalle numerose fattispecie della legislazione speciale, spesso caoticamente concorrenti (come nel caso dei rapporti tra reati tributari e frode fiscale) è emerso come sovente confluiscono sullo stesso fatto (o sullo stesso quadro di vita) molteplici schemi di tipicità legale.

Ed invero, va certamente convalidato l'assunto secondo cui la ragione dei numerosi problemi interpretativi che caratterizzano il concorso apparente di norme, ed in generale il diritto penale contemporaneo, sia dovuto all'imperizia tecnico-legislativa ed alle recenti leggi penali complementari che, sull'onda dell'emergenza e sempre più in

considerazione del diritto dell'Unione europea, tutelando per lo più interessi dotati di carattere spiccatamente artificiale, tendendo a perdere la capacità di costruire nuovi tipi ed appiattendosi piuttosto sulle discipline amministrative cui accedono.

Questa penalizzazione a tappeto viene così a reprimere i nuovi fenomeni criminali, generando tuttavia una serie di problemi relativi al rapporto tra norme penali.

In quest'ottica, risulta, *in primis*, necessaria un'opera di ricodificazione razionale, accompagnata da una riserva costituzionale di codice<sup>452</sup>, diretta ad articolare la tutela penale sugli assi dei beni giuridici; solo così è possibile contribuire da un lato a ridurre fortemente i casi di interferenza tra norme, dall'altro a far operare al meglio la disciplina del concorso apparente.

È tuttavia noto che l'auspicio di una organizzazione razionale, ordinata e sistematica della parte speciale attorno ad afferrabili beni giuridici appare oggi una chimera, con conseguente naturale alterazione dell'armonia del sistema codificato.

A questo punto dell'indagine, è utile rivolgere lo sguardo all'esperienza comparatistica, in quanto, nell'avviare organiche riforme del diritto penale risulta più che opportuno non prescindere dall'analisi comparatistica dei vari istituti<sup>453</sup>.

Anche con riferimento al concorso apparente di norme vien dunque da chiedersi quali siano le soluzioni adottate negli altri ordinamenti e se le

---

<sup>452</sup> V. MAIELLO, 'Riserva di codice' e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di Stile, Napoli, 2003, 157 ss.

<sup>453</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato come mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, (1980), in ID., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 171 ss.; C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Milano, 1980, 179 ss.; F.C. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, *passim*.

difficoltà teoriche così spesso sottolineate dalla nostra dottrina vengano avvertite anche altrove.

**1.2. Le difficoltà della comparazione nel concorso apparente di norme** – L'apertura comparatistica offre immediatamente un dato problematico e sorprendente: con riferimento ad alcune esperienze giuridiche, risulta infatti assai complicato anche solo individuare espressioni linguistiche idonee a connotare il campo problematico in Italia definito con l'espressione “concorso apparente di norme”<sup>454</sup>. Né si tratta, di mere difficoltà lessicali della traduzione, il superamento delle quali è, per il comparatista, compito quotidiano: nel caso del concorso apparente si è talora di fronte alla complicata individuazione di un equivalente concettuale.

Ed infatti, mentre, come è noto, non vi sono eccessivi problemi a riscontrare espressioni equivalenti al nostro sintagma concorso apparente di norme nel lessico penalistico tedesco (sia pure a fronte di qualche ambiguità terminologica, fondamentale: *gesetzeskonkurrenz*) ed in quello spagnolo (*concurso de leyes penales*), già in francese occorre ricorrere a termini quali *concours de qualifications*, con cui quali, tuttavia, non si indica generalmente lo specifico problema del concorso apparente di norme penali, ma con diversa e più ampia angolatura, l'intero quadro del concorso di reati<sup>455</sup>.

Nell'area anglosassone poi, la ricerca di un termine utile per individuare la problematica del concorso apparente si fa davvero ardua, al punto da risultare alquanto complicato anche solo trovare qualche prima indicazione nell'ambito della letteratura di diritto penale sostanziale<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 227 ss.

<sup>455</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

<sup>456</sup> W. LA FAVE-A. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, I e II, St. Paul Minn., 1986.



Ai fini di una proficua ricerca, occorre dunque muovere l'angolo di osservazione spostandosi sul più vasto piano dei principi. A tale livello, un primo alveo concettuale di riferimento può essere rintracciato in un'istanza di tradizionale natura processuale e cioè nel divieto, negli USA costituzionalmente sancito, di *double jeopardy*, cioè di doppio processo per lo stesso fatto<sup>457</sup>.

Da tale principio, e senza tuttavia confonderne le diverse *rationes*, viene ricavato, talora, il divieto di infliggere, nello stesso procedimento, molteplici *condanne* per lo stesso fatto.

Assai più spesso tuttavia, l'indicazione è diretta alla fase del *sentencing* (commisurazione della pena), vietando non tanto la pluralità delle condanne, quanto un *multiple punishment* per lo stesso fatto<sup>458</sup>. Poiché tale multipla punizione risulta vietata (e, come si vedrà, non sempre) soprattutto nell'ipotesi di specialità unilaterale, si allude talora alla problematica anche con l'espressione utilizzata per descrivere le ipotesi di completa continenza di una fattispecie nell'altra: *lesser included offense*.

Sempre sul piano processuale, si discute poi, con riferimento all'esercizio dell'azione penale da parte del *prosecutor* ed alla formazione dell'atto d'accusa (*indictment*), circa l'ammissibilità di cumulare determinate imputazioni nel caso in cui queste costituiscano nella sostanza una doppia incriminazione dello stesso fatto (*duplicative charge*).

Da queste difficoltà di rendere immediatamente in altre lingue la definizione di un campo problematico in Italia così consolidato si trae conferma dei problemi che caratterizzano gli studi comparatistici.

Così, ci si deve chiedere quali sono i principi e le norme che nei sistemi giuridici da analizzare guidano l'interprete nella serie di giudizi che

---

<sup>457</sup> M. MCKAY, *Double Jeopardy: Are the Pieces the Puzzle?*, in 23 Washburn L.J., 1983, 1 ss.

<sup>458</sup> G. THOMAS, *Sentencing Problems Under the Multiple Punishment Doctrine*, in 31 Villanova L.R., 1986, 1351 ss.

vanno dalla rilevazione del fenomeno alla determinazione della pena da applicare?

**1.3. Il sistema tedesco** – La questione del concorso apparente di norme non trova una disciplina specifica nel codice tedesco, ma nella manualistica viene studiata in parallelo rispetto al concorso di reati<sup>459</sup> (collocato nei paragrafi 52 e seguenti che vanno ad integrare la disciplina della commisurazione della pena), del quale in sostanza costituisce il reciproco negativo, visto che qui la violazione di più norme dà luogo all'applicazione della sanzione prevista per una sola di esse, in quanto in realtà solo una delle fattispecie viene integrata.

Sulla definizione del concorso improprio o apparente di norme non sorgono particolari problemi nella dottrina tedesca: tale categoria viene ricondotta alle ipotesi in cui una determinata condotta punibile corrisponde apparentemente alla violazione di più fattispecie, ma in realtà il suo contenuto di illiceità e di colpevolezza è tale da far venire in questione l'applicazione di una sola tra le norme penali interessate<sup>460</sup>

Traspare dunque una concezione dell'apparenza del concorso incentrata su di un criterio di valore<sup>461</sup> e non legata al solo paradigma logico della specialità, che invece in Italia, anche in considerazione della codificazione all'art. 15 c.p., è il principale criterio in grado di offrire una risposta al problema della determinazione della norma in concreto applicabile.

Nel codice tedesco, quindi, non vi è alcuna disposizione atta a fornire un criterio per stabilire quale delle leggi penali in questione debba trovare applicazione<sup>462</sup>, mentre in Italia l'art. 15 c.p. codifica il principio di

---

<sup>459</sup> G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 461 ss.

<sup>460</sup> Così, SAMSON, SK, PRE § 52, N. 57

<sup>461</sup> VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, Bockelmann-FS, 1979, 721 ss.; WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, 1980, 211 s.

<sup>462</sup> G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit.

specialità, affermando che quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Pertanto, nell'esperienza tedesca, dottrina e giurisprudenza non sono state condizionate da vincoli normativi ed hanno cercato di individuare una pluralità di criteri utili, ovvero, oltre alla specialità, quelli della sussidiarietà, della consunzione e dell'antefatto e del postfatto non punibile<sup>463</sup>.

Per il sistema penale tedesco, come per quello italiano, il rapporto di specialità si intende esistente quando una disposizione contiene tutti gli elementi di un'altra e se ne differenzia per il fatto di contenere almeno un altro elemento che inquadra la situazione di fatto da un punto di vista particolare<sup>464</sup>; la prima è definita norma speciale, ed è quella da applicare, mentre la seconda è la norma generale.

Una relazione di specialità si ha sempre nei casi in cui concorrono una fattispecie-base e una sua ipotesi qualificante o privilegiante: così ad esempio, rispettivamente, tra favoreggiamento personale comune (§ 258 StGB) e commesso dal pubblico ufficiale (§ 258a StGB) e tra omicidio (§ 212 StGB) ed infanticidio da parte della madre che ha appena partorito un figlio illegittimo (§ 217 StGB).

Essa ricorre tuttavia anche tra fattispecie autonome: così, la norma che punisce la rapina è speciale rispetto alle norme che puniscono il furto e la violenza privata, cioè i due elementi che compongono la condotta della rapina.

---

<sup>463</sup> C. ROXIN, *Strafrecht, A.T., Aufl. III, B.1, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag, München, 1997*, 351 ss.

<sup>464</sup> Questa tradizionale definizione risale a HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, 1927, 113 e secondo la dottrina mantiene tuttora la sua validità: si vedano JESCHECK, 666 e STREE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, pre § 52, n. 110.

Gli altri criteri vengono in questione quando la specialità non è utilizzabile.

La sussidiarietà, poi, può essere espressa o tacita: nel primo caso, vi è una norma che dispone di dover essere applicata in quanto non ve ne sia un'altra che disciplini lo stesso fatto (così, ad esempio, il § 145 StGB punisce, tra l'altro, la condotta di chi rimuove o rende irriconoscibili segnali stradali di avvertimento o di divieto idonei ad evitare situazioni di pericolo a meno che il fatto non ricada sotto la fattispecie del danneggiamento); nel secondo la sussidiarietà risulta non dalla previsione legislativa, ma dal contesto delle diverse norme, ovvero in base ad un'operazione interpretativa.

Si suole dire, al riguardo, che si ha sussidiarietà tacita quando più norme sono volte alla tutela del medesimo bene, ma contemplando diversi stadi o gradi di aggressione di diversa intensità. Un esempio tipico di sussidiarietà è quello della norma che prevede un fatto idoneo a porre concretamente in pericolo un certo bene nei confronti della norma che ne punisce la lesione (è il caso del rapporto tra il reato di abbandono di un neonato ed il reato di omicidio); lo stesso vale per il rapporto tra reato tentato e consumato.

Di norma, viene ricondotta alla sussidiarietà tacita anche l'ipotesi dell'antefatto non punibile (*straflose Vortat*), riferibile a quelle situazioni in cui un passaggio necessario per la commissione di un reato integra già di per sé una fattispecie tipica; ne è un esempio l'uccisione di taluno mediante ripetute lesioni.

Quello della consunzione è il criterio più controverso.

In linea di principio, si può dire che si ha consunzione quando il contenuto di illiceità e di colpevolezza di un fatto tipico include in sé quello di un altro fatto (senza che intervengano specialità o sussidiarietà), sicché la condanna per il primo fatto è sufficiente a coprire il disvalore

dell'accadimento complessivo<sup>465</sup>; i due sottocasi classici della consunzione sono costituiti, in Germania, dal “postfatto non punibile” e dal “fatto tipico concomitante”.

Il postfatto non punibile (*straflose Nachtat*) è una condotta tipica successiva ad un fatto penalmente rilevante che serve tipicamente ad assicurare all'autore il vantaggio antiggiuridico ottenuto con il primo fatto ed è in esso consumato se non vi è violazione di un nuovo bene giuridico né la produzione di un danno più grave. Si fanno gli esempi del danneggiamento della cosa rubata, della falsificazione di un documento rubato e dell'appropriazione indebita della cosa ottenuta con una truffa od una condotta di infedeltà patrimoniale.

Il caso del fatto tipico concomitante (*typische Begleitatt*) che viene consumato nel fatto principale si ha allorché l'autore di un reato realizza contemporaneamente gli elementi di un'altra fattispecie, che però viene di regola integrata nella commissione di quel tipo di fatto.

Ad esempio sono in genere coessenziali alla realizzazione di un furto con scasso una condotta di violazione di domicilio ed una di danneggiamento, alla realizzazione dei reati sessuali l'integrazione dell'ingiuria e al furto d'uso di un autoveicolo il furto della benzina necessaria.

In caso di concorso apparente di norme, si applicano rispettivamente la norma speciale in caso di specialità, la norma principale in caso di sussidiarietà e la norma consumante in caso di consunzione.

In conclusione, nel sistema penale tedesco l'assenza di riferimenti normativi volti a disciplinare il concorso apparente di norme ha consentito l'emersione di un modello pluralistico di risoluzione delle ipotesi di convergenza di una pluralità di norme penali su di uno stesso quadro fattuale. Le teorie elaborate, poi, sono, così come in Italia, quelle della

---

<sup>465</sup> JESCHECK, 666 e STREE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, pre § 52, n. 110.

specialità e quelle fondate su criteri di valore – ritenute quest’ultime indispensabili per risolvere le ipotesi problematiche nelle quali è evidente il rischio di applicazione di un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed irragionevole.

La giurisprudenza fa tuttavia un'eccezione alla disciplina su descritta, applicando il principio della combinazione, nell'ipotesi in cui la norma più mite non prevalente (ad esempio perché sussidiaria) preveda un minimo edittale più elevato rispetto alla norma da applicare o conseguenze sanzionatorie diverse dalla pena che quella non contempla: la pena non potrà in tal caso essere inferiore al minimo edittale più elevato o, in riferimento al secondo esempio, dovranno essere irrogate le sanzioni (pene accessorie, misure, ecc.) disposte dalla *lex mitior*<sup>466</sup>.

Ciò non vale però nell'ipotesi in cui una norma più mite prevalga su una più severa: in tal caso, infatti, i limiti edittali e più in generale il trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie privilegiante non possono essere modificati facendo ricorso alle disposizioni della fattispecie non prevalente.

**1.4. I modelli francese e spagnolo** – Nel sistema francese, il problema del concorso apparente di norme è risolto, per lo più, nel quadro della teoria del reato e del cumulo di pene.

Viene così in rilievo la figura dottrinale del *concoure idéal d'infractions* che polarizza l'ambito del dibattito sull'argomento.

Tale figura, ricorrente nel caso in cui il fatto sia naturalisticamente unitario, viene elaborata postulando che l'unità naturalistica condizioni il giudizio di qualificazione penale, indirizzando lo stesso verso la fattispecie più grave, capace, da sola, di esaurire il disvalore del fatto<sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> Come sottolinea G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit.

<sup>467</sup> G. STEFANI-C. LEVASSEUR-B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2002, 461 ss.

Si tratta di un istituto ancora alla ricerca di una sua precisa collocazione dogmatica, tra il concorso di reati e l'interpretazione delle fattispecie di parte speciale, mentre è sempre più forte la tendenza a non ritenere integrato l'assorbimento delle qualificazioni nei casi di offese a beni giuridici totalmente eterogenei (ad esempio, strage e danneggiamento di immobili)<sup>468</sup>.

Peraltro, in questi casi, come pure, più in generale, nelle ipotesi di concorso materiale di reati, il rilievo pratico della problematica qui in discussione risulta grandemente semplificato alla luce della regola - oggi solo in parte modificata dal nuovo codice penale del 1994 - secondo cui, nel caso in cui siano ipotizzabili diversi reati in concorso, si applica sempre e solo - almeno tra le sanzioni omogenee - la pena più grave<sup>469</sup>.

Infine si deve sottolineare come il sistema francese presenti ampi margini di discrezionalità, utilizzabili nel giudizio relativo al concorso apparente di norme ed al concorso di reati, sia in sede di commisurazione della pena, sia, a livello processuale, in sede di esercizio dell'azione penale.

Un esempio di disciplina tendenzialmente completa è invece offerto dal nuovo codice penale spagnolo, laddove l'art. 8 del código penal disciplina il *concurso de leyes penales*<sup>470</sup>.

Più precisamente, qualora un fatto di reato possa essere riconducibile a due o più disposizioni incriminatrici, il codice penale spagnolo detta una serie di regole applicabili.

In primo luogo si afferma che la disposizione speciale si applica di preferenza alla generale.

Viene poi codificato espressamente il canone di sussidiarietà, atteso che, sempre alla stregua dell'art. 8, la disposizione sussidiaria si applica

---

<sup>468</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

<sup>469</sup> J. PRADEL, *Le nouveau code pénal*, Paris, 1994, 190 ss.

<sup>470</sup> G. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de F. Morales Prats y J.M. Prats Canut). 3ª ed. revisada y puesta al día. Pamplona, 2002, 580 ss.

solo in mancanza di quella principale, tanto nelle ipotesi di sussidiarietà espressa, quanto nelle ipotesi di sussidiarietà tacita.

Lo stesso vale per il principio di consunzione, in quanto testualmente è previsto che il precetto penale più ampio o completo assorbe in sé le violazioni della legge penale più esigue consumate nel primo.

Ed infine, è stabilito che in assenza dei suddetti criteri si applica sempre la pena più grave.

**1.5. L'esperienza angloamericana** – Passando adesso ai sistemi angloamericani, occorre subito mettere in luce la difficoltà di rintracciare, anche solo ai fini di un'analisi superficiale, una disciplina comune ai tanti diversi ordinamenti che compongono la numerosissima famiglia di *common law*. Inoltre, anche all'interno di ciascun ordinamento si registra spesso l'intreccio e talora il conflitto tra principi della *case law* e le regole del diritto statutario.

Ciò posto, si deve subito rilevare come nel diritto penale sostanziale statunitense pur a fronte del riconoscimento costituzionale del divieto di *multiple punishment* manchi addirittura il pieno ed incontestabile riconoscimento della prevalenza della *lex specialis*, e ciò anche nel caso in cui il rapporto di specialità sia puro e unilaterale<sup>471</sup>.

L'assorbimento della *lesser included offense*, benché spesso sostenuto in linea di principio e talora imposto dal diritto positivo<sup>472</sup>, opera infatti solo a patto che non sia riscontrabile una precisa volontà legislativa in favore della applicazione congiunta della *lex specialis* e della *lex generalis*.

Ciò non vuol dire peraltro che in assenza di una precisa *voluntas legis*, la giurisprudenza e la dottrina non utilizzino una serie di *test* idonei a

---

<sup>471</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

<sup>472</sup> La soluzione che impone la prevalenza della *lex specialis* è adottata sia dal *Model Penai Code* statunitense (art. 1, *sect.* 1.07.), sia dal *Draft Criminal Code for England and Wales (clause 16)*.



verificare la medesimezza del fatto e dunque l'inammissibilità di una duplice valutazione penalistica dello stesso, il principale dei quali è il c.d. *Blockburger test*, in base al quale sussiste concorso di reati ogni volta che “ciascuna fattispecie richiede la prova di un elemento che all'altra manca”<sup>473</sup>.

Nonostante talora si ipotizzino anche criteri di valore, come l'antica dottrina del *merger*, l'orientamento complessivo appare di notevole rigore<sup>474</sup>.

Anche i principi che regolano la soluzione dei problemi di unità o pluralità nel caso di ripetizione del medesimo reato sono orientati verso il concorso materiale<sup>475</sup>. In questo modo, tuttavia, il trattamento sanzionatorio diventa esasperante e pertanto anche i sistemi angloamericani hanno elaborato dei meccanismi di riduzione delle qualificazioni giuridiche multiple.

Tali meccanismi operano in due direzioni. Così, il primo filtro è costituito dalla selezione operata dalla polizia e dal pubblico ministero sui reati per cui esercitare l'azione penale. La selezione penale costituisce uno strumento di grande complessità, tenuto conto sia del numero delle variabili condizionanti il processo di concreta attribuzione della responsabilità; sia della difficoltà di analizzare tali variabili, costituite da scelte puramente discrezionali e/o di mero fatto. In tale fase, la scelta è tuttavia affidata ad un criterio non propriamente giuridico ma politico- criminale e cioè al potere discrezionale di cui godono le agenzie della selezione, in particolar modo il *prosecutor*, che è assolutamente libero di decidere, fino alla formulazione dell'atto d'accusa ovvero fino al dibattimento, se esercitare o meno l'azione penale o se, avendola iniziata) ritrattarla.

---

<sup>473</sup> Così denominato dal *leading case*, *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932).

<sup>474</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

<sup>475</sup> Riferimenti in M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

Esiste tuttavia una certa possibilità di sindacare tali decisioni al fine di evitare *duplicative charges*: tale controllo riguarda però, essenzialmente, il corretto uso della discrezionalità, o l'eccessiva ampiezza di questa, e solo di riflesso la diretta violazione di canoni quali il *ne bis in idem*<sup>476</sup>.

Il secondo filtro, che si colloca al termine del procedimento penale, è la fase del *sentencing*.

Più precisamente, nella fisionomia tradizionale del giudizio di commisurazione, si riconosce al giudice l'ampio potere discrezionale di disporre l'esecuzione di *concurrent* o *consecutive sentences*, cioè di pene da scontare simultaneamente oppure una di seguito all'altra<sup>477</sup>. Tale scelta viene guidata da una serie di criteri giurisprudenziali, quali la contemporaneità dei reati, ovvero il fatto che gli stessi facciano tutti parte di una *single transaction*, sempre che i reati in questione non offendano beni giuridici del tutto eterogenei.

Anche nell'ipotesi di *consecutive sentences*, l'ammontare complessivo della pena può comunque essere inferiore al mero cumulo materiale delle pene, in considerazione del c.d. *totality principle*, che consente di valutare sia in termini assoluti che in rapporto ad altre tipologie di reati la proporzionalità della pena complessivamente determinata, eventualmente operando congrue riduzioni.

Sono poi state introdotte le *sentencing guidelines*, vale a dire analitiche linee guida dirette a disciplinare il potere del giudice nella fase di commisurazione della pena. Esse hanno fatto comparsa nella legislazione positiva quali criteri destinati alle *multiple offenses convictions*. Ad esempio, negli Stati Uniti, *le United States Sentencing Guidelines* dispongono che, nel caso di condanna per più reati, questi debbano essere innanzitutto ripartiti in gruppi di *closely-related counts*, cioè di offese analoghe.

---

<sup>476</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit.

<sup>477</sup> A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 2<sup>ND</sup> ed., London, 1995, 202 ss.

Effettuato così il raggruppamento secondo i criteri di omogeneità indicati dalle stesse *guidelines* – secondo § 3 DI.2 del *Federal Sentencing Guidelines Manual* il *grouping* si impone quando i reati riguardano la stessa vittima o derivano dalla stessa azione; o sono uniti da un medesimo disegno criminoso; ovvero si caratterizzano per l'omogeneità dell'offesa –, si applica per ciascun gruppo la pena prevista per la violazione più grave. Infine, ulteriori criteri matematici guidano il calcolo della pena nella considerazione complessiva di tutti i gruppi individuati.

**2.1. Prospettive di riforma. Le proposte dei progetti di riforma del codice penale** – Dopo avere brevemente analizzato taluni modelli di risoluzione del concorso apparente di norme è possibile volgere lo sguardo alle prospettive di riforma.

Nei progetti di riforma susseguitisi nel tempo, il delicatissimo tema del concorso apparente di norme è stato affrontato con diverse sensibilità; dall'analisi dei vari progetti traspare costantemente, da un lato, la consapevolezza della insufficienza del criterio formale della specialità, e dall'altro, il timore nell'apprestamento di criteri sostanziali.

A prescindere dal Progetto Riz, che, all'art. 9, ripropone letteralmente la stessa disciplina dettata dal codice Rocco, il Progetto Pagliaro, pur evidenziando che “il principio del *ne bis in idem* sostanziale esprime un'esigenza di proporzionalità tra fatto e sanzione, che va salvaguardata con l'adozione di adeguati criteri risolutivi”, si astiene da una presa di posizione più precisa in ordine ai criteri di individuazione della norma prevalente, probabilmente assecondando in maniera eccessivamente scrupolosa la propria natura di disegno di legge delega<sup>478</sup>.

Maggiormente coraggioso appare invece il Progetto Grosso, che, all'art. 4 (e quindi correttamente nel Titolo dedicato alla Legge penale),

---

<sup>478</sup> G. RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE- S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli, 2010, 311 ss.

dopo avere sancito l'operatività del tradizionale principio di specialità, sganciato dall'ambito della "stessa materia", tenta anche la definizione di un criterio di valore per la risoluzione dei casi di qualificazione normativa multipla di un medesimo fatto, affermando che "quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore".

In questo modo, allorquando non sia applicabile il criterio formale della specialità - invero operativo soltanto nelle ipotesi più semplici, prive di profili problematici - il Progetto Grosso propone all'interprete l'utilizzo in alternativa di un criterio di valore che consenta una valutazione, discrezionale, in ordine alla ricomprensione di tutti i profili di offesa all'interno di una sola fattispecie criminosa.

Tale proposta, per quanto dettata dal condiviso intento di evitare sovrapposizioni normative tra diverse fattispecie penali astrattamente applicabili ad un medesimo fatto, pur tentando una 'traduzione' normativa del criterio dell'assorbimento, non appare particolarmente felice, in quanto la scelta di applicare la disposizione di legge che esprima per intero il disvalore del fatto non fornisce un criterio univoco all'interprete; invero, al giudice è comunque rimessa una valutazione sul grado e sul tipo di disvalore insiti nel fatto criminoso, e potenziale oggetto di qualificazione multipla, sfornita tuttavia di criteri normativi univoci, e suscettibile pertanto di violare il principio di stretta legalità<sup>479</sup>.

Lo stesso concetto di disvalore, dai confini non sempre afferrabili, rischia di non rivelarsi risolutivo, soprattutto in presenza di reati plurioffensivi, ovvero in caso di fattispecie poste a tutela di diversi beni giuridici<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

<sup>480</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

Probabilmente, laddove fosse recepita una simile proposta, si potrebbe registrare qualche orientamento giurisprudenziale di apertura all'applicazione del criterio dell'assorbimento, ma la non univocità dei criteri applicativi di una norma del genere indurrebbe un atteggiamento di 'prudenza' ermeneutica, della giurisprudenza<sup>481</sup>.

In un'ottica di riforma legislativa, peraltro di sistema, sarebbe auspicabile invece una norma chiara e dotata di un grado di univocità applicativa maggiore (sebbene in questa materia tale carattere si riveli particolarmente evanescente e sovente costretto nella sfera delle aspirazioni), che non asseconi, al contrario, disorientamenti giurisprudenziali in un settore normativo particolarmente delicato per i riflessi sanzionatori che può comportare e quindi, in ultima analisi, per l'attuazione delle finalità della pena costituzionalmente presidiate.

Nel Progetto Nordio, al riguardo, si accoglie il principio di specialità – sganciato dal riferimento alla “stessa materia” - quale criterio formale cardine per l'individuazione della norma prevalente in caso di concorso apparente di norme (art. 8 comma 1) e fornisce altresì una nozione di reato complesso priva di profili innovativi, nella quale, tuttavia, si individua tradizionalmente un tipico meccanismo di assorbimento

Qualche perplessità, invero, emerge con riferimento al 3° comma dell'art. 8, letto, peraltro, alla luce della Relazione illustrativa: in essa, infatti, si riconosce la necessità di “indicare un criterio ulteriore rispetto alla specialità (...) da solo (...) inadeguato ad evitare un eccessivo cumulo di reati di fronte alle molteplici possibilità combinatorie fra norme penali”, e si individua, per contrastare questo rischio, quale “criterio ulteriore rispetto alla specialità” il principio del c.d. *ne bis in idem* sostanziale.

Il richiamo al principio del c.d. *ne bis in idem* sostanziale quale criterio ulteriore rispetto alla specialità contribuisce tuttavia solo a sottoli-

---

<sup>481</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

neare la sostanziale superfluità, a fini operativi, di una norma del seguente tenore: “in ogni caso nessuno può essere punito più di una volta per il medesimo fatto”.

La dizione normativa, infatti, nel tentativo di tradurre con una norma di chiusura il principio del *ne bis in idem* sostanziale, non fornisce alcun criterio normativo all'interprete, se non una direttiva tendenziale, che già oggi si ritiene unanimemente vigente.

Al riguardo, va invece osservato che in seno alla Commissione Nordio si è registrato un contrasto in ordine alla formulazione positiva che il criterio concretizzatore del principio del *ne bis in idem* sostanziale doveva assumere: invero, non è stata accolta la proposta diretta a “fissare in termini innovativi e più precisi le modalità operative del criterio in questione ed i suoi rapporti con il canone logico della specialità”, che prevedeva una dizione normativa del seguente tenore: “Al di fuori dei casi di specialità, non si applicano le norme penali che prevedono una condotta il cui significato offensivo è parte costitutiva di quello descritto da altra norma che preveda una pena più grave”.

Viceversa, è stata accolta una proposta maggiormente tradizionale, che, con una regola di chiusura del sistema, sancisca l'inapplicabilità di una pluralità di pene per un medesimo fatto.

Da ultimo, anche il Progetto Pisapia si propone di ricondurre sul terreno del *ne bis in idem* sostanziale, e pertanto del disvalore del fatto, il problema del concorso apparente di norme, prevedendo altresì che le disposizioni contenute nella parte generale del codice debbano essere applicate anche alle materie regolate da altre leggi penali salvo che queste espressamente dispongano altrimenti.

Nella proposta di articolato si afferma la necessità di prevedere 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”.

Così, si inquadra correttamente il problema del concorso apparente di norme nell'alveo del principio di legalità e si subordina l'applicazione del criterio logico- formale di specialità, sganciato dalla nozione di “stessa materia”, al rispetto di paradigmi valoriali.

Alla stregua del quadro che si è tentato di delineare, la disciplina proposta dai diversi progetti di riforma in tema di concorso apparente di norme lascia un senso di insoddisfazione.

Ed invero, va preliminarmente ribadito che l'assenza di una contestuale riforma della parte speciale impone “un pendolarismo prospettico che si sforzi di analizzare i riflessi della riforma di parte generale sul metro del vigente sistema penale”<sup>482</sup>.

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale, impropriamente fatto assurgere, nel progetto Nordio, a criterio applicativo per la risoluzione dei casi di qualificazione multipla, deve essere considerato un corollario dei principi di uguaglianza e proporzionalità, espressi nell'art. 3 Cost., ed immanenti all'intero sistema costituzionale italiano, funzionali all'implementazione delle funzioni positive della pena; a livello ermeneutico, invece, la dottrina ha desunto la vigenza di un principio generale del *ne bis in idem* sostanziale dalla lettura di molteplici norme del codice penale (artt. 15, 61, 62, 68, 84, 131, 170, 301, 581, comma 2, c.p. ), che, in considerazione della classificazione comunemente adottata<sup>67</sup>, dovrebbe essere iscritto nella categoria di principi dotata di minore vincolatività, alla stregua quasi di mero criterio tendenziale di interpretazione, ricostruito dall'interprete in virtù, essenzialmente, di processi induttivi di generalizzazione.

---

<sup>482</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

Tuttavia, va operata una distinzione concettuale tra la dimensione 'legislativa' e la dimensione 'ermeneutica' del principio del *ne bis in idem* sostanziale, nel senso che la prima necessita di esplicazione sul piano normativo - e la sede elettiva è proprio la riforma del codice penale-, mentre la seconda riceve linfa dall'attività interpretativa *de lege lata*.

L'affermazione di un principio del *ne bis in idem* sostanziale, dunque, sarebbe funzionale, a livello ermeneutico, ad una valorizzazione dei criteri di valore - in particolare il criterio dell'assorbimento - nella risoluzione dei casi di qualificazione multipla dei fatti.

Tale esigenza argomentativa, dunque, dovrebbe essere rinvigorita nella diversa ottica di riforma legislativa con l'esplicito riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale quale principio costituzionale, corollario degli scopi di integrazione sociale del sistema penale, e con la conseguente elaborazione di idonei criteri - logici e/o di valore - per la risoluzione dei casi di concorso apparente di norme.

Dunque, appare del tutto insufficiente il richiamo al principio in parola in una norma di chiusura che, nell'ormai consueta deresponsabilizzazione legislativa, affidi all'interprete una sorta di delega in bianco.

Per contro, nonostante qualche smagliatura concettuale (del resto, inevitabile in questa materia), suscettibile di attribuire margini indefiniti di discrezionalità all'interprete - soprattutto laddove parla della “norma che ne esprime per intero il disvalore”-, la proposta Pisapia potrebbe legittimare l'operatività ermeneutica di parametri valoriali nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa dei canoni strutturali determini una sproporzione tra trattamento sanzionatorio e significato offensivo del fatto di reato.

Così, l'intervento di questo criterio dovrebbe essere diretto a fini riparatori o integrativi in conformità agli scopi complessivi del sistema penale.



Invero, sarebbe possibile valutare, al di fuori dei più semplici casi di specialità, le ipotesi di unitarietà normativo-sociale del fatto, allorquando la prossimità ontologica dei beni tutelati e la frequenza della loro lesione congiunta si traducano in una unità di disvalore che non può essere moltiplicata, in prospettiva sanzionatoria, in maniera artificiosa.

In questo modo sarebbe possibile correggere l'atteggiamento esasperatamente rigoristico che spinge a ritenere il concorso di reati anche in casi di evidente unità di disvalore.

Al riguardo, giova ricordare che la materia del concorso apparente di norme non è oggetto di disciplina in altri ordinamenti<sup>483</sup>.

Tuttavia, in quest'ultimi molti concetti giuridici di rilevante spessore dommatico ed applicativo non sono oggetto di definizione normativa (si pensi ai concetti di dolo, colpa, nesso di causalità nel sistema penale tedesco); la ritrosia a cristallizzare in definizioni legislative concetti suscettibili di evoluzione, anche di carattere extragiuridico, rinviene il proprio fondamento anche nella diffusa legittimazione, sociale e politica, della giurisprudenza e della dottrina, che, oltretutto, lungi dal rinchiudersi nelle rispettive cittadelle, sono protagoniste di un costante e reciproco dialogo, permeabile ad un confronto aperto.

Nel nostro ordinamento, invece, a prescindere da un maggiore ossequio nei confronti del principio di legalità (a volte malinteso), la pur lodevole tendenza a fornire definizioni normative risponde non soltanto ad una diversa sensibilità culturale, ma asseconda anche un differente atteggiamento del potere legislativo, sovente di diffidenza nei confronti della giurisprudenza e di indifferenza nei confronti della dottrina.

L'impermeabilità del legislatore agli storici formanti del diritto, del resto, ha prodotto sovente definizioni normative superflue, ridondanti, prive di reali criteri di disciplina, ovvero dotate di parziale efficacia applicativa.

---

<sup>483</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

Così, in un contesto ordinamentale nel quale l'ossequio al principio di legalità induce il legislatore a regolare normativamente i casi di concorso apparente di norme, nel tentativo di obliterare, per quanto possibile, l'area che altrove è affidata all'attività ermeneutica, non è possibile affidare la risoluzione dei problemi di qualificazione multipla soltanto al criterio logico della specialità. L'alluvionale produzione normativa, in materia penale, con norme dal taglio esasperatamente casistico, sovente dettate dall'ultima emergenza, e comunque caratterizzata da molteplici casi di convergenza normativa, non consente, realisticamente, di affidare all'interprete il solo criterio della specialità, in un ordinamento ormai caratterizzato, nel solco delle tendenze internazionali, dall'assunzione da parte del diritto penale di una funzione simbolico-espressiva, in grado di determinare una proliferazione artificiosa delle fattispecie incriminatrici.

In tale direzione, peraltro, va evidenziato che la scelta di sganciare l'operatività del principio di specialità dall'ambito della "stessa materia", accolta sia dal progetto Grosso che dal progetto Nordio, va salutata con favore. È noto, infatti, che tale dizione normativa rappresenta il fondamento dell'orientamento giurisprudenziale che restringe l'operatività del criterio di specialità dettato dall'art. 15 c.p. alle sole norme con identico oggetto giuridico, introducendo un limite esegetico che, oltre a non rinvenire un fondamento neppure nei lavori preparatori del codice Rocco, ed anzi a trovare smentita nella Relazione del Guardasigilli, appare altresì irragionevole e suscettibile di arbitraria applicazione.

Dunque, l'asfitticità dei meri criteri logici di specialità, nonostante l'estensione interpretativa ai casi non soltanto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, ma anche di specialità reciproca tra le norme, non può ritenersi appagante, né tantomeno può esserlo una mera norma di chiusura - come quella contenuta nel progetto Nordio-, che evoca l'e-

sistenza di un principio generale - del *ne bis in idem* sostanziale - senza tuttavia fornire alcun criterio applicativo all'interprete<sup>484</sup>.

Nell'attuale ordinamento, intatti, nonostante la dottrina abbia anche autorevolmente elaborato criteri di valore risolutivi del concorso apparente, in ragione dell'inadeguatezza del solo criterio di specialità, si è assistito al tendenziale disconoscimento giurisprudenziale dei canoni di consunzione e di sussidiarietà intesi come autonomi criteri di risoluzione.

**2.2. L'ipotesi di riforma preferibile: la riorganizzazione della parte speciale** – Orbene, va subito detto che il tema del concorso apparente di norme, pur inquadrato nell'ambito del principio di stretta legalità e nelle funzioni della pena, è strettamente connesso, e condizionato, dalla elaborazione delle concrete fattispecie di parte speciale, in quanto la tecnica di redazione, l'inserimento nei diversi titoli del codice connotati da differenti oggettività giuridiche, la proliferazione, ovvero la contrazione delle ipotesi criminose, rappresentano tutti fattori che incidono direttamente sulla rilevanza operativa della disciplina dettata in tema di rapporto tra pluralità di norme applicabili al medesimo fatto.

Come è stato acutamente osservato, infatti, il problema delle definizioni giuridiche di parte speciale, oltre ad avere una dimensione tecnica, possiede una pregnante dimensione istituzionale, in grado di illuminare il profilo dei rapporti (a volte contingenti) tra i poteri dello Stato<sup>485</sup>.

È chiaro, infatti, che se il legislatore affida all'interprete soltanto criteri logici di specialità per l'individuazione della o delle norme penali applicabili, intende limitare l'attività ermeneutica dello stesso, riservando al monopolio legislativo le scelte di astratta criminalizzazione; laddove invece

---

<sup>484</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

<sup>485</sup> G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 39 ss.

vengano cristallizzati normativamente dei criteri di valore, l'intento può essere quello di fornire all'interprete strumenti maggiormente duttili per la valutazione delle concrete scelte di criminalizzazione.

Il problema, peraltro, va inserito in un più ampio contesto di riflessione, che tenga anche conto della concreta 'tenuta' di un sistema penale nel quale la 'bulimia' legislativa, assecondando un'artificiale proliferazione di fattispecie penali, induce una esasperata criminalizzazione, sovente successivamente smentita dal fenomeno di 'anoressia' sanzionatoria, che incrementa la perdita di credibilità dell'edificio penale post-moderno<sup>486</sup>; senza considerare, poi, che la pacifica insufficienza (almeno nell'attuale sistema normativo) dei soli criteri logici di specialità può rivelarsi, talvolta, più che un limite all'interprete, uno stimolo per percorrere opzioni ermeneutiche maggiormente rispondenti ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, sebbene talvolta non consentite dal tenore strettamente letterale delle norme<sup>487</sup>.

Le esigenze di garanzia e di certezza del diritto, soprattutto nell'ottica del principio di uguaglianza, dovrebbero infatti essere sempre salvaguardate, al fine di evitare disorientamenti applicativi, che pure sono sempre suscettibili di manifestarsi allorquando sia possibile insinuare la trama dell'interpretazione nelle maglie larghe di una normativa insufficientemente determinata.

In quest'ottica, è possibile affermare che risulta indispensabile, anche per risolvere il problema del concorso apparente di norme, una ricodificazione razionale della parte speciale, accompagnata da una riserva costituzionale di codice, diretta ad articolare la tutela penale sugli assi dei beni giuridici.

Ci si rende conto delle difficoltà di un progetto del genere, tra l'altro smentito dalla prassi.

---

<sup>486</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

<sup>487</sup> G. RICCARDI, *op. cit.*

Ma questo dato non scalfisce l'idea della riaffermazione, nella costruzione di un futuro sistema penale, del *modello costituzionale di lotta al delitto*.

Invero, il diritto penale si fonda (e va fondato), essenzialmente, sulla Costituzione. Nel senso che nella Carta fondamentale possono essere rinvenute le linee-guida a sostegno delle incriminazioni di parte speciale.

Così impostato il ragionamento, appare indiscutibilmente chiaro che la criminalizzazione di una condotta nasce sulla scorta di valutazioni di natura ideologica, ispirate dalla necessità di proteggere situazioni di valore offendibili e in quanto tali tutelabili<sup>488</sup>.

Delineare l'“ossatura costituzionale” del diritto penale appare così indispensabile per evitare che esso, da male necessario, degeneri fino al punto da essere null'altro che un male.

Conseguentemente, *de iure condendo*, deve essere delineato un sistema di incriminazioni selezionate quali forme di offesa a beni giuridici il cui riconoscimento costituzionale (anche implicito) rende significativa la sua lesione e giustificata, quindi, l'inflizione della sanzione penale (nel quadro dei suoi scopi), sempre che sussistano gli ulteriori presupposti della legittimazione di un intervento punitivo (materialità, *extrema ratio*, colpevolezza ecc.).

Va pertanto percorsa la strada di un solido ancoraggio della normativa penale alle indicazioni emergenti dal complesso delle disposizioni che compongono la Carta fondamentale.

e è vero che la Costituzione italiana rappresenta la chiara concretizzazione di un orientamento figlio del felice connubio tra componenti liberali e solidaristiche, è del pari indubitabile che proprio in essa vadano rinvenuti i parametri di riferimento irrinunciabili per fondare le

---

<sup>488</sup> C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 13; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*.

scelte di politica criminale, la cui correttezza va valutata alla luce dei principi che sono stati trasfusi dall'assemblea costituente nelle norme costituzionali e che, componendo una fonte sovraordinata di tipo rigido, vincolano il legislatore ad effettuare scelte non eccentriche rispetto agli stessi<sup>489</sup>.

In altre parole, proprio la connotazione personalistico solidaristica impressa al nostro ordinamento dalla *Grundnorm*, così come concepita e formulata dall'assemblea costituente, impone future scelte di carattere normativo che concilino le esigenze di difesa sociale e la sicurezza del singolo, dando vita ad un sistema di reati razionale, comprensibile e coerente con gli scopi del sistema penale.

Così delineato il volto di un possibile futuro sistema penale, non si può omettere di rammentare l'influenza dispiegata sulla costruzione di illeciti penale nei termini dinanzi riferiti dalla individuazione della funzione della pena, dal momento che proprio il modo di concepire la pena<sup>490</sup> condiziona la determinazione dei connotati essenziali del reato.

La codificazione articolata sugli assi portanti del modello costituzionale di lotta al delitto, dove il numero delle fattispecie incriminatrici, da inserire solo nel codice penale (con divieto costituzionale di penalizzazione tramite leggi complementari), è drasticamente ridotto, e dove sono rispettati i principi di necessaria lesività nei confronti di beni giuridici offendibili e quindi tutelabili, nonché di determinatezza tassatività

---

<sup>489</sup> V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit.

<sup>490</sup> Nel nostro sistema, come già visto (S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit.), la Costituzione impone un modello di prevenzione integrazione. Così, la pena, in chiave di prevenzione generale positiva, dovrebbe consistere in un compito criminalpedagogico, funzionale all'aggregazione del consenso dei consociati intorno ai contenuti precettivi delle norme penali e, dunque, rinsaldando la loro fiducia nei confronti dell'ordinamento. Per quel che attiene alla prevenzione speciale, inoltre, la connotazione positiva si estrinsecerebbe nel presentare la pena come offerta di recupero sociale, tesa a favorire la risocializzazione del condannato, in virtù di quel legame che vincola il reo alla società<sup>38</sup> e che non può essere inteso unicamente nel senso di obbligare il primo a pagare il proprio debito nei confronti della seconda, ma anche nell'altro, strettamente correlato, di rendere responsabile la comunità dei consociati – per l'evidenziata impronta personalistico-solidaristica della sua Carta fondamentale – in vista della reintegrazione nel proprio contesto di chi ha delinquito.

della norma penale, verrebbe senza dubbio a facilitare i meccanismi di risoluzione del concorso apparente di norme.

In un sistema del genere, sarebbe possibile assicurare tramite i criteri strutturali, coniugati con opportune clausole di riserva determinate, che la *valutazione e la repressione dei fatti suscettibili di qualificazione giuridica multipla avvenga nel rispetto della fondamentale istanza di legalità*, atteso che le garanzie della tipicità e della determinatezza non verrebbero vanificate a causa delle eccessive opzioni disponibili in ordine alla qualificazione giuridica del fatto che potrebbero portare ad optare per parametri valoriali.

Solo laddove (ma si tratterebbe di casi estremi) dopo il fondamentale confronto morfologico tra gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici, consentaneo ad esigenze di stretta legalità, si dovesse pervenire ad esiti incompatibili con gli scopi (di prevenzione/integrazione) perseguiti da un sistema penale ragionevole e teleologicamente orientato, potrebbe seguire, tramite una clausola generale simile quella del Progetto Pisapia o a quelle non accettata del Progetto Nordio<sup>491</sup>, l'applicazione di un criterio di valore, che valorizza il momento dell'offesa complessiva al bene giuridico.

Questa variante valutativa, da applicare in seconda battuta, dovrebbe tuttavia essere utilizzata unicamente in casi estremi, dove venga registrata patologicamente una sproporzione tra pena, disvalore del fatto e scopi del sistema complessivo di giustizia penale.

Tale impostazione, come visto (nel paragrafo 3.5. del capitolo II), appare coerente con un approccio che riesca a coniugare le contrapposte esigenze di ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio

---

<sup>491</sup> “Al di fuori dei casi di specialità, non si applicano le norme penali che prevedono una condotta il cui significato offensivo è parte costitutiva di quello descritto da altra norma che preveda una pena più grave”.

all'offesa cagionata, da un lato, e di legalità (determinatezza/tassatività), dall'altro.

Sempre in un'ottica di riforma della parte speciale, sarebbe poi possibile seguire un'opzione legalistica costituente uno sviluppo della attuale tecnica delle "clausole di riserva", ipotizzando che il legislatore possa individuare *a priori*, in relazione ad alcuni "quadri di vita" ricorrenti, le norme non applicabili cumulativamente, esprimendo tale giudizio di "non applicabilità congiunta" attraverso esplicite indicazioni testuali<sup>492</sup>. L'analisi dei menzionati "quadri di vita" dovrebbe condurre, in altre parole, alla individuazione di alcuni macro-tipi penali, per i quali il giudizio di rilevanza dovrebbe essere effettuato con un "numero chiuso" di norme incriminatrici, indicate dallo stesso legislatore<sup>493</sup>.

Questo sforzo destinato alla individuazione dei macro-tipi potrebbe risultare di grande utilità anche al fine di evitare il ricorso a quel criterio della "specialità tra leggi" cui si è fatto cenno in precedenza, cioè al criterio che vorrebbe prevalente una determinata norma solo perché contemplata all'interno di un complesso legislativo speciale.

**2.3. (segue)...l'opzione più verosimile: la riforma del concorso apparente di norme tramite una disposizione di parte generale** – Come già detto, l'auspicio di una organizzazione razionale, ordinata e sistematica della parte speciale attorno ad afferrabili beni giuridici tende ad apparire oggi un sogno tristemente lontano dalla realtà, ma rimane il fatto che i disorientamenti registrati in tema di concorso apparente di norme finiscono per alterare l'armonia del sistema penale.

Permane quindi la necessità che il legislatore offra un quadro realistico dei nessi sistematici e delle sinergie funzionali - anche dovute alla mera prassi - tra i vari istituti collegati.

---

<sup>492</sup> M. PAPA, *op. cit.*, 264.

<sup>493</sup> M. PAPA, *op. cit.*, 264.



In tale fase, un momento fondamentale è costituito da una ricognizione, anche empirica, delle prassi applicative e dei modelli teorici elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Una volta ricostruito il quadro realistico, occorre poi verificare i limiti di accettabilità politico-costituzionale della soluzione in ordine alla elaborazione delle regole operanti in materia di concorso apparente di norme. Ed ancora, occorre verificare la compatibilità di tale sistema con i principi fondamentali in materia penale, soprattutto: tipicità-determinatezza e funzioni della pena.

Ora, si è visto che in ragione degli strettissimi nessi sistematici con i principi generali del diritto penale, l'istituto del concorso apparente di norme - a dispetto della sua fama di purezza teorica - si trova oggi pienamente coinvolto dai moti di trasformazione che investono i sistemi penali.

In tale contesto, può essere utile rimarcare le due funzioni di fondo dell'istituto: da un lato, quella diretta a garantire il *ne bis in idem* e gli scopi preventivi positivi della pena, dall'altro, quella volta ad assicurare che la valutazione dei quadri storici complessi avvenga nel rispetto della fondamentale istanza di legalità.

L'individuazione di un corretto rapporto tra tali funzioni costituisce il vero punto critico di ogni nuova regolamentazione dell'istituto, attesa la parziale eterogeneità tra tali funzioni.

Difficile è soprattutto fissare tale equilibrio in una definizione legislativa che orienti la disciplina dell'istituto: i criteri suggeriti dalla dogmatica e quelli ispirati da istanze equitative potrebbero infatti anche non coincidere.

Per questa ragione, sarebbe possibile positivizzare in una clausola di parte generale (anche tenuto conto delle indicazioni scaturenti dal Progetto Pisapia) la soluzione proposta in precedenza (nel paragrafo 3.5. del capitolo

II), bilanciando le contrapposte esigenze di ragionevolezza/proporzione del trattamento sanzionatorio all'offesa cagionata, da un lato, e di legalità (determinatezza/tassatività), dall'altro, in ossequio agli scopi di prevenzione/integrazione del sistema penale.

Così, *de iure condendo*, privilegiando in prima battuta l'istanza di legalità, si dovrebbe imporre all'interprete un primo confronto strutturale tra le fattispecie incriminatrici (esaltando così la portata garantista del *Tatbestand*). Qualora a seguito di tale valutazione si pervenga ad esiti incompatibili con il *ne bis in idem* sostanziale, si aprirebbe la strada ai paradigmi valoriali che mettono in risalto il contenuto di offensività del *Tatbestand* stesso.

Conseguentemente, quando (e solo quando) si dovesse avvertire che l'applicazione congiunta di due fattispecie incriminatrici conduce a computare due volte un medesimo dato di fatto come elemento ora dell'una ora dell'altra fattispecie, con palese mortificazione del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio a sua volta strumentale ad una corretta implementazione delle *funzioni di prevenzione/integrazione* (nonchè del *ne bis in idem* sostanziale), risulterebbe necessario applicare legalmente criteri di valore tali da riaffermare le istanze di garanzia sottese alla necessaria corrispondenza tra pena e disvalore complessivo del fatto di reato.

Deve infatti essere ribadito che l'eccessiva ampiezza dei criteri valoriali, ove sganciati da valutazioni logico-formali, porterebbe ad una *sensibile alterazione degli equilibri* tra i vari settori della parte speciale, determinando un "reale" assetto della tutela, assai diverso da quello percepibile *prima facie*.

In definitiva, criteri strutturali e valoriali dovrebbero essere letti in chiave di complementarietà teleologica.

**2.4. Il concorso apparente di norme come problema da risolvere al di fuori della legge penale: critica** – Ci si è anche chiesti<sup>494</sup> se non sia comunque più opportuno, sulla scorta dei dati di diritto comparato, dislocare interamente il problema del concorso apparente di norme in una sede sistematica diversa dalla disciplina della legge penale e del reato: ad esempio, nella fase di commisurazione della pena.

Come anche testimoniato dall'esperienza statunitense, ove gli analitici criteri di *grouping* guidano, nel *sentencing*, la dosimetria sanzionatoria per le *multiple offenses*, la sede della commisurazione pare essere quella più indicata.

Da un lato, infatti, essa sarebbe istituzionalmente destinata all'individuazione della pena congrua in relazione alle finalità ritenute prioritarie dall'ordinamento penale; dall'altro, è quella ove la discrezionalità, insita negli inevitabili giudizi di valore alla cui stregua effettuare gli assorbimenti, risulta maggiormente tollerabile.

Ed ancora, ci si è chiesti se i problemi di fondo del concorso apparente di norme potessero essere risolti tramite forme discrezionali di esercizio dell'azione penale (con buona pace del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*) o tramite riti processuali alternativi ispirati ai modelli di giustizia contrattata.

Tali proposte, appaiono incompatibili con il sistema complessivo di giustizia penale delineato dalla Carta repubblicana, in quanto confinano sul piano della concretizzazione giudiziale e dell'esecuzione scelte che devono essere assunte dal legislatore e questioni che, in un *sistema a legalità formale*, devono risultare risolvibili sul piano della tipicità.

Invero, così come è al legislatore che l'art. 25 comma 2 Cost. riserva espressamente il compito di selezionare le fattispecie meritevoli d'assumere rilievo penale, in ragione del loro disvalore, nonché di

---

<sup>494</sup> M. PAPA, *op. cit.*, 265.

“quantificare” e precisare detto rilievo penale, attraverso la formulazione di figure astratte tipiche e la determinazione della relativa cornice sanzionatoria; sempre e solo al legislatore compete chiarire come debbano essere risolte eventuali “convergenze” di fatti tipici su di una medesima vicenda concreta.

Solo in questo modo sarà atualizzata la realizzazione dei compiti di orientamento culturale e di ‘motivabilità secondo norme’.

## BIBLIOGRAFIA

- E.M. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Bologna, 2010, 335 ss.
- E.M. AMBROSETTI- E. MEZZETTI- M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009.
- F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.* 1942, II, 609 ss.
- F. ANTOLISEI, *Sul concorso pparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1948, 1 ss.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, 2003.
- A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 2<sup>ND</sup> ed., London, 1995, 202 ss.
- G. AZZALI, *Concorso di reati e concorso apparente di norme in tema di frode nel commercio del vino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1966, 1384 ss.
- G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003.
- E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.
- F. BELLAGAMBA, *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 959 ss.
- C. BELLORA, << *Ne bis in idem* >> e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 1635 ss.
- R. BLAIOTTA, *I reati commessi con le carte di pagamento nel sistema penale*, in *Crit. dir.* 1996, 198 ss.
- A. BONDI- A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *I Reati contro la P.A.*, Torino, 2008.
- R. 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.

- R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011.
- D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004.
- D. BRUNELLI, *Unità comportamentale, unità o pluralità di reati: alcune proposizioni*, in *St. Iuris*, 2002, 891 ss.
- D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007.
- D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011.
- S. CANESTRARI- L. CORNACCHIA- G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- R. CAPPITELLI, *Un'ipotesi di concorso apparente di norme concernente reati militari*, in *Cass. pen.* 2007, 3319 ss.
- I. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. circolaz. trasp.* 1964, 1 ss.
- P. CAPELLO, *Il concorso di reati e di norme*, Torino, 2005.
- A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- F. CINGARI, *Nota a Cass., Sez.un., 20.12.2005, n. 47164*, in *Cass. pen.* 2006, 861.
- P. 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.
- G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987.
- L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. d. I.*, vol. III, Torino, 1958, 1007 ss.
- G. CONZ, *Il concorso dei reati ex artt. 73 e 74 c.p.: problemi applicativi e criteri di formazione del cumulo delle sanzioni, nel rispetto dei limiti degli aumenti delle pene principali*, in *Cass. pen.*, 2006, 466.

- M. DALLA CASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.* 1984, 29 ss.
- A. D'AMBROSIO, *Sul concorso formale della violenza sessuale con i maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Cass. pen.* 2002, 2789 ss.
- D. D'AURIA, *Omicidio colposo aggravato e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 714 ss.
- G. DE AMICIS, *Sulla configurabilità del concorso tra i delitti di concussione e violenza sessuale con abuso di autorità*, in *Cass. pen.* 2001, 1226 ss.
- G.A. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980;
- G.A. DE FRANCESCO, voce *Specialità (Principio di)*, in *Nss. d. I., Appendice*, vol. VII, Torino, 1987, 487 ss.
- G.A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig.disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, 416 ss.
- G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1934, 104 ss.
- P. DELL'ANNO, *Frode fiscale, false comunicazioni sociali e truffa: concorso di reati o concorso apparente di norme?*, in *Cass. pen.* 2001, 3176 ss.
- L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- A. DI MARTINO, *Dalla <<campana senza battaglia>> al concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 995 ss.
- D. DEL ROSSO, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1976, 623 ss.
- G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.* 1960, 187 ss.

- G. DE VERO, *Corso di diritto penale, I*, Torino, 2004.
- E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *I « principi generali » dell'illecito amministrativo nel disegno di legge « Modifiche al sistema penale »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1980, 1154 ss.
- E. DOLCINI - C.E. PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, 1134 ss.
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- E. DOLCINI, in *Commentario delle « Modifiche al sistema penale »*, Milano, 1982, 11 ss.
- S. FAIELLA, *Offesa e sanzione nel cd. riciclaggio di carte di credito*, in *Cass. pen.*, 2002, 119.
- G.L. FANULI - A. LAURINO, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. I, Milano, 2010, 609 ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria dl garantismo penale*, Bari, 1995, 395 ss.
- A. FERRARO, *Sul concorso apparente di norme*, in *Cass. pen.* 1983, 624 ss.
- A. FERRARO, *Frodi <<comunitarie>>: specialità o sussidiarietà*, in *Foro it.*, 1996, II, 273.
- G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2011.
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2011.
- C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2009.
- L. FORNARI, voce *Prostituzione*, in PALAZZO e PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1516.



- G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 39 ss.
- R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999.
- F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, 414 ss.
- G. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323 ss.
- A. GUERRINI, *L'art. 68 c.p. e la disciplina del concorso apparente di norme*, in *Studi senesi* 1986, 365 ss.
- JESCHECK, 666 e STREE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, pre § 52, n. 110.
- M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 211 ss.
- W. LA FAVE-A. SCOTT, *Substantive Criminal Law*, I e II, St. Paul Minn., 1986.
- A. LANZI-P. ALDROVANDI, *L'illecito tributario*, Padova 2005.
- A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011,
- E. LA ROSA, *La Cassazione interviene sui rapporti tra corruzione e comparaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1434 ss.
- E. LA ROSA, *L'omicidio aggravato dalla violenza sessuale di gruppo: tensioni repressive ed esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1235 ss.
- G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, 940 ss.
- G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974.
- G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 1236 ss.

N. MADIA, *La Suprema Corte di cassazione alle prese con specialità, sussidiarietà e clausole di riserva*, in *Cass.pen.* 2005, 1268 ss.

A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in Grosso-Padovani-Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010.

V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007.

V. MAIELLO, *'Riserva di codice' e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di Stile, Napoli, 2003, 157 ss.

V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, 97 ss.

V. MAIELLO, *Custodia* (II. Violazione della custodia delle cose sequestrate o pignorate), in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1614 ss.

F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011.

V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Pisapia, vol. II, 5<sup>a</sup>, Torino, 1981.

D. MANZIONE, *Rapporti tra codice penale e leggi speciali in tema di detenzione abusiva di armi da sparo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1980, 363 ss.

G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, 1190 ss.

G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009.

G. MARRA, *Revirement della Cassazione sui rapporti tra ricettazione e detenzione al fine della vendita di prodotti con marchio contraffatto*, in *Cass. pen.*, 1999, 1129 ss.

L. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, Milano, 2006, 1162 ss.

M. MCKAY, *Double Jeopardy: Are the Pieces the Puzzle?*, in 23 *Washburn L.J.*, 1983, 1 ss.

S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.

F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006.

A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954.

E. MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981, 802 ss.

E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2002.

M. MUSCO, *L'« abolitio criminis » dell'omessa presentazione della dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 comma 1 l. n. 516 del 1982: la svolta delle Sezioni unite in tema di successione di leggi penali*, in *Cass. pen.* 2001, 2054 ss.

V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

A. NATALINI, *Rifiuti, la gestione e il traffico illecito. Gli elementi costitutivi del reato e le ipotesi di concorso*, in *Dir. e giust.* 2004, n. 35, 31 ss.

Ani. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010.

P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato come mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, (1980), in *ID.*, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 171 ss.

G. NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1963, 873 ss.

T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 798 ss.

T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008.

T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Milano, 1973.

T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983.

A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 545 ss.

A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1961, 660 ss.

A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.* 1976, 217 ss.

A. PAGLIARO, *Nuovo processo penale e pluralità dei fatti di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 473 ss.

A. PAGLIARO, *Il reato*, in PADOVANI, GROSSO e PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 450 ss.

A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011.

F.C. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005

C.E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima « codificazione » del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Politica del diritto* 1983, 117 ss.

C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

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

C. PECORELLA, *Il nuovo diritto penale delle <<carte di pagamento>>*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1993, 280 ss.

- C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Milano, 1980, 179 ss.
- M. 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.
- M. PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, 154 ss.
- G. PERDONO', *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 325 ss.
- C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e di norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 772 ss.
- J. PRADEL, *Le nouveau code pénal*, Paris, 1994, 190 ss.
- S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.
- S. PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984, 478 ss.
- D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de F. Morales Prats y J.M. Prats Canut). 3ª ed. revisada y puesta al día. Pamplona, 2002.
- S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, in *Scuola pos.* 1960, 309 ss.
- G. RICCARDI, *Le proposte di riforma in tema di concorso di reati e di norme*, in C. FIORE- S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma per il codice penale?*, Napoli, 2010, 311 ss.
- B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 179 ss.
- M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

- M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006.
- C. ROXIN, *Und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 50 ss.
- C. ROXIN, *Strafrecht, A.T., Aufl. III, B.1, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag, München, 1997.
- SAMSON, SK, PRE § 52, N. 57.
- A. SCARCELLA, *Getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. pen.*, 2009, 927 ss.
- A. SCARCELLA, *Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss.
- F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006.
- M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.
- M. SINISCALCO, *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689*, in *Leg. pen.* 1982, 227 ss.
- A. SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Napoli, 1937.
- G. STEA, *Ricettazione e commercio di opere d'autore illecitamente riprodotte. La consumazione nel conflitto apparente di norme in relazione strumentale*, in *Riv. pen.* 2007, 532 ss.
- G. STEFANI-C. LEVASSEUR-B. BOULOC, *Droit pénal general*, Paris, 2002, 461 ss.

- E. 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.
- G. THOMAS, *Sentencing Problems Under the Multiple Punishment Doctrine*, in 31 Villanova L.R., 1986, 1351 ss.
- A. TRAVERSI, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra reati di frode fiscale e truffa aggravata*, in *Corr. trib.*, 2011, 577 ss.
- V. VALENTINI, *Le Sezioni unite consacrano la primazia dell'art. 316-ter c.p.: un epilogo consapevole?*, in *Cass. pen.* 2007, 4536 ss.
- A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato, Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. II, diretto da Palazzo e Paliero, Torino, 2011, 260 ss.
- A. VALLINI, *Commento a Cass., Sez. Un. 28.10.2010, n. 1963*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 848 ss.
- G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 505 ss.
- G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1150 ss.
- S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983.
- S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 2009.
- T. VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, Bockelmann-FS, 1979, 721 ss.
- F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlin, 1905, 80 ss.

WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, 1980, 211 ss.

V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Bologna, 1996.