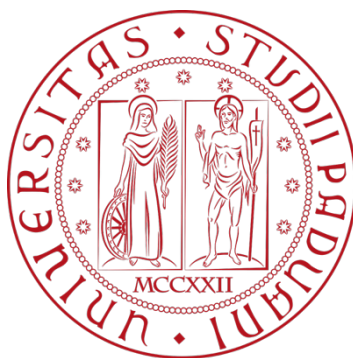




Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale
e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza

a.a. 2025/2026

IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM
SOSTANZIALE TRA CONCORSO
APPARENTE DI NORME E DOPPIO
BINARIO SANZIONATORIO

Relatore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureanda: Angelica Poles

Mat. n. 2046909

*A chi non ha ereditato possibilità, ma ha costruito
capacità.*

*A chi, pur partendo con meno, ha saputo
conquistare di più.*

*A chi ha avuto nella propria mente il privilegio più
grande.*

*A chi è consapevole di quanto vale e non ha
permesso al giudizio altrui di definirlo.*

*A chi ha dovuto sacrificare tutto per raggiungere
l'eccellenza.*

Indice

INTRODUZIONE	1
1.	5
L'ILLECITO PENALE E AMMINISTRATIVO: CRITERI DISTINTIVI ED EVOLUZIONE DEL SISTEMA SANZIONATORIO.....	5
1.1 IL DIBATTITO DOTTRINALE NELL'EVOLUZIONE DELLA DISTINZIONE TRA ILLECITO PENALE E AMMINISTRATIVO	5
1.2 LE TEORIE ONTOLOGICHE: GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA AMMINISTRATIVISTICA E PENALISTICA. ABBANDONO DEI CRITERI SOSTANZIALI E RIPRESA DEGLI STESSI IN CHIAVE DI POLITICA CRIMINALE	7
1.3 LE TEORIE TELEOLOGICHE E L'INSUFFICIENZA DEL CRITERIO DELLA FINALITÀ DELLA SANZIONE	11
1.4 L'INSUFFICIENZA DELLE TEORIE QUALITATIVE E L'EMERSIONE DELLE TESI FORMALISTICHE E QUANTITATIVE. SGUARDO AGLI ORIENTAMENTI "QUALITATIVO-QUANTITATIVI" TEDESCHI	12
1.5 LA LEGGE N. 689 DEL 1981 E L'INTRODUZIONE DI UN SISTEMA "PARA-PENALE" DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO	16
1.6 IL FENOMENO DELLA DEPENALIZZAZIONE: IMPLICAZIONI ED EFFETTI	19
1.7 LA NASCITA DEL "DIRITTO PUNITIVO" E IL SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE SOSTANZIALE TRA ILLECITO PENALE E ILLECITO AMMINISTRATIVO A SEGUITO DELLA LEGGE N. 689 DEL 1981 ...	23
1.8 LA NOZIONE EUROPEA DI " <i>MATIÈRE PÉNALE</i> ", GLI <i>ENGEL CRITERIA</i> E IL CONFRONTO CON IL DIRITTO PUNITIVO ITALIANO	28
1.9 LE SANZIONI PECUNiarIE CIVILI DEL D.LGS. N. 7 DEL 2016 TRA III BINARIO SANZIONATORIO E <i>NE BIS IN IDEM</i> SOSTANZIALE INFRA-SISTEMATICO	38
2.	49
CONCORSO APPARENTE.....	49
2.1 LA CONFIGURABILITÀ DEL CONCORSO APPARENTE TRA ILLECITO PENALE E ILLECITO AMMINISTRATIVO: DAL CONCORSO REALE ALLA DISCIPLINA DELL'ART. 9 L. N. 689/1981	49
2.2 IL CONCORSO DI REATI E IL CONCORSO APPARENTE DI NORME: UN INQUADRAMENTO PRELIMINARE	51
2.3 LE PRINCIPALI FORME DI CONCORSO DI REATI: UN INQUADRAMENTO PRELIMINARE DEL CONCORSO FORMALE, DEL CONCORSO MATERIALE, DEL REATO COMPLESSO E DELLA CONTINUAZIONE	61
2.4 LE PRINCIPALI PROSPETTIVE DI INDAGINE PROPOSTE DALLA DOTTRINA: TRA TEORIA, PRASSI E COLLOCAZIONE SISTEMATICA	68
2.5 LE TEORIE VALORIALI	74

2.5.1 <i>Le prospettive valoriali nella risoluzione del concorso apparente</i>	75
2.5.1.1 Il bene giuridico e il requisito della “stessa materia”	77
2.5.1.2 La sussidiarietà in senso stretto	79
2.5.1.3 La sussidiarietà in senso lato	83
2.5.1.4 Il criterio di consunzione	84
2.5.2 <i>Il fondamento valoriale dell’assorbimento e il disvalore del fatto</i>	86
2.5.2.1 Il Typus e la valutazione del disvalore nella fattispecie concreta	86
2.5.2.2 La concezione valoriale di Frosali e Moro: accentramento degli interessi e primato di funzione	90
2.5.2.3 Assorbimento, commisurazione della pena e integrale valutazione del fatto	93
2.5.3 <i>Dalla pluralità degli accadimenti naturalistici all’unità normativa del fatto</i>	94
2.5.3.1 L’assorbimento in presenza di una pluralità di fatti materiali	95
2.5.3.2 La teoria dell’Aussenzone e le sottofattispecie orizzontali	95
2.5.3.3 Antefatto, postfatto non punibile e progressione criminosa	97
2.5.3.4 L’identità normativa del fatto e l’unità del contesto criminoso	98
2.5.4 <i>La base legale delle teorie valoriali e il carattere generale dei relativi principi</i>	99
2.6 <i>LE TEORIE NATURALISTICHE</i>	112
2.6.1 <i>La “specialità in concreto” tra estensione dell’art. 15 c.p. e “specialità bilaterale”</i>	113
2.6.2 <i>La specialità valoriale in concreto</i>	117
2.6.3 <i>La specialità del fatto concreto</i>	118
2.6.4 <i>La specialità bilaterale in concreto</i>	119
2.6.5 <i>La specialità autenticamente in concreto</i>	125
2.7 <i>TEORIE STRUTTURALI</i>	127
2.7.1 <i>La teoria della “convergenza normativa” di Ferrando Mantovani</i>	130
2.7.1.1 La specialità bilaterale: nucleo comune, elementi propri di ciascuna fattispecie, assenza di piena relazione genus-species e conseguente estensione del concorso apparente oltre la specialità unilaterale	131
2.7.1.2 I criteri strutturali della specialità e l’ampliamento dell’art. 15 c.p.: “stessa materia”; specialità tra fattispecie; specialità tra leggi; specialità tra disposizioni	134
2.7.1.3 La specialità per specificazione e per aggiunta: limiti e critiche	136
2.7.1.4 La specialità tra leggi e la prevalenza della legge speciale	138
2.7.1.5 I limiti della convergenza normativa: la necessaria relazione strutturale tra fattispecie	140
2.7.1.6 La specialità tra leggi e il rapporto con la clausola di riserva	140
2.7.1.7 La clausola di riserva come criterio di prevalenza nella specialità bilaterale	142
2.7.1.8 La prevalenza nella specialità bilaterale tra specializzazione e gravità della sanzione	143
2.7.1.9 Le clausole di riserva come espressione della convergenza normativa	144
2.7.1.10 Il reato complesso quale conferma della convergenza normativa, il reato eventualmente complesso e l’estensione dell’assorbimento	148
2.7.1.11 La progressione criminosa tra convergenza normativa e connessione fattuale	152

2.7.1.12 Antefatto e postfatto non punibili: la distinzione tra rapporto tra fatti e rapporto tra norme	154
2.7.1.13 La convergenza normativa quale fondamento generale del concorso apparente	156
2.7.1.14 Le critiche alla specialità reciproca e all'estensione dell'art. 15 c.p.	159
2.7.2 La teoria della "specialità bilaterale" di Giovannangelo De Francesco.....	161
2.7.2.1 La "stessa materia" come perimetro normativo del concorso apparente	163
2.7.2.2 L'interferenza e l'eterogeneità delle fattispecie: la diversa materia e il rilievo della condotta nel concorso di reati	168
2.7.2.3 La ricostruzione di De Francesco del reato complesso e l'emersione dei limiti strutturali dell'assorbimento	171
2.7.2.4 Il reato progressivo e la progressione criminosa nei limiti della specialità bilaterale	173
2.7.2.5 L'art. 68 c.p. tra interferenza strutturale e assorbimento delle pene	174
2.7.2.6 L'individuazione della norma prevalente nelle ipotesi di specialità reciproca	176
2.7.2.7 Le clausole di riserva tra specialità bilaterale, interferenza ed eterogeneità strutturale.....	180
2.7.3 La ricostruzione complessiva delle teorie sul concorso apparente	183
2.7.3.1 La componente valoriale della specialità in concreto.....	184
2.7.3.2 Il fondamento normativo della specialità reciproca nelle teorie strutturali.....	185
2.7.3.3 La plausibilità giuridica delle diverse teorie e i rispettivi profili di divergenza	186
2.7.3.4 La specialità autenticamente in concreto e il legame di stretta strumentalità.....	191
2.7.3.5 La ridefinizione ermeneutica della tipicità tra confronto strutturale e criteri valoriali.....	194
2.7.3.6 Sussidiarietà e consunzione in concreto: dimensione tipologica e perimetro funzionale della fattispecie	195
3.	199
IL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE: FONDAMENTO, CONTENUTO E RAPPORTI CON LA GARANZIA PROCESSUALE	199
3.1 IL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE QUALE PRINCIPIO GENERALE DEL DIRITTO	199
3.2 IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE INESPRESSO E LA PRECETTIVITÀ DEL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE.....	206
3.3 RAPPORTO TRA NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE E PROCESSUALE.....	213
3.3.1 Diversità di fondamento e funzione.....	213
3.4 IL NE BIS IN IDEM CONVENZIONALE ED EUROPEO E L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLE CORTI.....	223
3.4.1 Dall'idem legale all'idem factum: la svolta di Zolotukhin e Grande Stevens.....	224
3.4.2 A e B c. Norvegia e la "sufficiently close connection in substance and time"	230
3.4.3 La Corte di giustizia e la progressiva relativizzazione del divieto	236
3.5 DALLA GARANZIA PROCESSUALE ALLA QUESTIONE SOSTANZIALE DELLA DOPPIA PUNIZIONE ..	243
4.	247

IL NE BIS IN IDEM INTERNO, CONVENZIONALE ED EUROUNITARIO NEL SISTEMA DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO	247
4.1 IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ SANZIONATORIA	247
<i>4.1.1 L'emersione della proporzionalità sanzionatoria e il suo fondamento costituzionale ed eurounitario</i>	<i>247</i>
<i>4.1.2 La proporzionalità della risposta punitiva complessiva nei sistemi a doppio binario</i>	<i>252</i>
<i>4.1.3 Proporzionalità sanzionatoria e rafforzamento del ne bis in idem sostanziale</i>	<i>253</i>
<i>4.1.4 Proporzionalità e ne bis in idem sostanziale: modelli ricostruttivi e rilievi critici</i>	<i>256</i>
<i>4.1.5 I limiti della correzione sanzionatoria: proporzionalità, commisurazione e legalità</i>	<i>260</i>
<i>4.1.6 La razionalizzazione strutturale del doppio binario sanzionatorio</i>	<i>265</i>
4.2 IL DOPPIO BINARIO TRIBUTARIO PRIMA DELLA RIFORMA	268
<i>4.2.1 Il modello originario del d.lgs. n. 74/2000: specialità e doppio binario alternativo</i>	<i>269</i>
<i>4.2.2 La natura punitiva della sanzione tributaria e l'identità del fatto</i>	<i>275</i>
<i>4.2.3 Il doppio binario tributario davanti alle Corti: Menci, Corte costituzionale e criticità del sistema anteriforma</i>	<i>278</i>
4.3 LA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO TRIBUTARIO ALLA LUCE DEL NE BIS IN IDEM.....	285
<i>4.3.1 Gli interventi di coordinamento processuale</i>	<i>287</i>
<i>4.3.2 Gli interventi sostanziali e il nuovo meccanismo di compensazione sanzionatoria</i>	<i>295</i>
<i>4.3.3 La posizione dell'ente nel sistema riformato.....</i>	<i>302</i>
CONCLUSIONI.....	307
BIBLIOGRAFIA.....	313
DOTTRINA.....	313
GIURISPRUDENZA	321
NORMATIVA	324
<i>Progetti di riforma e lavori preparatori.....</i>	<i>328</i>

Introduzione

La pluralità degli strumenti attraverso i quali l'ordinamento esercita la propria potestà punitiva pone il problema di individuare i limiti entro i quali uno stesso fatto possa assumere rilevanza ai sensi di più disposizioni sanzionatorie. La presenza di illeciti penali e amministrativi, talvolta rivolti alla tutela di interessi coincidenti o strettamente connessi, rende infatti necessario verificare se alla diversità delle qualificazioni giuridiche corrisponda un'effettiva autonomia dei contenuti offensivi oppure se il loro concorso determini una duplicazione della medesima valutazione punitiva. Si tratta di una questione che investe tanto la costruzione legislativa delle fattispecie quanto la loro interpretazione e applicazione, incidendo direttamente sulle garanzie riconosciute al destinatario delle sanzioni.

Il problema assume particolare rilievo nei sistemi a doppio binario, nei quali alla medesima vicenda possono conseguire un procedimento penale e un procedimento amministrativo, con la possibile applicazione delle rispettive sanzioni. In tali ipotesi, la distinzione formale tra i due settori non è sufficiente a risolvere la questione della legittimità del cumulo. Occorre considerare la natura delle misure, il rapporto tra gli illeciti e le modalità attraverso le quali si sviluppano i diversi accertamenti. La compresenza di più strumenti repressivi richiede quindi di interrogarsi sia sulla giustificazione della pluralità punitiva, sia sull'intensità del trattamento complessivamente imposto al soggetto.

In questo quadro si colloca il principio del *ne bis in idem*, il cui significato non si esaurisce nel divieto di sottoporre nuovamente a giudizio chi sia già stato definitivamente giudicato per il medesimo fatto. Accanto alla dimensione processuale assume rilievo quella sostanziale, che riguarda la possibilità di attribuire più volte il medesimo contenuto di illecito attraverso una pluralità di qualificazioni normative e di conseguenze sanzionatorie. Le due garanzie presentano una comune esigenza di limitazione del potere punitivo, ma pongono problemi differenti, che rendono necessario precisarne il fondamento, l'oggetto e i rispettivi presupposti applicativi.

La presente indagine si propone di approfondire soprattutto la dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, ricostruendone il rapporto con il concorso apparente di norme e con il principio di proporzionalità. La questione centrale consiste nello stabilire attraverso quali criteri possa essere distinta una pluralità di illeciti giustificata dall'autonomia dei rispettivi disvalori da una duplicazione della medesima valutazione normativa. A tale interrogativo si affianca quello relativo alla funzione della proporzionalità: occorre verificare in quale misura il controllo sul trattamento sanzionatorio complessivo contribuisca alla tutela contro la doppia punizione e quale rapporto intercorra tra la prevenzione del cumulo e il successivo contenimento dei suoi effetti.

Per affrontare tali questioni è necessario muovere dalla distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo: il primo capitolo ripercorre quindi il dibattito dottrinale sui criteri distintivi delle due categorie, prendendo in considerazione le teorie ontologiche, teleologiche, formalistiche e quantitative. L'analisi si sofferma sulla legge n. 689 del 1981 e sul fenomeno della depenalizzazione, al fine di ricostruire la formazione di una disciplina generale dell'illecito amministrativo e il rapporto tra questo e il sistema penale. Viene inoltre esaminata la progressiva elaborazione di una più ampia nozione di diritto punitivo, anche alla luce della categoria europea della *matière pénale*. Tale percorso consente di porre le premesse per lo studio delle garanzie applicabili a sanzioni che, pur diversamente qualificate, possono presentare una comune natura punitiva.

Il secondo capitolo è dedicato al concorso apparente di norme, che costituisce il terreno sul quale emerge il problema dell'individuazione delle disposizioni effettivamente applicabili. Dopo un inquadramento del concorso di reati e delle sue principali forme, vengono esaminate le ricostruzioni dottrinali che affrontano la convergenza normativa attraverso criteri valoriali, naturalistici e strutturali. Particolare attenzione è rivolta al principio di specialità e ai criteri di sussidiarietà e consunzione, nonché ai differenti modi di intendere il rapporto tra struttura delle fattispecie e disvalore del fatto. Il confronto tra le diverse teorie permette di approfondire le ragioni dell'assorbimento e le difficoltà che si incontrano nel delimitare il concorso apparente rispetto ad una pluralità di responsabilità.

Su queste basi, il terzo capitolo affronta il *ne bis in idem* sostanziale quale principio generale dell'ordinamento, interrogandosi sul suo fondamento costituzionale e sulla

possibilità di attribuirgli un contenuto precettivo. L'indagine prende in considerazione il rapporto con la garanzia processuale, distinguendo il riferimento all'identità del fatto storico da quello all'unità del contenuto di illecito. Viene inoltre ricostruita l'evoluzione della giurisprudenza convenzionale ed euronunitaria, con particolare riguardo al passaggio dalla valorizzazione dell'*idem factum* alla verifica della connessione tra i procedimenti e della proporzionalità della risposta sanzionatoria. L'esame di tale percorso consente di approfondire il modo in cui le elaborazioni sovranazionali incidono sui rapporti tra le diverse dimensioni del principio.

Il quarto capitolo pone al centro dell'attenzione la proporzionalità sanzionatoria e il suo rapporto con il *ne bis in idem* sostanziale. Il confronto tra gli orientamenti dottrinali riguarda, in particolare, la possibilità di riconoscere alla proporzionalità una funzione di rafforzamento della garanzia e il rischio di ricondurre il problema della duplicazione al solo controllo sulla misura finale della pena. In tale prospettiva vengono esaminati anche i limiti dei meccanismi di compensazione, considerando le esigenze di legalità, certezza e prevedibilità che accompagnano la determinazione del trattamento complessivo.

L'analisi si concentra poi sul sistema tributario, assunto quale ambito nel quale verificare la concreta rilevanza delle questioni precedentemente affrontate. La ricostruzione del doppio binario anteriore alla riforma e degli interventi introdotti dal d.lgs. n. 87 del 2024 permette di esaminare il rapporto tra specialità, autonomia dei procedimenti, efficacia degli accertamenti e compensazione delle sanzioni. L'attenzione viene rivolta sia alla posizione della persona fisica sia a quella dell'ente, rispetto alle quali la pluralità delle forme di responsabilità pone specifici problemi di coordinamento.

Il percorso viene sviluppato attraverso l'esame della disciplina normativa, delle principali ricostruzioni dottrinali e della giurisprudenza interna ed europea. Il confronto tra questi diversi contributi è diretto a mettere in relazione i problemi teorici del concorso apparente con le difficoltà applicative dei sistemi a doppio binario. La ricerca intende così approfondire in quale misura gli strumenti predisposti dall'ordinamento consentano di evitare una duplicazione del medesimo disvalore e quando, invece, intervengano soltanto per ridurre le conseguenze sanzionatorie, mantenendo al centro dell'indagine il rapporto tra pluralità punitiva e garanzie dell'individuo.

1.

L'illecito penale e amministrativo: criteri distintivi ed evoluzione del sistema sanzionatorio

1.1 Il dibattito dottrinale nell'evoluzione della distinzione tra illecito penale e amministrativo

Nella seconda metà del secolo scorso si è riaperto l'interessante dibattito sulla *vexata quaestio* della distinzione tra illecito penale e amministrativo, che ha portato penalisti e amministratori ad interrogarsi su tale problematica questione. L'interesse dottrinale è suscitato non solo dal perdurante silenzio del legislatore in materia di illeciti amministrativi, ma soprattutto dall'introduzione degli stessi anche attraverso le opere di depenalizzazione con le leggi del 1967 e del 1975.¹

Con l'avvento della l. n. 689 del 1981, si è raggiunta una disciplina generale dell'illecito amministrativo, con la previsione di alcune garanzie tipicamente previste per il sistema penale. Nonostante la legge del 1981 non sia riuscita a porre fine al dibattito dottrinale, essa ha posto ordine nella disciplina dell'illecito amministrativo, la quale era caratterizzata da frammentarietà e disorganicità, costringendo gli interpreti a compiere dei tentativi di tratteggiamento dei confini della categoria.²

Nel corso dell'analisi si vedrà come gli orientamenti dottrinali troveranno riconoscimento normativo all'art. 9 della legge del 1981³, norma che ammette il concorso apparente extra-

¹ PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988, 3ss; SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 1ss

² SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 1ss

³ Art. 9 L. 689 del 1981: Principio di specialità:

“Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale.

Tuttavia, 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 prevede una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali.

penale, segnando un punto di svolta rispetto alla precedente impostazione maggioritaria, che vedeva una netta separazione tra i sistemi penale e amministrativo, comportando di conseguenza il concorso effettivo degli illeciti e il conseguente cumulo delle relative sanzioni.

Tra le opinioni dei più illustri amministrativisti spicca quella di Guido Zanobini, che, occupandosi del tema, è stato tra i primi a sostenere che se invece di un concorso di sanzioni amministrative e penali, si fosse trattato di violazione di più norme penali, allora il concorso sarebbe stato da escludere. È dalla monografia di Zanobini, pubblicata nel 1924, che emerge l'esistenza di un "diritto amministrativo penale", ovvero lo studio nel diritto amministrativo di atti illeciti, e di una "pena in senso tecnico" distinta da quella penale.

La nozione di "pena in senso tecnico" consente di precisare ulteriormente il contenuto di tale distinzione. Con questa espressione Zanobini individua la sanzione amministrativa propriamente detta, caratterizzata da una finalità afflittiva, distinguendola dai provvedimenti amministrativi che, pur essendo talvolta ricondotti in senso lato alla categoria delle sanzioni, sono rivolti principalmente alla cura concreta dell'interesse pubblico e perseguono finalità ripristinatorie o conformative. Tale ricostruzione assume particolare rilievo alla luce della successiva elaborazione convenzionale: l'individuazione della natura punitiva della misura permette infatti di distinguere le sanzioni amministrative suscettibili di essere ricondotte alla "*matière pénale*" dagli altri provvedimenti sfavorevoli adottati dall'Amministrazione.⁴

In senso opposto si pone l'opinione dell'illustre penalista Arturo Rocco, il quale nega l'esistenza di un diritto amministrativo penale; tuttavia, ammette la natura penale di alcune sanzioni amministrative.

Per giungere allo studio del concorso apparente di norme, in particolare tra illecito penale e illecito amministrativo, e alla risoluzione dello stesso tramite i criteri elaborati dalla

Ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni e integrazioni, si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti da disposizioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande."

⁴ ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2014, 1056

dottrina, è necessario ripercorrere l'evoluzione storica dei criteri discretivi tra i due illeciti⁵.

1.2 Le teorie ontologiche: gli orientamenti della dottrina amministrativistica e penalistica. Abbandono dei criteri sostanziali e ripresa degli stessi in chiave di politica criminale

I primi contributi dottrinali che è bene ricordare per quanto attiene il tentativo di *discrimen* tra illecito amministrativo e illecito penale, sono quelli che è possibile ricondurre alle diverse teorie ontologiche e formalistiche.

Le teorie ontologiche incentrano la loro indagine sulla diversità del precetto amministrativo e penale, dando una impostazione sostanziale per far emergere la differenza tra i due illeciti, basata su criteri materiali, e non nominalistici, soffermandosi sull'oggettività giuridica della norma e sull'interesse dalla stessa tutelato, ovvero il bene giuridico. L'utilizzo di un criterio materiale pone al centro dell'attenzione la tipologia della sanzione comminata dai due illeciti, ed in particolare il precetto da cui la stessa deriva, ricavando da questo la natura amministrativa o penale dell'illecito, a differenza delle teorie formalistiche, nelle quali viene considerata la sanzione in sé.

Nel ripercorrere gli orientamenti dottrinali di carattere materiale, emerge una diversa visione a seconda che si tratti di ricostruzioni del precetto operate da amministrativisti o da penalisti.⁶

Passando in rassegna i contributi degli amministrativisti, un primo orientamento attribuisce come significato al precetto quello di manifestazione del potere della Pubblica Amministrazione al fine di tutelare i propri interessi, divenendo così oggetto della tutela dell'illecito amministrativo l'inosservanza degli obblighi verso l'Amministrazione.

Un secondo orientamento, il cui padre è Vittorio Ottaviano, si potrebbe definire istituzionista, perché evidenzia il particolarismo dell'ordinamento amministrativo ponendo al centro gli interessi dell'Amministrazione stessa, i quali essendo interni al

⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 2ss

⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 8ss

sistema amministrativo, si trovano ad essere necessariamente diversi da quelli penali, intesi come interessi generali dell'ordinamento.

Tale ricostruzione appare criticata dalla dottrina, poiché l'illecito amministrativo deve comunque trovare una collocazione all'interno dell'ordinamento generale.⁷

Ci sono inoltre ulteriori orientamenti che danno rilievo al precetto per il fine della tutela di interessi del solo apparato amministrativo.

È da sottolineare come l'orientamento di Feliciano Benvenuti trovi come fine dell'illecito amministrativo quello della cd "autotutela indiretta", per il quale la sanzione servirebbe a risolvere i conflitti tra Amministrazione e terzi, e avrebbe quindi la funzione di spingere il cittadino all'osservanza degli obblighi verso l'Amministrazione stessa, diversamente dall'illecito penale, il cui scopo sarebbe quello di comminare una sanzione.

Passando ora ai contributi penalistici, ci si sofferma sull'indagine della natura del precetto penale seguendo interpretazioni di stampo qualitativo.

Un primo orientamento individua la sostanziale differenza tra il precetto penale e quello amministrativo nell'oggetto di tutela, che nel primo è rappresentato dal bene giuridico, e nel secondo dall'interesse dell'Amministrazione.

Un secondo orientamento, riconducibile a Max Ernst Mayer, distingue le norme giuridiche dalle norme di cultura: l'illecito amministrativo consisterebbe nella violazione di un precetto giuridico, mentre l'illecito penale esprimerebbe anche la violazione di una norma di cultura. In questa prospettiva, il primo sarebbe illecito in quanto vietato dalla legge, senza implicare necessariamente un autonomo disvalore etico.

Per entrambi questi orientamenti il *discrimen* tra illecito amministrativo e penale sta nell'oggettività giuridica e nelle sanzioni, comportando un disvalore etico le pene⁸, ed essendo eticamente indifferenti le sanzioni amministrative.

⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 10; l'Autrice rimanda, per la critica a tale impostazione, al commento di CANNADA BARTOLI E., voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 114-115

⁸ A tale teoria aderisce anche la dottrina italiana, tra cui Giuseppe Bettiol, per il quale solo il precetto penale tutelerebbe i "supremi valori etici della vita sociale", a differenza del precetto amministrativo, che sarebbe posto alla tutela degli interessi dell'Amministrazione. BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1978, 226; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 18

Ad oggi possiamo sostenere che le interpretazioni di stampo qualitativo siano state superate, poiché non hanno avuto la capacità di fornire un chiaro criterio distintivo tra illecito amministrativo e penale, e si sono poste troppo rigide nel negare la tutela di interessi giuridici ad opera del precetto amministrativo⁹, cosa che è invece da ammettersi, almeno in certi casi, come sostenuto anche da Rocco¹⁰.

Si è giunti infine ad un orientamento per il quale anche l'illecito amministrativo può porsi a tutela di beni giuridici, anche se solo in via preventiva o anticipata.

La dottrina ha aspramente criticato la debolezza delle teorie qualitative, rilevando l'impossibilità di un *discrimen* basato sulla tutela dei beni giuridici, arrivando così all'approdo delle teorie formalistiche.¹¹

Il cambio di rotta degli orientamenti dottrinali, come afferma Giuliano Vassalli, è dovuto alla previsione di illeciti amministrativi, che per oggetto di tutela, potrebbero essere reati, e illeciti penali minori che incidono solo nello svolgimento dell'attività Amministrativa, cui si aggiungono le intervenute leggi di depenalizzazione, nelle quali il legislatore, seguendo ragioni politiche, non dà peso alla lesività o al disvalore etico-sociale delle fattispecie.

La rinuncia della dottrina al *discrimen* ontologico e alle impostazioni sostanziali verso quelle formali non può però dirsi definitiva, per la riemersione delle distinzioni materiali all'interno della teorica formalistica stessa. Ciò risulta evidente nella proposta di Filippo Sgubbi sul *discrimen* di impostazione ontologica tra gli illeciti, sostenendo che nell'illecito amministrativo, avendo carattere formale, il precetto non tutela un bene giuridico in via diretta, ma solo in via mediata, quindi, prescindendo dall'effettiva lesione, si basa solo sul rispetto di regole; differente è invece per i reati perseguibili a querela, i quali proteggono direttamente ed effettivamente il bene giuridico, e proprio per questo Sgubbi ne afferma il carattere sanzionatorio e conservativo, rinvenendo il fine dell'illecito penale nella conservazione del bene giuridico. Si può sostenere quindi che Sgubbi rifiuti le teorie quantitative, in favore di quelle strutturali, ponendo come ulteriore differenza tra

⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 19

¹⁰ L'illustre penalista nega l'esistenza di un "diritto amministrativo penale", ma riconosce la natura penale di alcune sanzioni amministrative, così riportato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 19

¹¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 19

il precetto penale e amministrativo, quella che quest'ultimo non può essere uno strumento di controllo e disciplina sui singoli, ma solo organizzatorio.

Tale ultima tesi viene ripresa anche da Franco Bricola, il quale riconosce che la differenza tra gli illeciti si trova già in Costituzione, rispondendo l'illecito penale ai principi¹² dettati dalla stessa, mentre l'illecito amministrativo risponde a interessi di natura ordinatoria ed organizzativa.

Tale impostazione si inserisce nella più ampia concezione “forte” del costituzionalismo penale elaborata da Bricola. In questa prospettiva, la Costituzione non opera soltanto come limite esterno all'esercizio della potestà punitiva, ma costituisce il fondamento positivo dell'intero sistema penale. La Carta fondamentale contiene, infatti, le coordinate essenziali del nuovo ordine penalistico, che il legislatore è chiamato a sviluppare attraverso la selezione dei beni meritevoli di tutela e la conformazione costituzionalmente orientata delle fattispecie e delle sanzioni. Il *discrimen* tra illecito penale e amministrativo non dipende, quindi, solo dalla qualificazione formale prescelta dal legislatore, ma deve essere ricostruito alla luce della diversa funzione assegnata ai due strumenti nell'ordinamento costituzionale.¹³

Un altro contributo volto al recupero dei criteri sostanziali è di Alberto Cadoppi, il quale rinviene la differenza tra gli illeciti penale e amministrativo nel disvalore etico-sociale, il quale deriva dalla “criminosità” avvertita dai consociati.

Nonostante il tentativo di recupero delle teorie ontologiche, la dottrina maggioritaria è concorde nel sostenere che i criteri sostanziali non siano in grado di assurgere al prefissato compito del *discrimen* tra gli illeciti penale e amministrativo, rischiando talvolta di condurre a soluzioni che pretendono di fondarsi su criteri metagiuridici, ed essendosi posto talvolta in senso contrario alle stesse il legislatore. Tali teoriche sono state riprese

¹² Bricola identifica i principi costituzionali cui risponde l'illecito penale: tassatività, riserva assoluta di legge, inammissibilità di tecnica di tutela fondata sull'inversione dell'onere della prova, necessaria lesività del fatto, colpevolezza per il fatto, connotazione materiale della fattispecie penale. BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS M.- PALOMBARINI G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984, 40ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 26

¹³ PALAZZO F., “Diritto penale e Costituzione (Ricordando Franco Bricola)”, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2024, 984

nell'ottica della politica criminale per fornire orientamenti per il legislatore “*de lege ferenda*”.¹⁴

1.3 Le teorie teleologiche e l'insufficienza del criterio della finalità della sanzione

Tra i contributi dottrinali che è bene ricordare nel tentativo di tracciare una distinzione tra illecito penale e amministrativo, emergono, anche a fronte della giurisprudenza della Corte Edu, le concezioni di ordine teleologico, le quali volgono lo sguardo alla finalità della sanzione degli illeciti, individuando la diversità della natura della sanzione coincidente con la diversità della natura dell'interesse tutelato.

Secondo alcuni orientamenti iniziali, la sanzione penale sarebbe caratterizzata dall'afflittività della pena, dove l'elemento repressivo è in grado di incidere sulla libertà personale; la sanzione amministrativa si distingue invece per il perseguimento di una finalità preventivo-satisfattiva, e solo in via secondaria e non necessaria, dall'afflittività, ma sempre subordinata all'autotutela della Pubblica Amministrazione, senza tradursi in restrizione della libertà personale.¹⁵

Studi successivi fanno emergere che l'afflittività della sanzione amministrativa, talvolta non pare alquanto secondaria, o inferiore a quella della sanzione penale, ma anzi sembrerebbe anche maggiore, sia in riferimento al *quantum* dell'ammontare della pena pecuniaria, sia all'assenza di istituti penali come la sospensione condizionale della pena, sia alle conseguenze interdittive ed ablativ¹⁶.

Si è giunti al sostegno della tesi dell'“unitarietà funzionale del fenomeno sanzionatorio”, arrivando anche a teorie che sostenevano l'“identità sostanziale” delle sanzioni penali e amministrative, non potendosi più porre come confine tra le due il criterio dell'afflittività.

Le prime critiche a tale teorica muovono dalla necessaria distinzione tra afflittività come contenuto e come finalità della sanzione.

¹⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 20-28

¹⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 29ss

¹⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 30

L'afflittività non risulterebbe essere quindi l'elemento che distingue le due sanzioni, amministrativa e penale, perché in realtà è rinvenibile in qualsiasi sanzione prevista dall'ordinamento, anche nel risarcimento del danno civilistico¹⁷.

In conclusione, potendosi riconoscere all'illecito amministrativo una finalità di prevenzione generale e speciale¹⁸, si deve affermare che dal punto di vista teleologico i due illeciti sono uguali, non potendo quindi essere risolutiva questa teoria nel *discrimen* tra i due¹⁹.

1.4 L'insufficienza delle teorie qualitative e l'emersione delle tesi formalistiche e quantitative. Sguardo agli orientamenti "qualitativo-quantitativi" tedeschi

A causa dei limiti prospettati alle teorie ontologiche e teleologiche, vi è un abbandono del nucleo materiale distintivo tramite criteri qualitativi, e l'approdo di teorie formalistiche, che tratteggiano un confine di carattere formale tra gli illeciti, dando rilievo alla qualificazione della sanzione; l'unico *discrimen* tra illeciti penale e amministrativo consisterebbe nel *nomen iuris*.²⁰

Utile alla distinzione sarebbe, secondo parte della dottrina, guardare alle norme che disciplinano il regime giuridico dell'illecito.

¹⁷ La confusione tra i due piani, di contenuto e di finalità della sanzione, rischia di andare a rievocare le tesi retributive kantiane, che devono ritenersi superate nell'ambito del diritto penale, e sconosciute nell'ambito delle sanzioni amministrative. PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa*, cit., 91-92

¹⁸ Ciò trova conferma nell'art 11 della l. n. 689 del 1981: Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie:

“Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.”

¹⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 31ss

²⁰ Giacomo Delitala, in DELITALA G., *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 1095-1096 afferma: “le sanzioni pecuniarie amministrative non si distinguono né per il loro contenuto, né per la loro finalità dalla multa o dall'ammenda”. Elio Casetta, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 33) afferma: “la distinzione non è ontologica, ma estrinseca e formale.”

Secondo tali teorie, sarebbe da considerare in “termini negativi” l’illecito amministrativo, rispetto a quello penale, semplicemente perché la sanzione amministrativa non si ricollega ad un reato.²¹

Sono state rivolte talune critiche nei confronti di questa impostazione teorica, alla luce della quale sembrerebbe che il legislatore abbia un’assoluta discrezionalità nello stabilire se un illecito debba essere considerato amministrativo o penale; inoltre, si è obiettato che in tal senso, non rilevi alcun nucleo ontologico distintivo, e dando rilievo unicamente al *nomen iuris*, si rischia di ricadere in un mero nominalismo.

Volgendo lo sguardo alle differenze tra i regimi giuridici degli illeciti, da un punto di vista formale, emerge la diversa disciplina per i reati e per gli illeciti amministrativi, innanzitutto con riguardo alla diversa Autorità che irroga la sanzione: l’Autorità amministrativa appare priva delle garanzie previste per il processo penale, anche a seguito della Legge di riforma 689 del 1981, dove la fase processuale è eventuale e successiva all’irrogazione della sanzione.

È bene ricordare le tesi di Zanobini, per il quale il *discrimen* tra illecito amministrativo e penale starebbe nella competenza dell’autorità che irroga la sanzione e nel procedimento, per cui si tratterebbe di un diritto soggettivo per l’Amministrazione, mentre di un dovere di punire per il giudice penale. Parrebbe però questa una tesi non accoglibile, poiché non corrisponderebbe la presenza di un processo giurisdizionale alla sanzione penale e l’assenza dello stesso alla sanzione amministrativa.

Zanobini propone l’utilizzo di un altro criterio, dal quale emergono caratteri sostanziali-funzionali, cioè che l’applicazione della sanzione amministrativa rappresenta l’esercizio di una funzione amministrativa.

Sostenitore delle tesi formalistiche è anche il penalista Marcello Gallo, il quale sostiene che la sanzione è penale quando la funzione è punitiva, insieme all’applicazione esclusiva da parte degli organi giurisdizionali della pena.

Assume ruolo primario per Marco Siniscalco la terminologia del legislatore e la disciplina del procedimento, per cui si avrà una sanzione amministrativa quando così sarà qualificata

²¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 32ss

dalla legge e quando il “meccanismo procedimentale-processuale” sarà quello amministrativo. Tale impostazione sembra però alquanto tautologica.²²

Qualora venisse dato rilievo alle diversità dei regimi giuridici degli illeciti, gli elementi qualificativi dell'uno e dell'altro illecito, penale e amministrativo, potrebbero essere letti sia in un'ottica formale, sia qualitativa: ad esempio la suscettibilità esclusiva della sanzione penale di avere ad oggetto la restrizione della libertà personale dell'imputato, viene letta da parte della dottrina sotto un punto di vista teleologico, nonostante sia innegabile che ciò rilevi anche per il diritto positivo, ma è anche utilizzato per sostenere le teorie ontologiche, come emerge nelle tesi di Filippo Sgubbi, per il quale l'illecito amministrativo è caratterizzato da una pena pecuniaria non convertibile, che incide solo su diritti patrimoniali e mai sul diritto alla libertà personale, per cui, l'illecito amministrativo, non rileva nella dialettica individuo-collettività, e di conseguenza ritiene che non siano necessarie le tutele e garanzie per l'individuo tipicamente previste nel sistema penale per le ipotesi in cui viene in gioco la restrizione della libertà personale.

Dal punto di vista dei diritti sui quali incide la sanzione, la pena può comprimere beni fondamentali, come la libertà personale. È questa incidenza a giustificare la riserva di giurisdizione e le garanzie previste a tutela del destinatario della risposta punitiva.²³

Sebbene sia indiscusso il superamento delle teorie qualitative, quella delle tesi formalistiche non è l'unica teorica cui la dottrina è approdata: si sono sviluppate anche le tesi “quantitative”, e, con particolare riferimento alla Germania, gli orientamenti “qualitativo-quantitativi”.

Le teorie quantitative mettono in rilievo il disvalore del fatto illecito, ritenendo quantitativamente maggiore il disvalore apportato da un illecito penale, rispetto ad un illecito amministrativo. Secondo un'autorevole dottrina gli illeciti amministrativi di pericolo-precauzione, sarebbero comunque posti a tutela di beni giuridici, seppure in via

²² SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, cit., 135; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 35

²³ Pasquale Cerbo, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 37) individua come *discrimen* tra illecito penale e amministrativo, gli interessi su cui la sanzione va ad incidere, e non gli interessi protetti dal precetto. Proprio perché la sanzione amministrativa non inciderebbe su beni giuridici fondamentali, sarebbe possibile sacrificare le garanzie del processo penale, a favore dell'effettività e dell'immediatezza del procedimento amministrativo. Caratterizzerebbe le sanzioni amministrative proprio la loro capacità di incidere su beni per i quali la costituzione non prevede una “riserva di giurisdizione”.

anticipata, risultando quindi entrambi gli illeciti rivolti allo stesso oggetto di tutela, non rilevando quindi alcuna distinzione dal punto di vista qualitativo.²⁴

In tale prospettiva, gli illeciti sono posti tra loro in un rapporto di maggiore e minore gravità, ed in particolare, volgendo uno sguardo alla dottrina tedesca richiamata, viene a disegnarsi una “linea continua” dai reati di maggior disvalore, ai “*Bagatelldelikte*” fino alle “*Ordnungswidrigkeiten*”, poiché permarrebbe, se pur in forma più lieve, il disvalore del fatto illecito. Secondo tale teoria, resterebbe in mano al legislatore la scelta a quale illecito ricorrere, affermandosi quindi la discrezionalità da parte dello stesso tipicamente evidenziata nelle teorie formalistiche.

In Italia le teorie quantitative sono state recepite dalla dottrina tedesca, rilevando, quale *discrimen* tra gli illeciti, la forma e il grado di aggressione ai beni giuridici tutelati, lasciando libertà di scelta al legislatore quanto alla tecnica sanzionatoria da adottare per la tutela del singolo bene giuridico determinato.

Se volgiamo lo sguardo alla Germania, emerge un’ulteriore ricostruzione dottrinale, con riguardo alle teorie “qualitativo-quantitative” che prendono il nome dal fatto che, ravvisano una distinzione tra le sanzioni, penale e amministrativa, dal punto di vista qualitativo, infatti la “*Geldbusse*”, sarebbe qualcosa di diverso rispetto alla sanzione pecuniaria penale, poiché la prima non tenderebbe alla retribuzione della “colpevolezza etico-sociale”, ma ad imporre un ordine economico in un’ottica preventiva. Infatti, secondo quest’ordine di idee, vi sarebbe un collegamento teleologico tra “*Ordnungswidrigkeiten*” e “*Geldbusse*”, tale da risultare sostanzialmente diverso dall’illecito penale. L’orientamento “qualitativo-quantitativo”, riprende dalle tesi quantitative il medesimo oggetto di tutela per entrambe le tipologie di illeciti, e le critiche volte alle distinzioni meramente qualitative sulla neutralità dell’illecito, facendo leva piuttosto sul minor disvalore dello stesso; concordano inoltre sulla discrezionalità lasciata al legislatore nella determinazione della rilevanza penale.

Nucleo fondamentale delle teorie quantitative è il *quantum* di lesione dell’illecito, tanto che sono proliferati diversi studi riguardo al *discrimen* tra illecito penale e amministrativo sulla base del rapporto di graduazione dell’illiceità, della colpevolezza e del disvalore

²⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 37

oggettivo, nell'ambito dell'antigiuridicità materiale, portato dalla misura della lesione al bene giuridico, costruendo così una "scala" che evidenzia il passaggio dal penalmente rilevante o meno, seguendo indici di disvalore o di valore, fino a giungere all'area penale della non punibilità.²⁵ Grazie a tale ricostruzione teorica sulla misura dell'illecito, è stato dato riconoscimento positivo con l'art 131 bis c.p.²⁶, alla particolare tenuità del fatto, introdotto dal d.lgs. n. 28 del 2015.

Dalla ricostruzione gradualistica emerge come l'"*Ordnungswidrigkeiten*", si trovi in un gradino più in basso rispetto al penalmente rilevante, sulla base del *quantum* dell'illiceità dello stesso.²⁷

1.5 La Legge n. 689 del 1981 e l'introduzione di un sistema "para-penale" dell'illecito amministrativo

Con la legge n. 689 del 1981 il legislatore ha introdotto una disciplina generale dell'illecito amministrativo, ordinando un quadro normativo prima frammentario, senza

²⁵ Massimo Donini, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 44), afferma che grazie a tali tecniche emergerebbe la differenza in ordine qualitativo e quantitativo tra gli illeciti

²⁶ Art. 131 bis c.p.: Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto:

"1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

2. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

3. L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede: [...]

4. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

5. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

6. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante."

²⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 37-44

per questo risolvere definitivamente il dibattito teorico sulla distinzione rispetto all'illecito penale.²⁸

Le *rationes* della riforma possono dirsi comuni anche a quelle di altri Stati europei, e possiamo riassumerle parlando di esigenza di codificazione di un diritto penale-amministrativo, con una parte generale e una procedimentale, per superare la frammentarietà e la eterogeneità della disciplina, per giungere ad una unificazione della materia, per semplificare le tipologie di sanzioni presenti, per dare una disciplina di derivazione penale, con l'introduzione di garanzie per l'individuo grazie alla giurisdizionalizzazione del procedimento.

Il modello di struttura dell'illecito seguito è sicuramente quello tedesco del *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* del 1968 (OWiG). La Germania giunge alla configurazione della "*Ordnungswidrigkeiten*" dalla quale discende la sanzione pecuniaria della "*Geldbusse*", tipica dell'illecito amministrativo e distante dalla sanzione penale, a partire dalla depenalizzazione del secondo dopoguerra, che porta nel 1949 alla formazione della figura dell'illecito amministrativo, fino ad arrivare con una serie di riforme all'OWiG, che ne detta i principi regolatori, ed infine con l'introduzione del nuovo Codice penale viene aggiunta una parte speciale. Possiamo dire che il modello tedesco si caratterizzi dal tipo di sanzione, e dal suo carattere penalistico, che contraddistingue anche la L. 689 del 1981 italiana.²⁹

Il legislatore ha voluto con questa legge di depenalizzazione, andare a creare una disciplina generale dell'illecito amministrativo, ma poiché ha previsto delle garanzie tipiche del sistema penale³⁰, si sostiene che la natura dell'illecito amministrativo disciplinato dalla L. 689 del 1981 sia sostanzialmente "para-penale".³¹

La vicinanza al modello penalistico emerge, secondo Ferrando Mantovani, dalla stessa struttura della disciplina generale dell'illecito amministrativo, nella quale vengono

²⁸ PALIERO C.E., *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale-amministrativo in Italia*, in *Pol. del dir.*, 1983, 117ss; PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa*, cit., 48ss

²⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 49

³⁰ Si vedano, nella l. n. 689 del 1981: l'art. 1, sul principio di legalità; l'art. 2, sulla capacità di intendere e di volere; l'art. 3, sull'elemento soggettivo; l'art. 4, sulle cause di esclusione della responsabilità; l'art. 5, sul concorso di persone nella violazione amministrativa; l'art. 6, sulla solidarietà; l'art. 8, sulla pluralità di violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative

³¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 47

riprodotti principi e istituti propri del diritto penale, pur all'interno di un autonomo sistema sanzionatorio amministrativo.³²

In particolare, ciò è reso evidente dall'art. 9, il quale ammette il concorso apparente tra illecito penale e amministrativo. È inoltre prevista una parte procedimentale-processuale, la quale disciplina la eventualità di fare opposizione al provvedimento che dispone la sanzione amministrativa, in un momento posticipato rispetto all'irrogazione della stessa, in modo da accedere alla tutela giurisdizionale, volta alla verifica della correttezza del procedimento e del provvedimento.³³

La scelta di sottrarre determinate fattispecie alla giurisdizione penale non può tuttavia tradursi in una riduzione indiscriminata delle garanzie riconosciute al destinatario della pretesa punitiva. Poiché la depenalizzazione trasferisce alcuni illeciti dal sistema penale a quello amministrativo, è necessario prevedere anche per questi ultimi una disciplina generale ispirata ai fondamentali principi e garanzie del diritto penale. In questa prospettiva, le garanzie sostanziali e procedimentali operano come limite all'esercizio del potere sanzionatorio dell'Amministrazione e impediscono che, attraverso una diversa qualificazione formale, sanzioni particolarmente afflittive siano sottratte allo statuto garantistico corrispondente alla loro effettiva natura. Si tratta, in altri termini, di evitare quella "truffa delle etichette" che deriverebbe dall'attribuzione del *nomen* di sanzione amministrativa a una misura sostanzialmente punitiva.³⁴

Secondo l'analisi di Siniscalco, emergerebbero dall'iter procedimentale le esigenze di celerità e concentrazione, con tratti tipici del processo penale e amministrativo, ma fondato su regole civilistiche.

Influenzata dal modello tedesco, la disciplina dettata dalla L. 689 del 1981, risolve il dibattito dottrinale quanto alla non percorribilità delle tesi qualitative, anche se alcuni continuano a sostenere la necessità di un *discrimen* di stampo qualitativo tra gli illeciti.³⁵

La portata della legge n. 689 del 1981 viene messa in luce dalla ricostruzione di Francesco Palazzo, il quale individua nella riforma non soltanto un ampio intervento di

³² MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 1048-1051

³³ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 47

³⁴ RUGGIERO G., *Depenalizzazione, sanzioni amministrative, giudicato. Un intreccio complesso*, in *il fisco*, sezione "Diritto penale tributario", n. 30/2002, fasc. 1, 4895

³⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 50-51

depenalizzazione, ma il necessario presupposto per la successiva elaborazione dei criteri di selezione dell'illecito penale rispetto a quello amministrativo. La legge avrebbe infatti dato una disciplina organica all'"illecito amministrativo punitivo", che fino ad allora era sostanzialmente privo di una "sistemazione generale", offrendo al legislatore uno strumento alternativo alla pena capace di rendere concretamente praticabile una politica di "contenimento" dell'area penalmente rilevante.³⁶

Questa funzione dell'illecito amministrativo risultava coerente con il costituzionalismo penale di Bricola soprattutto nella sua dimensione negativa, quale criterio per delimitare l'area del penalmente rilevante. Se l'idea che soltanto i beni di rilievo costituzionale potessero essere assunti come oggetto della tutela penale incontrò rilevanti difficoltà sul piano applicativo, maggiore incidenza ebbe invece l'esigenza di espungere dal diritto penale le violazioni minori, affidandole al sistema punitivo amministrativo secondo il principio dell'*extrema ratio*. La legge n. 689 del 1981 rappresentò l'espressione più significativa di tale indirizzo, poiché configurò l'illecito amministrativo come alternativa alla pena e non come ulteriore livello di repressione destinato ad affiancarsi ad essa.

La successiva evoluzione del sistema ha ridimensionato questa funzione costituzionale. Da un lato, la progressiva estensione alle sanzioni amministrative punitive di garanzie analoghe a quelle penali ha attenuato la distanza tra le due categorie; dall'altro, l'affermazione dei doppi binari ha trasformato l'illecito amministrativo da strumento alternativo alla pena in una componente di sistemi cumulativi. La possibile applicazione congiunta della sanzione penale e di quella amministrativa finisce così per contraddire l'originaria finalità di contenimento dell'intervento penale e può determinare "esiti iper-repressivi e sproporzionati", la cui correzione viene spesso rimessa alla giurisprudenza.³⁷

1.6 Il fenomeno della depenalizzazione: implicazioni ed effetti

La depenalizzazione consiste nel fenomeno per il quale vi è la scelta del legislatore di portare al di fuori del penalmente rilevante alcuni reati, depenalizzandoli in illeciti

³⁶ PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 706-707

³⁷ PALAZZO F., *"Diritto penale e Costituzione"*, cit., 985

amministrativi. Quello della depenalizzazione è un fenomeno che ha interessato diversi Stati europei a partire dal secondo dopoguerra, ed in particolare anche l'Italia, dove si è potuto osservare un alternarsi di periodi in cui il legislatore incrementava il numero di fattispecie criminose e al contempo periodi in cui interveniva con opere di depenalizzazione.

Diverse sono le cause di queste opere di depenalizzazione: dal venir meno del diritto penale quale *extrema ratio* a causa del proliferare delle fattispecie penali, all'intasamento delle aule dei Tribunali, e con riguardo alle funzioni, general-preventiva, l'eccessivo numero di condotte criminose comportanti la perdita del fine di orientare i consociati, e special-preventiva, l'incapacità del sistema giudiziario di fronteggiare tutti i fatti di reato cui segue l'applicazione di pene quasi a "sorteggio".

La depenalizzazione si è così rivelata uno strumento molto utile al legislatore, venendo però utilizzato principalmente in situazioni di emergenza concreta, senza l'utilizzo di specifici criteri di depenalizzazione, ma col fine di ottenere un effetto deflattivo.³⁸

L'obiettivo deflattivo può essere perseguito, peraltro, attraverso strumenti diversi, che incidono in maniera differente sull'area del penalmente rilevante.

In questa prospettiva, Palazzo distingue tra depenalizzazione in astratto e depenalizzazione in concreto: la prima comporta la trasformazione legislativa di determinate fattispecie di reato in illeciti amministrativi o civili; la seconda opera invece sul singolo fatto, come avviene con la causa di non punibilità per particolare tenuità prevista dall'art. 131 bis c.p.. I due strumenti rappresentano "due facce della stessa medaglia", poiché condividono l'esigenza di evitare il ricorso alla pena rispetto a illeciti di modesta gravità: nel primo caso la valutazione viene compiuta in via generale dal legislatore, mentre nel secondo è affidata al giudice alla luce delle caratteristiche concrete del fatto.³⁹

Tale seconda modalità di delimitazione dell'intervento penale trova conferma nella funzione riconosciuta all'art. 131 bis c.p., in riferimento al quale, Giuseppe Amarelli

³⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 56; SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, cit., 53ss; PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 1ss

³⁹ PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2016, 286

evidenza, infatti, come la riduzione dell'area della punibilità non sia affidata soltanto agli interventi generali e astratti di depenalizzazione compiuti dal legislatore, ma anche alla valutazione del giudice nel caso concreto. Occorre però distinguere l'inoffensività dalla particolare tenuità: nel primo caso manca un'effettiva offesa al bene tutelato, mentre nel secondo il fatto rimane tipico e offensivo, ma presenta un disvalore così contenuto da non rendere necessaria l'applicazione della pena. L'art. 131-bis c.p. opera quindi sul piano della punibilità del singolo fatto e contribuisce all'attuazione dei principi di sussidiarietà ed *extrema ratio*.⁴⁰

La dimensione deflattiva della depenalizzazione non esaurisce, tuttavia, la funzione che tale tecnica dovrebbe assumere in una prospettiva di politica criminale: Benedetto Labianca, ripercorrendo i molteplici interventi di depenalizzazione succedutisi nell'ordinamento, mette in relazione il loro carattere ricorrente con i "guasti del panpenalismo" e con la conseguente ipertrofia del diritto penale, sottolineando l'esigenza di un diritto penale minimo. In questa prospettiva, la depenalizzazione non dovrebbe risolversi soltanto in uno strumento contingente destinato ad alleggerire il carico giudiziario, ma concorrere ad una delimitazione sostanziale dell'intervento penale.⁴¹

Nella medesima prospettiva, Mantovani riconduce la depenalizzazione ad una più generale esigenza di razionalizzazione del sistema punitivo, attraverso la sottrazione all'area criminale di quelle violazioni per le quali il ricorso alla pena non appaia necessario e possa essere sostituito da una risposta amministrativa.⁴²

Labianca individua il criterio di fondo nella sussidiarietà: il ricorso alla pena sarebbe legittimo soltanto quando questa costituisca realmente l'*extrema ratio* di tutela della società e quando gli strumenti extra-penali non risultino idonei a proteggere efficacemente il bene considerato. In tal modo, la depenalizzazione torna a collegarsi ai criteri sostanziali già richiamati, non più quali indici di un'impossibile distinzione ontologica tra illecito penale e amministrativo, bensì quali direttive rivolte al legislatore nella scelta dello strumento sanzionatorio.⁴³

⁴⁰ AMARELLI G., *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Diritto penale e processo*, n. 6/2016, 783-785

⁴¹ LABIANCA B., *Verso una nuova depenalizzazione?*, in *il fisco*, n. 11, 2003, 1624-1626

⁴² MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 1052-1054

⁴³ LABIANCA B., *Verso una nuova depenalizzazione?*, cit., 1626-1627

Con la Legge del 1981 il legislatore ha seguito il cd criterio “cieco” o formale di depenalizzazione, il quale si basa sulla tipologia della sanzione, nel caso di specie ammenda o multa, prescindendo dalla scelta dei singoli reati, salvo l'utilizzo di un criterio sostanziale per quanto attiene all'esclusione di taluni reati, senza tenere in considerazione il bene giuridico tutelato e il grado dell'offesa allo stesso. Rileva quindi la tipologia di sanzione prevista per l'illecito, ed è proprio per questo che parte della dottrina sostiene che vi corrisponda una quantificazione del disvalore etico-sociale dell'illecito, ma d'altra parte c'è chi critica tale affermazione poiché non vi sarebbe una netta corrispondenza tra *quantum* del disvalore e *quantum* della sanzione, rilevando anche il momento storico e le esigenze che hanno portato alla legiferazione di quel reato.

Autorevole dottrina sostiene che dovrebbero restare centrali, nell'opera di depenalizzazione del legislatore, i limiti e le tutele posti dalla Costituzione, al fine di evitare la cd “truffa delle etichette”, indicando come illecito amministrativo una fattispecie di natura sostanzialmente penale.

La presenza di reati depenalizzati in illeciti amministrativi nel sistema, tende ad allontanare dall'individuazione di un *discrimen* tra gli illeciti, e inoltre l'assenza di specifici criteri da parte del legislatore, o comunque l'utilizzo del criterio “cieco” va a rafforzare le tesi sull'indifferenza tra gli illeciti, preservandosi la distinzione esclusivamente per il *nomen iuris* prescelto dal legislatore, che lo può discrezionalmente modificare attraverso la caratterizzazione della sanzione, lasciando inalterato il precetto violato; inoltre ciò porta a sostenere che se vi fosse una differenza ontologica tra gli illeciti, la depenalizzazione non sarebbe ammissibile.⁴⁴

Il ricorrente ricorso alla depenalizzazione rivela, secondo Palazzo, una difficoltà più generale del legislatore nella scelta razionale tra illecito penale e illecito amministrativo. Dopo l'introduzione, con la legge n. 689 del 1981, di un'autonoma categoria di illecito punitivo amministrativo, la corretta distribuzione delle fattispecie tra i due settori dovrebbe infatti avvenire già al momento della loro introduzione. La necessità di periodici interventi di depenalizzazione dimostra invece che il sistema continua ad accumulare fattispecie penali, fino a rendere necessario un successivo “sfoltimento”. La depenalizzazione conserva quindi un'utilità immediata, perché alleggerisce un sistema

⁴⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 56

sovraccarico, ma rischia di trasformarsi in una “fatica di Sisifo” quando non sia accompagnata da una maggiore “parsimonia” nella successiva produzione di norme incriminatrici.⁴⁵

Bisogna tenere in considerazione, nella ricerca di una distinzione tra illeciti amministrativi e penali, che la prima è una categoria eterogenea, formata sia da illeciti che fin dalla loro origine erano amministrativi, sia da reati depenalizzati.⁴⁶

1.7 La nascita del "diritto punitivo" e il superamento della distinzione sostanziale tra illecito penale e illecito amministrativo a seguito della Legge n. 689 del 1981

All’esito della riforma della L. 689 del 1981, insieme all’ondata di depenalizzazione di diversi reati, risulta evidente l’impossibilità di trovare un *discrimen* sostanziale tra gli illeciti penale e amministrativo, poiché si può affermare che gli illeciti abbiano la stessa natura giuridica, basandosi la differenziazione tra gli stessi solo sul *nomen iuris*, confermando e rafforzando così le teorie formalistiche.⁴⁷

Con la riforma, la dottrina riconosce l’avvenuta creazione di un sistema di “diritto punitivo”, il quale si troverebbe in un rapporto *genus ad speciem* rispetto al diritto penale⁴⁸, e comprenderebbe anche un diritto punitivo extra-penale, suddiviso tra diritto amministrativo in senso stretto e diritto amministrativo para-penale. Tale sistema verrebbe a comporsi da sanzioni punitive, cioè quelle sanzioni che riguardano la limitazione dei diritti del soggetto conseguentemente alla violazione di un obbligo, che sia prevista per impedire la violazione dell’obbligo stesso e che sia diversa dal contenuto di questo.

⁴⁵PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., 287

⁴⁶SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 56

⁴⁷SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 56

⁴⁸L’illecito amministrativo integrerebbe così un “sottosistema penale”. PALIERO C. E., *La legge 689 del 1981*, cit., 151

Questa impostazione risulta vantaggiosa dal punto di vista dell'applicazione delle garanzie costituzionali e i principi di legalità e di irretroattività a tutti gli ambiti del sistema punitivo così creatosi, evitando che si verifichi la cd "truffa delle etichette."⁴⁹

Da parte della dottrina c'è stato il tentativo di ricollegare l'illecito amministrativo ad un "illecito di diritto pubblico", che si contrapporrebbe all' "illecito di diritto privato". Il primo si caratterizzerebbe, secondo tale impostazione, da un rapporto giuridico di tipo unilaterale, tra individuo e norma, mentre il secondo da un rapporto di tipo bilaterale, tra due soggetti di diritto privato. Farebbero parte dell'illecito di diritto pubblico l'illecito penale, amministrativo e amministrativo depenalizzato.

Sembra apprezzabile questo tentativo di elaborazione dottrinale, perché cerca di unificare il sistema, sottolineando che la differenza tra diritto punitivo e diritto penale in senso stretto sarebbe meramente dettata dal diritto positivo.⁵⁰

Questa costruzione è criticata perché rischia di attenuare la specificità e l'autonomia dell'illecito amministrativo. Non appare inoltre giustificata la separazione tra illecito amministrativo originario e illecito derivante dalla depenalizzazione, entrambi riconducibili alla medesima categoria.⁵¹

Ulteriore elaborazione dottrinale vede compresi nel diritto punitivo "oltre il diritto penale o criminale vero e proprio, anche il diritto disciplinare e il diritto dell'illecito amministrativo", il cui scopo sarebbe quello di tutelare i beni giuridici individuati dall'ordinamento, attraverso la funzione general-preventiva di indirizzare i consociati verso l'astensione da comportamenti lesivi, con la previsione di andare incontro in tal caso ad una sanzione.

Nel sistema creato del "diritto punitivo" possono individuarsi come segni distintivi la non-giurisdizionalizzazione dell'accertamento dell'illecito amministrativo, l'incapacità di limitare la libertà personale dell'individuo e l'assenza di effetti penali, intesi quali discendenti dall'applicazione di una pena, tra cui il giudizio etico-sociale negativo, lo status di condannato, le "situazioni giuridiche qualificanti la persona dal punto di vista dell'applicazione della legge penale (capacità a delinquere, recidiva, iscrizione al

⁴⁹ Pietro Nuvolone, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 59) sostiene che "La categoria di pena si estende, nel nostro ordinamento, al di là del diritto penale in senso stretto."

⁵⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 58

⁵¹ Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, in PALIERO C.E.- TRAVI. A., *La sanzione amministrativa*, 230, sostengono la specificità e rivendicano l'autonomia dell'illecito amministrativo, si pongono contrari alla unificazione degli illeciti in un unico sistema.

casellario, misura della pena, ecc)”. Nell’ottica general-preventiva si può quindi sostenere che, grazie agli effetti penali derivanti dall’applicazione della pena, il fine dissuasivo per la collettività alla commissione di illeciti, è meglio perseguito dal diritto penale.

L’affermazione e la conferma delle teorie formali ha portato con sé l’insoddisfazione della dottrina, quantomeno penalistica, la quale ammette l’impossibilità di un *discrimen* sulla base della natura giuridica degli illeciti amministrativi e penali, il quale è puramente basato sul dato positivo, e vuole continuare a ricercare dei criteri sostanziali di differenziazione e orientativi in un’ottica politico-criminale, per informare il legislatore di una consapevolezza discrezionale nella scelta sullo strumento da utilizzare. Francesco Palazzo parla di “criteri o canoni che per ora possiamo genericamente dire attengano ad un rapporto di adeguatezza tra bene e sanzione, tra oggetto e tecnica della tutela, tra natura del bene e tipologia sanzionatoria”, che siano volti a ricondurre l’utilizzo dell’illecito penale quale *extrema ratio*.⁵²

Si ricorda l’intervento della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 sui “criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, la quale accoglie i criteri sostanziali elaborati da Francesco Angioni per guidare il legislatore, richiamando i principi di proporzionalità, sulla base dell’interesse tutelato e della gravità dell’offesa, e di sussidiarietà, che devono essere compresenti per ricorrere alla penalizzazione, solo in caso quindi di “stretta necessità”, lasciando spazio solo per ipotesi bagatellari agli illeciti amministrativi, o quando la sanzione penale risulti sproporzionata e non indispensabile. Rileva inoltre la graduazione del bene giuridico, che si distinguerebbe in “primario” o “secondario”, sulla base delle previsioni costituzionali, dove beni di rango primario sono individuati in quelli senza i quali il soggetto non potrebbe realizzarsi. Il riferimento all’art. 13 Cost.,⁵³ che sancisce

⁵² SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 60

⁵³ Art. 13 cost.: La libertà personale è inviolabile:

“Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.”

l'inviolabilità della libertà personale e ne disciplina le restrizioni, viene valorizzato in questa prospettiva dottrinale per sostenere che il ricorso alla pena debba essere giustificato dalla tutela di interessi di adeguato rilievo costituzionale. L'individuazione degli interessi risulta già di per sé difficoltosa, a causa dell'insussistenza di un numero chiuso degli stessi e dell'esistenza di interessi strumentali, anch'essi sanzionati gravemente se lesi, tenendo conto della loro costante mutevolezza nel corso del tempo a causa di elementi esterni.⁵⁴

La rilevanza di tali criteri è confermata anche dalla successiva ricostruzione di Palazzo. L'Autore ricorda come la legge n. 689 del 1981 e le Circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983 e del 5 febbraio 1986 costituiscano momenti particolarmente significativi della ricezione legislativa dei criteri elaborati dalla scienza penalistica. In particolare, la legge del 1981 avrebbe anticipato l'applicazione di criteri di selezione fondati sul "rango dell'interesse tutelato, intensità dell'offesa, necessità della pena", successivamente generalizzati quale metodo di scelta tra sanzione penale e amministrativa.⁵⁵

Lo stesso Palazzo evidenzia, tuttavia, la distanza tra la formulazione di tali canoni e la loro concreta gestione legislativa: nella produzione normativa riemergono infatti la contingenza, la legislazione emergenziale e l'uso simbolico del diritto penale, con conseguente inflazione delle fattispecie. Infatti, solo in alcuni filoni di depenalizzazione i principi di proporzione e sussidiarietà troverebbero una reale concretizzazione. È significativo che l'Autore collochi tale problema all'interno di un più ampio dibattito dottrinale, richiamando gli studi di Emilio Dolcini, Giorgio Lattanzi e Tullio Padovani, oltre al proprio precedente lavoro sui criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative.⁵⁶

⁵⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 66

⁵⁵ PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, cit., 706-707.

⁵⁶ PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, cit., 707-708 e 726, dove sono richiamati DOLCINI E., *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 779 ss.; LATTANZI G., *Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251 ss.; PADOVANI T., *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 ss.

Altra problematica emerge dall'utilizzo dello stesso criterio di proporzionalità, il quale presuppone l'individuazione del bene giuridico tutelato in rapporto alla possibilità di anticipare la tutela, con riguardo alla gravità dello stesso. Così avrebbe rilevante importanza la gravità dell'offesa al bene giuridico, unitamente all'evidenza di "primarietà" dello stesso, le quali andrebbero a legittimare la tutela anticipata, mentre al contrario, per i beni giuridici cui il carattere primario risulti dubbio, la tutela penale arretrerebbe, e al superamento della soglia del penalmente rilevante interverrebbe la tutela amministrativa, restando solo reati di danno e di pericolo; infine dovrebbe risultare esclusa la tutela penale per i beni secondari, per i quali saranno previsti solamente illeciti amministrativi.

Si tratta quindi di criteri dottrinali volti a riprendere quelle suddivisioni sostanziali-qualitative che si erano susseguite nel panorama dell'elaborazione dottrinale dei secoli scorsi, ma riadattate in un'ottica di politica criminale.⁵⁷

Nonostante i contributi della dottrina e l'intervento della Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, emerge il fallimento da parte del legislatore nel recepire tali direttive, e la perdurante scelta dello stesso di introdurre fattispecie penali, alle volte ripenalizzando illeciti depenalizzati, arrivando al fenomeno della cd "pan-penalizzazione", alla quale si affianca l'introduzione di illeciti amministrativi. L'intervento del legislatore ha comportato un progressivo incremento dell'afflittività degli illeciti amministrativi, che talvolta prevedono sanzioni pecuniarie altissime, anche superiori a quelle delle pene pecuniarie, le quali vanno ad aggiungersi alle conseguenze penali nei casi in cui l'ordinamento ne consenta il cumulo.⁵⁸ I problemi del sistema per i quali si cercava una risoluzione, sono invece divenuti patologici, come l'ipertrofia legislativa penale e amministrativa, la dissoluzione del bene giuridico, la messa in crisi dell'offensività, l'anticipazione della tutela rivolta a beni giuridici indiretti, strumentali o futuri.

Ad oggi sembra impossibile addivenire ad un *discrimen*, se non meramente formale, tra le due categorie di illeciti, essendo queste ricondotte ad un unico sistema di "diritto punitivo", o seguendo l'elaborazione della giurisprudenza CEDU, nella nozione di

⁵⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 67

⁵⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 61

“*matière pénale*”, a partire dal caso Engel e altri⁵⁹, e ciò comporta l’inevitabile estensione delle garanzie penali alla materia amministrativa, anche se sostanzialmente penale.

La dottrina è volta a muovere pesanti critiche all’attuale sistema, in quanto non ritiene possa essere accettabile lasciare libera discrezionalità al legislatore sulla distribuzione degli strumenti penalistici e amministrativistici, in quanto risulterebbe confliggente con qualsiasi ideale di diritto penale liberale; al contempo propone di trovare una distinzione precisa tra le diverse *species* dello stesso *genus*.⁶⁰ Riprendendo le considerazioni di Pietro Nuvolone sul “diritto punitivo”, quanto agli effetti penali, essi devono corrispondere a un certo disvalore dell’illecito penale rispetto a quello amministrativo. Tale disvalore non sarebbe riscontrabile nel dato positivo, ma dovrebbe essere ricostruito e considerato ai fini di una futura elaborazione normativa, con l’aiuto dell’impostazione gradualistica del reato, rinvenuta nell’elaborazione delle teorie quantitative degli anni ’70-’80 del 1900, dando rilievo all’antigiuridicità materiale dell’offesa ai beni giuridici tutelati.⁶¹

1.8 La nozione europea di “*matière pénale*”, gli *Engel criteria* e il confronto con il diritto punitivo italiano

La Corte Edu giunge ad un’interpretazione autonoma del concetto di “*matière pénale*”, svincolato dal *nomen iuris* e dalla definizione attribuiti nei singoli Stati.

La ragione garantistica di tale autonomia emerge già dalla sentenza Engel: “Se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare disciplinare piuttosto che penale un illecito, o perseguire l’autore di un illecito “misto” sul piano disciplinare invece che per via penale, l’effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7⁶² sarebbe subordinato alla

⁵⁹ Corte Edu, Plenaria, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72

⁶⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 68

⁶¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 69

⁶² Art. 6 CEDU: Diritto a un equo processo

“1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti

loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione.”⁶³

Per stabilire se una certa misura rientra nella “*matière pénale*”, la Corte utilizza i cd *Engel criteria*, elaborati dalla giurisprudenza della stessa nel *leading case* Engel e altri c. Paesi Bassi del 1976. La qualificazione interna costituisce il punto di partenza; il secondo e il terzo criterio operano in via alternativa, ferma la possibilità di una valutazione cumulativa quando l'esame separato non conduca a una conclusione univoca⁶⁴; essi guardano alla classificazione dell'illecito nella legge nazionale, anche se questo si può dire sia un indice relativo, alla natura dell'illecito, guardando sia il contenuto (con riferimento alla gravità del fatto, al danno prodotto, alla riprovazione sociale che ne consegue), la struttura (con riferimento alla portata del precetto), la finalità della sanzione, ed infine alla gravità della sanzione.⁶⁵ Si tratta di criteri di tipo materiale per individuare il carattere penale della

in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: [...]”

Art. 7 CEDU: *Nulla poena sine lege*

“1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”

⁶³ Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., co. 81

⁶⁴ Come stabilito dalla Corte EDU: Corte EDU, Camera, 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, n. 12547/86, co. 47; Il rapporto tra i criteri è esplicitato dalla Corte nei seguenti termini: Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di “accusa in materia penale” ai sensi dell'articolo 6 co. 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura “penale” rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della “materia penale”. Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale” Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, co. 94. L'approccio cumulativo trova un'applicazione significativa in Bendenoun, dove la Corte osserva: “In secondo luogo, le sovrattasse fiscali non sono intese come compensazione pecuniaria di un danno, ma essenzialmente come una punizione volta a dissuadere dalla recidiva. In terzo luogo, esse sono imposte in forza di una norma generale, il cui scopo è al tempo stesso dissuasivo e punitivo. [...] Dopo aver soppesato i vari aspetti del caso, la Corte rileva la predominanza di quelli che presentano una connotazione penale. Nessuno di essi è decisivo da solo, ma considerati insieme e cumulativamente essi rendevano l'”accusa” in questione “penale” ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 (art. 6-1), che era pertanto applicabile.” Corte EDU, Bendenoun c. Francia, cit., co. 47

⁶⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 71-72; in tal senso anche PALIERO C.E., “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894ss

norma in esame, che la Corte di Strasburgo utilizza dando particolare rilievo alla sanzione prevista.

Nella formulazione originaria dei criteri, la Corte precisa: “A tale proposito, è importante stabilire anzitutto se la o le disposizioni che definiscono l'illecito in contestazione appartengano, secondo la tecnica giuridica dello Stato convenuto, al diritto penale, al diritto disciplinare o contemporaneamente ad entrambi. Si tratta tuttavia di un semplice punto di partenza. L'indicazione che fornisce ha soltanto un valore formale e relativo; occorre esaminarla alla luce del denominatore comune alle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. [...] Ma il controllo della Corte non si ferma qui, rivelandosi in generale illusorio se non prendesse in considerazione il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire.”⁶⁶

Nel *leading case*, le infrazioni contestate ai ricorrenti erano ricondotte al diritto disciplinare olandese, pur potendo alcune di esse essere perseguite anche penalmente. La Corte Edu ha quindi verificato se, nonostante tale qualificazione disciplinare, le accuse rientrassero nella nozione convenzionale di “materia penale”. Per il sig. Engel, la sanzione privativa della libertà di cui era passibile è stata ritenuta di durata troppo breve per ricadere in tale ambito. Diversamente, le accuse rivolte ai signori de Wit, Dona e Schul sono state considerate sostanzialmente penali, poiché li esponevano a pesanti sanzioni privative della libertà, indipendentemente dalla sanzione infine irrogata.⁶⁷ La diversa posizione dei ricorrenti rende evidente l'applicazione concreta di questo criterio: “Peraltro, la sanzione privativa di libertà di cui in teoria si vedeva minacciato il signor Engel era di troppo breve durata per rientrare nella “materia penale”; non rischiava del resto di doverla subire alla fine del procedimento da lui introdotto davanti alla Alta Corte militare il 7 aprile 1971 poiché l'aveva già scontata dal 20 al 22 marzo. In compenso, le “accuse” elevate a carico dei signori de Wit, Dona e Schul ricadevano proprio nella “materia penale” perché miravano all'irrogazione di pesanti pene privative di libertà. Certamente l'Alta Corte militare ha comminato al signor de Wit dodici giorni di arresti

⁶⁶ Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., co. 82

⁶⁷ Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., co. 84-85

aggravati, vale a dire una sanzione non privativa di libertà ma l'esito finale del ricorso non può attenuare la posta in gioco iniziale.”⁶⁸

L’analisi mostra che la Corte considera sia la natura sia la gravità della sanzione. In Engel assume particolare rilievo la severità delle misure privative della libertà cui i ricorrenti erano esposti; in Öztürk acquistano rilievo il carattere generale del precetto e la finalità “dissuasiva e punitiva della sanzione”⁶⁹.

In Öztürk, la Corte collega espressamente la funzione della sanzione alla portata generale del precetto: “Soprattutto, il carattere generale della norma e lo scopo della sanzione, al tempo stesso dissuasivo e punitivo, sono sufficienti a dimostrare che l’illecito in questione era, ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione, di natura penale.”⁷⁰

La funzione della nozione convenzionale di “*matière pénale*” deve essere tenuta distinta dalla qualificazione interna dell’illecito. Marco Colacurci, analizzando la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, evidenzia come l’autonomia riconosciuta alla Corte Edu nella qualificazione sostanziale di una sanzione sia finalizzata all’applicazione del sistema di garanzie convenzionali, senza comportare la cancellazione delle differenze che l’ordinamento interno mantiene tra sanzione penale e amministrativa. La riconduzione di una misura all’art. 7 CEDU non imporrebbe, quindi, che essa venga necessariamente irrogata dal giudice penale, potendo le garanzie convenzionali essere assicurate anche nell’ambito di un procedimento amministrativo seguito dal controllo di un organo giurisdizionale dotato di piena giurisdizione.⁷¹

Sul distinto piano delle garanzie processuali dell’art. 6 CEDU, Grande Stevens precisa: “Il rispetto dell’articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia imposta in primo luogo da un’autorità amministrativa. Esso presuppone, tuttavia, che la decisione di un’autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell’articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione. Fra le caratteristiche

⁶⁸ Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., co. 85

⁶⁹ Corte EDU, plenaria, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, n. 8544/79, co. 53. La pronuncia valorizza congiuntamente il carattere generale della norma e la finalità dissuasiva e punitiva della sanzione, ritenendoli sufficienti a ricondurre l’illecito alla “*matière pénale*” ai fini dell’applicazione dell’art. 6 CEDU

⁷⁰ Corte EDU, Öztürk c. Germania, cit., co. 53

⁷¹ COLACURCI M., *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pen-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 799-805

di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore.”⁷²

Anche la Corte di giustizia ha recepito i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, i quali sono enunciati nella sentenza Bonda e successivamente richiamati in Åkerberg Fransson⁷³, essi consentono di valutare la natura penale delle misure sanzionatorie ai fini delle garanzie europee. In particolare, nella sentenza Bonda la Corte afferma:

“Secondo tale giurisprudenza, a tale riguardo sono pertinenti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura e nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere [...]. Riguardo al primo criterio, occorre rilevare che le misure previste dall'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 non sono considerate di natura penale dal diritto dell'Unione, il quale dev'essere assimilato, nella specie, al “diritto nazionale” ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per quanto riguarda il secondo criterio, occorre verificare se la sanzione inflitta all'operatore persegua, in particolare, una finalità repressiva. [...] Nel caso di specie, emerge dall'analisi effettuata nei punti 28-32 della presente sentenza che le misure previste dall'articolo 138, paragrafo 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004 possono essere applicate unicamente agli operatori economici che usufruiscono del regime di aiuti introdotto da tale regolamento e che la finalità di tali misure non è repressiva, ma consiste, essenzialmente, nel proteggere la gestione dei fondi dell'Unione mediante l'esclusione temporanea di un beneficiario che ha incluso dichiarazioni inesatte nella sua domanda di aiuti. [...] Per quanto riguarda il terzo criterio, occorre rilevare, oltre a quanto sottolineato al punto 41 della presente sentenza, che le sanzioni previste dall'articolo 138, paragrafo 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004 hanno come unico effetto quello di privare l'agricoltore interessato dalla prospettiva di ottenere un aiuto. Perciò, le citate sanzioni non possono essere assimilate a sanzioni di natura penale sulla base del terzo criterio menzionato al punto 37 della presente sentenza. Emerge da tutte le considerazioni suesposte che le caratteristiche delle sanzioni previste

⁷² Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 139

⁷³ Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, causa C-617/10, co. 35

dall'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 non consentono di considerare che esse debbano essere qualificate sanzioni di natura penale. Di conseguenza, si deve rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 deve essere interpretato nel senso che le misure previste nel secondo e nel terzo comma di tale disposizione, consistenti nell'escludere un agricoltore dal beneficio dell'aiuto per l'anno a titolo del quale ha presentato una falsa dichiarazione quanto alla superficie ammissibile e nel ridurre l'aiuto cui potrebbe avere diritto a titolo dei tre anni civili successivi per un importo corrispondente alla differenza tra la superficie dichiarata e la superficie determinata, non costituiscono sanzioni di natura penale.”⁷⁴.

L'utilizzo degli *Engel criteria*, ha portato all'espansione della “*matière pénale*”, riconducendoci illeciti che nominalisticamente non sono penali, cui si devono comunque applicare le garanzie previste agli art. 6-7 CEDU.

Un'applicazione significativa dei criteri sostanziali elaborati a Strasburgo si è avuta con la sentenza Grande Stevens e altri c. Italia, relativa alle sanzioni Consob previste per la manipolazione del mercato, nella quale, come osserva Marcello Oreste Di Giuseppe, la Corte Edu ha superato il *nomen iuris* attribuito dall'ordinamento interno e ha ricondotto le sanzioni amministrative previste dall'art. 187-ter TUF⁷⁵ alla materia penale, valorizzandone la natura repressiva, la severità e gli effetti. La pronuncia mostra con chiarezza come la qualificazione formale non possa essere utilizzata per sottrarre una misura sostanzialmente punitiva al sistema delle garanzie convenzionali.⁷⁶

⁷⁴ Corte giust., Grande Sezione, 5 giugno 2012, Bonda, causa C-489/10, co. 37-46

⁷⁵ Art. 187 ter TUF: Manipolazione del mercato:

“1. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014.

2. Si applica la disposizione dell'articolo 187 bis, comma 5.

4. Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa ai sensi del presente articolo chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.”

⁷⁶ DI GIUSEPPE M.O., *Sentenza “Grande Stevens”: il ne bis in idem*, in *Rass. trib.*, 2014, 1440 ss. La motivazione chiarisce in particolare la funzione delle sanzioni irrogate: “Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità (si veda, *mutatis mutandis*, Jussila, sopra citata, § 38). Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo, di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori.” Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 96

La riconduzione delle sanzioni Consob alla “*matière pénale*” produce conseguenze decisive anche sul diverso piano del *ne bis in idem*.

Nel caso Grande Stevens, il riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative ha comportato l'applicazione del *ne bis in idem* alla prosecuzione del procedimento penale relativo ai medesimi fatti, dopo che le condanne inflitte in sede amministrativa erano diventate definitive. Tale conclusione deve essere riferita alla duplicazione procedimentale esaminata nella pronuncia e letta alla luce dei successivi sviluppi giurisprudenziali, che saranno adeguatamente approfonditi nel capitolo 3, che attribuiscono rilievo alla connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti.⁷⁷ La garanzia convenzionale non opera, infatti, soltanto contro una seconda condanna, ma protegge il soggetto anche dall'instaurazione o dalla prosecuzione di un nuovo procedimento punitivo per un fatto già definitivamente giudicato. Il carattere problematico del doppio binario deriva quindi dalla duplicazione del procedimento e non soltanto dall'eventuale cumulo finale delle sanzioni.

Ai fini dell'individuazione dell'*idem*, la Corte adotta inoltre un approccio sostanzialistico, riferito al fatto concretamente contestato. Non è decisivo stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli art. 185⁷⁸ e 187-ter TUF siano perfettamente coincidenti sul piano astratto, ma occorre verificare se le contestazioni formulate nei due procedimenti riguardino la medesima condotta storica.⁷⁹

È la stessa Corte a delimitare in questi termini l'oggetto del confronto: “A tale riguardo, la Corte osserva che, contrariamente a quanto sembra affermare il Governo, dai principi

⁷⁷ Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 222-228

⁷⁸ Art. 185 TUF: Manipolazione del mercato:

“1. Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni. La pena è della reclusione da due a sette anni e della multa da euro venticinquemila a euro sei milioni se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale.

1-bis. Non è punibile chi ha commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell'articolo 13 del regolamento (UE) n. 596/2014.

2. Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo.”

⁷⁹ ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., 1064-1065

enunciati nella causa Sergueï Zolotoukhin sopra citata risulta che la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta.”⁸⁰

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che il procedimento amministrativo e quello penale avevano ad oggetto “*una unica e stessa condotta*”, posta in essere dalle stesse persone e nella stessa data. Questa impostazione si contrappone al criterio formale tradizionalmente seguito nell’ordinamento interno, incentrato sul confronto strutturale tra le fattispecie astratte, e impedisce al legislatore di eludere il divieto attraverso la frammentazione normativa del medesimo accadimento in una pluralità di illeciti.

La decisione evidenzia così una tensione strutturale tra la concezione convenzionale del *ne bis in idem* e gli ordinamenti nazionali fondati sulla collaborazione tra autorità amministrativa e giudiziaria. Poiché la sanzione amministrativa diviene generalmente definitiva prima della conclusione del procedimento penale, il riconoscimento della sua natura sostanzialmente penale può precludere la prosecuzione di quest’ultimo. La soluzione non può essere ricercata nella semplice attenuazione dell’afflittività della misura amministrativa, poiché anche una sanzione di lieve entità può rientrare nella “*matière pénale*” quando persegua una finalità punitiva.⁸¹ Il punto trova una formulazione netta nella sentenza Öztürk: “La relativa scarsa gravità della sanzione in gioco non può privare un illecito del suo carattere intrinsecamente penale.”⁸² Spetta quindi anzitutto al legislatore coordinare i diversi strumenti repressivi, scegliendo tra la risposta penale e quella amministrativa ed evitando la duplicazione dei binari sanzionatori rispetto alla stessa condotta.⁸³

L’ampliamento della materia penale ha prodotto effetti anche sul terreno delle garanzie sostanziali.

⁸⁰ Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 224

⁸¹ ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., 1064-1065

⁸² Corte EDU, Öztürk c. Germania, cit., co. 54

⁸³ ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., 1064-1065

Francesco Mazzacuva sottolinea come l'apertura dell'ordinamento nazionale alle fonti sovranazionali e l'impiego degli Engel *criteria* abbiano determinato una progressiva ridefinizione dell'ambito operativo dei principi di irretroattività e di retroattività favorevole, estendendone la considerazione anche a manifestazioni del potere sanzionatorio formalmente amministrative. L'"omogeneità teleologica" riconosciuta tra pena e altre sanzioni punitive rende difficilmente giustificabile che il divieto di retroattività *in peius* dipenda unicamente dalla qualificazione formale scelta dal legislatore.⁸⁴

L'estensione delle garanzie convenzionali alle sanzioni sostanzialmente penali ha inciso sul dibattito italiano relativo all'applicabilità delle garanzie costituzionali all'illecito amministrativo. Occorre tuttavia distinguere il piano convenzionale da quello costituzionale: l'art. 1 della l. n. 689 del 1981⁸⁵ prevede espressamente la legalità e l'irretroattività della sanzione amministrativa, mentre il fondamento e l'estensione delle corrispondenti garanzie costituzionali richiedono un'autonoma ricostruzione.⁸⁶

La Corte Edu ammette una differenziazione all'interno della "*matière pénale*" tra gli illeciti, prevedendo per le ipotesi di diritto penale in senso stretto un livello di garanzie più elevato. Sembra di poter far riferimento alla dottrina italiana di Pietro Nuvolone e Marco Siniscalco del "diritto punitivo" che ricomprende gli illeciti amministrativi, e dell'orientamento sulla graduazione dell'illiceità per la distinzione tra gli illeciti.

Il criterio teleologico, fondato sulla finalità della sanzione, già elaborato nel tentativo di individuare un *discrimen* tra illecito penale e illecito amministrativo, è stato tuttavia progressivamente integrato con ulteriori elementi, essendosi rivelato insufficiente, se considerato isolatamente, a fondare la distinzione tra le due categorie.

L'elasticità dei criteri Engel può rendere incerta la qualificazione sostanzialmente penale della sanzione e accrescere i margini valutativi dell'interprete. Una parte della dottrina

⁸⁴ MAZZACUVA F., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in Dir. pen. proc., 2020, 417ss

⁸⁵ Art. 1. L.689/1981: Principio di legalità:

"Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati."

⁸⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 76ss

italiana ne ha perciò criticato l'impostazione casistica, valorizzando una ricostruzione sistematica del diritto punitivo e della finalità della sanzione. Tali obiezioni non equivalgono, tuttavia, a un generale rifiuto della categoria convenzionale nell'ordinamento interno.

La più recente elaborazione conferma, peraltro, che l'accoglimento dei criteri Engel non ha eliminato le difficoltà applicative. Luca Masera osserva come tali criteri siano ormai stabilmente recepiti anche dalla Corte costituzionale, ma mette in evidenza i problemi che emergono nel loro concreto utilizzo. Analizzando recenti decisioni della Consulta, l'Autore rileva che gli Engel *criteria* possono prestarsi, nell'applicazione interna, a "forzature, se non a vere e proprie distorsioni", con il rischio che il richiamo alla materia penale finisca per offrire una veste sistematica a soluzioni influenzate da contingenti valutazioni di politica criminale.⁸⁷

Il dato consente di precisare l'affermazione circa l'elasticità della nozione convenzionale: il problema non consiste più nel rifiuto, da parte dell'ordinamento interno, della categoria europea, ma nella necessità di individuare con maggiore certezza il peso reciproco dei criteri e le conseguenze garantistiche derivanti dalla qualificazione sostanzialmente penale. La "*matière pénale*" si conferma una categoria funzionale all'estensione delle garanzie, ma non elimina l'esigenza di preservare differenze ragionevoli tra i diversi sottosistemi punitivi.⁸⁸

Per quanto riguarda l'estensione delle garanzie costituzionali, la vera differenza tra illecito penale e amministrativo si troverebbe in ambito processuale, data dall'assenza di una piena giurisdizionalizzazione del processo di accertamento amministrativo, e risulta evidente come nella prassi questa sia la regola generale e la presenza successiva del processo giurisdizionale in sede di opposizione al provvedimento amministrativo che irroga la sanzione, sia l'eccezione. È da questo che emerge la diversa graduazione del disvalore degli illeciti, che si riflette nella tutela giurisdizionale.⁸⁹

⁸⁷ MASERA L., *I criteri Engel alla prova della prassi interna. La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di matière pénale*, in *Sistema penale*, 2/2025, 14 ss, 20

⁸⁸ MASERA L., *I criteri Engel alla prova della prassi interna*, cit., 15 e 20-21

⁸⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 77ss

1.9 Le sanzioni pecuniarie civili del d.lgs. n. 7 del 2016 tra III binario sanzionatorio e *ne bis in idem* sostanziale infra-sistematico

È sempre stato solito consentire, nell'ordinamento, il cumulo sanzionatorio civile e penale, in particolare per quanto attiene al risarcimento del danno, a causa della distinzione ontologica, strutturale e teleologica fra i due illeciti.

Per quanto riguarda la struttura dell'illecito civile extra-contrattuale risulta essere atipica e aperta, senza alcuna tipizzazione quanto alle modalità di lesione, né ad un numero chiuso di diritti che in quanto lesi comportino una responsabilità civile; inoltre, le conseguenze per il danneggiante risultano essere indeterminate nell'*an* e nel *quantum*⁹⁰.

Si può sostenere che le sanzioni risarcitorie mirino solamente a reintegrare la lesione patrimoniale subita, senza alcun fine di prevenzione, ma con l'unico scopo di eliminare le conseguenze dannose, potendosi individuare solo in via indiretta un effetto preventivo nella sanzione civile insita all'idea di diritto, cui seguono “tecniche coercitive di adeguamento e controllo”⁹¹.

La logica dell'illecito civile è quella privatistica di ripristinare lo *status quo ante*, naturalistico o economico.

Per quanto attiene alla quantificazione della sanzione, si fa riferimento unicamente all'entità del danno subito dal danneggiato, senza tenere in considerazione il disvalore del fatto o la personalità del danneggiante.

Rileva in tema l'esclusione operata dalla Corte Edu dalla “*matière pénale*”, in riferimento alle misure con finalità riparativa, quale appunto il risarcimento del danno civilistico.⁹²

Il legislatore con il d.lgs n. 7 del 2016, non si è limitato ad abrogare alcuni reati, come ad esempio l'ingiuria, ma li ha re-introdotti come illeciti civili, prevedendo per questi una sanzione pecuniaria civile, in cumulo con il risarcimento del danno, poiché non è riferita al *quantum* del danno, ma alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, alla

⁹⁰ È così affermato da M. Donini, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 78)

⁹¹ Così afferma Tullio Padovani, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 79)

⁹² SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 78ss

personalità e condizione economica dell'agente, come previsto agli art. 5 e 6⁹³, per i quali il legislatore ha preso a riferimento gli art. 99-101-110⁹⁴ del codice penale.⁹⁵

Anche Mantovani pone in rilievo l'autonomia della nuova sanzione rispetto alla funzione meramente risarcitoria: la sanzione pecuniaria civile si affianca infatti al risarcimento del danno e assume una propria funzione punitiva, risultando parametrata non soltanto alle conseguenze prodotte, ma anche alla gravità della violazione e alle caratteristiche del soggetto responsabile.⁹⁶

Il d.lgs. n. 7 del 2016 deve essere collocato, più precisamente, nel quadro della duplice delega contenuta nell'art. 2 della l. n. 67 del 2014. Alberto Gargani rileva come fino a quel momento l'alternativa tipica alla pena era stata rappresentata dalla sanzione amministrativa punitiva; la legge delega ha invece affiancato alla tradizionale trasformazione dei reati in illeciti amministrativi una seconda tecnica, consistente nell'abrogazione di alcune figure delittuose e nella contestuale previsione di illeciti civili sottoposti a sanzione pecuniaria. Il contemporaneo esercizio delle due deleghe attraverso i d.lgs. n. 7 e n. 8 del 2016 realizza così quella che l'Autore definisce una "depenalizzazione bipolare", segnando l'ingresso di una nuova alternativa punitiva al diritto penale.⁹⁷

⁹³ Art. 5 D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7: Criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie:

"1. L'importo della sanzione pecuniaria civile è determinato dal giudice tenuto conto dei seguenti criteri:

- a) gravità della violazione;
- b) reiterazione dell'illecito;
- c) arricchimento del soggetto responsabile;
- d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito;
- e) personalità dell'agente;
- f) condizioni economiche dell'agente."

Art. 6 D.lgs. 15 gennaio 2016: Reiterazione dell'illecito:

"1. Si ha reiterazione nel caso in cui l'illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile sia compiuto entro quattro anni dalla commissione, da parte dello stesso soggetto, di un'altra violazione sottoposta a sanzione pecuniaria civile, che sia della stessa indole e che sia stata accertata con provvedimento esecutivo.

2. Ai fini della presente legge, si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni."

⁹⁴ L'Art. 99 disciplina la "Recidiva", l'Art. 101 "Reati della stessa indole" e l'Art. 110 la "Pena per coloro che concorrono nel reato"

⁹⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 82

⁹⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 1068-1070

⁹⁷ GARGANI A., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *La legislazione penale*, 3 dicembre 2018, 2-3. L'Autore richiama, tra gli altri, PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della l. n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss, e GULLO A., *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi*, in *La legislazione penale*

Le due componenti della depenalizzazione “bipolare” presentano, tuttavia, un’ampiezza diversa. La trasformazione dei reati in illeciti amministrativi riguarda un numero potenzialmente elevato di fattispecie, individuate in genere mediante un criterio formale collegato alla specie della pena originariamente prevista, ma limitato da numerose esclusioni per materia. La trasformazione in illeciti civili ha invece interessato un gruppo ristretto e omogeneo di reati, selezionati in ragione della natura privata degli interessi offesi. La maggiore cautela del legislatore è dovuta al carattere sperimentale della nuova tecnica sanzionatoria, che non sostituisce la pena con la tradizionale sanzione amministrativa, ma trasferisce la risposta punitiva all’interno del giudizio civile.⁹⁸

La genesi della nuova categoria era stata messa in luce, già nella fase di attuazione della delega, anche da Carlo Masieri, il quale osservava come l’art. 2, co. 3, della l. n. 67 del 2014 imponesse non soltanto l’abrogazione di alcuni reati -tra cui l’ingiuria e il danneggiamento semplice- ma anche la contestuale introduzione di una “sanzione pecuniaria civile” per le medesime condotte. La scelta legislativa non coincide, dunque, con una mera rinuncia alla sanzione, ma con la sostituzione della risposta criminale attraverso un diverso meccanismo punitivo, collocato nel processo civile.⁹⁹

Il disvalore degli illeciti viene quindi traslato dall’area del penalmente rilevante a quella delle relazioni private, costituendo un fenomeno definito “privatizzazione della tutela” da Gargani¹⁰⁰. Il penalista Franco Bricola si era già espresso favorevolmente sul ricorso a sanzioni civili, “etichettate o meno come pene private”, prospettando, soprattutto nel campo dei diritti della personalità, una tutela civile con funzione complementare rispetto a quella penale, oppure esclusiva negli ambiti lasciati scoperti dalla tipicità e dalla frammentarietà dell’intervento penale.¹⁰¹

Nel diritto privato si discute della presenza di istituti con una funzione anche afflittiva. Occorre però distinguere la responsabilità aggravata prevista dall’art. 96 c.p.c. dalla

⁹⁸ GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2016, 573

⁹⁹ MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*. In merito all’esercizio della delega di cui all’art. 2, co. 3, legge 28 aprile 2014, n. 67, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1 ss, 2-4.

¹⁰⁰ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria” (art. 2 L. 28.4.2014 N. 67)*, in *Leg. pen.*, 2015, 15

¹⁰¹ BRICOLA F., *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, 36; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 80

caparra confirmatoria disciplinata dall'art. 1385 c.c. La possibile rilevanza di funzioni ulteriori rispetto alla reintegrazione del danno deve essere valutata separatamente per ciascun istituto.

Le pene private previste dagli illeciti civili sarebbero uguali alle sanzioni punitive degli illeciti penali quanto alla finalità, ma si diversificherebbero da queste per l'iniziativa di parte e il destinatario della prestazione, risultando quindi affini alle sanzioni civili.

Le sanzioni pecuniarie civili introdotte dal d.lgs. n. 7 del 2016 presentano una funzione punitiva che consente un confronto con i *punitive damages*, pur nella diversità delle rispettive discipline. Con la sentenza n. 16601 del 2017,¹⁰² le Sezioni Unite hanno escluso l'incompatibilità ontologica dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, subordinando però il riconoscimento delle sentenze straniere al rispetto di requisiti di tipicità, prevedibilità e limiti quantitativi della condanna. È rinvenibile nella sanzione pecuniaria civile un indebolimento della finalità ripristinatoria, a favore di un rafforzamento della dimensione pubblicistica e afflittiva.¹⁰³

La natura punitiva del nuovo istituto risulta ancora più evidente nella ricostruzione di Gargani, il quale rileva come l'azione punitiva discende dal giudizio civile promosso dalla persona offesa, ma la sanzione è devoluta alla Cassa delle ammende e i criteri della sua commisurazione presentano una "significativa assonanza" con quelli propri della sanzione penale; alla dimensione privatistica del procedimento si affiancano inoltre la tipizzazione degli illeciti, la valorizzazione dell'elemento soggettivo, la disciplina della reiterazione e del concorso di persone. La sanzione pecuniaria civile risulta "ultra-compensativa" e non può essere ricondotta alla sola funzione di reintegrazione del danno.¹⁰⁴

Roberto Bartoli giunge alla medesima conclusione muovendo da una ricostruzione sistematica dei caratteri dell'illecito punitivo civile: "prospettiva retrospettiva dell'accertamento, tipizzazione delle fattispecie, comminatoria tra minimo e massimo,

¹⁰² Cass. civ., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601

¹⁰³ L. BIN, *Recensione a C. SILVA, Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli. Torino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, 2

¹⁰⁴ GARGANI A., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, cit., 3-4. L'Autore richiama PADOVANI T., *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 180, quanto alla "significativa assonanza" con i parametri di determinazione della sanzione penale

commisurazione che considera anche la personalità e le condizioni economiche dell’Autore”, elemento soggettivo, devoluzione della somma allo Stato, intrasmissibilità dell’obbligo agli eredi e previsione di istituti di evidente matrice penalistica. Proprio tali elementi consentono all’Autore di qualificare il nuovo sistema come un “*tertium genus*”, collocato in una scala decrescente di afflittività dopo il diritto penale e l’illecito punitivo amministrativo.¹⁰⁵

Una diversa ricostruzione, maggiormente critica rispetto alla configurazione di un autonomo terzo binario, è proposta da Giovanni Cocco ed Enrico Mario Ambrosetti, i quali muovono dalla destinazione pubblica della sanzione per porne in dubbio l’effettiva natura civilistica. La devoluzione della somma allo Stato, anziché al soggetto leso, finirebbe infatti per ridimensionare la componente ripristinatoria e di ricomposizione del rapporto tra autore e vittima, facendo invece emergere la “funzione afflittiva, preventiva e retributiva della misura”. In questa prospettiva, il nuovo istituto non sarebbe pienamente assimilabile né ai *Punitive Damages* né ad un autonomo “terzo binario” della punibilità, emergendo piuttosto il rischio che la qualificazione civilistica finisca per occultare la natura sostanzialmente punitiva della risposta sanzionatoria.¹⁰⁶

Anche se la riforma si riferisce a specifiche e limitate ipotesi, emerge il tentativo di sperimentazione del legislatore, che ha portato la dottrina ad interrogarsi se questo possa essere l’inizio di una “giustizia civile quale frontiera del diritto punitivo”¹⁰⁷.

Con riguardo alle garanzie costituzionali, queste dovrebbero ritenersi applicabili anche per l’ipotesi delle sanzioni pecuniarie civili, venendo in rilievo la finalità punitiva.¹⁰⁸

La riconosciuta natura punitiva non comporta, tuttavia, una necessaria e integrale sovrapposizione dello statuto garantistico dell’illecito civile a quello penale. Bartoli sottolinea infatti la necessità che “ciò che è punitivo sia coperto da garanzie”, ma evidenzia al contempo l’opportunità di una razionale differenziazione tra sistemi. L’illecito civile punitivo rimane caratterizzato dall’assenza del carattere proprio della

¹⁰⁵ BARTOLI R., *Cifra essenziale, statuto costituzionale e ruolo sistematico dell’illecito punitivo civile*, in *disCrimen*, 2020, 2-3

¹⁰⁶ AMBROSETTI E. M., *Il concorso apparente di norme*, in G. COCCO- E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale, I, 1. La legge penale*, Padova, 2016, 222ss

¹⁰⁷ GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare*, cit., 601

¹⁰⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 2

condanna penale e dell'iscrizione nel casellario, dalla giurisdizione civile e dalla centralità dell'iniziativa della persona offesa; la comune natura afflittiva impone quindi un nucleo di garanzie, senza cancellare l'alterità strutturale del nuovo sottosistema.¹⁰⁹

La necessità di tale nucleo garantistico trova conferma anche nella disciplina concreta degli illeciti introdotti dal d.lgs. n. 7 del 2016.

Secondo Gargani, l'originaria matrice penale delle fattispecie emerge dalla rigorosa tipizzazione delle condotte, dalla previsione di limiti edittali e dal mantenimento del dolo quale criterio di imputazione della sanzione. A questi elementi si aggiungono la finalità afflittiva della misura, la sua applicazione da parte dell'autorità giudiziaria sulla base di una previsione legislativa e l'istituzione di un registro dei provvedimenti di condanna rilevante ai fini della reiterazione. Tali caratteristiche costituiscono indici della possibile riconduzione degli illeciti civili alla nozione convenzionale di "*matière pénale*" e impongono il rispetto delle corrispondenti garanzie individuali. La natura punitiva delle fattispecie comporta inoltre che eventuali lacune della disciplina non possano essere colmate attraverso l'analogia, dovendo essere rispettati i principi di tipicità e frammentarietà propri della materia penale.¹¹⁰

La questione che si pone è quella che riguarda il rapporto tra illecito civile, penale e amministrativo in riferimento al concorso apparente infra-sistematico, perché sembrerebbe essere sorto, a partire dal d.lgs n.7 del 2016, un terzo binario sanzionatorio¹¹¹, e si porrebbero problemi con riferimento al principio del *ne bis in idem* sostanziale infra-sistematico, tra illeciti civili che prevedono sanzioni pecuniarie civili e illeciti penali e amministrativi, non essendo prevista una risoluzione del concorso in ordine alla specialità, come invece è presente all'Art. 9 della L. n. 689 del 1981, o all'Art 19 del d.lgs n. 74 del 2000¹¹² per il concorso tra illecito amministrativo e penale.¹¹³

¹⁰⁹ BARTOLI R., *Cifra essenziale, statuto costituzionale e ruolo sistematico dell'illecito punitivo civile*, cit., 3-9, 7-9

¹¹⁰ GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare*, cit., 587-588

¹¹¹ BIN L., *Recensione a C. SILVA, Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 2

¹¹² Art. 19 d.lgs n. 74 del 2000: Principio di specialità:

"1. 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.

2. Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell' articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato e resta ferma la responsabilità degli enti e società prevista dall'articolo 21, comma 2-bis."

¹¹³ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 83

La disciplina attuale costituisce il risultato di una progressiva trasformazione dei rapporti tra accertamento tributario e processo penale. L'art. 21 della l. n. 4 del 1929 subordinava¹¹⁴, infatti, l'esercizio dell'azione penale alla formazione del giudicato tributario, secondo il modello della cd. "pregiudiziale tributaria". Tale impostazione venne superata dalla l. n. 516 del 1982, con la quale fu introdotto un primo "mite", doppio binario, fondato sulla reciproca autonomia dei procedimenti, pur riconoscendo alla sentenza penale efficacia nel processo tributario limitatamente ai fatti materiali accertati. Il d.lgs. n. 74 del 2000 ha consolidato questa scelta: mentre l'art. 19 regola il rapporto tra sanzione penale e amministrativa attraverso il principio di specialità, l'art. 20¹¹⁵ conferma l'autonomia dei rispettivi procedimenti. Proprio tale autonomia, tuttavia, espone il sistema al rischio di valutazioni divergenti e di una duplicazione della risposta sanzionatoria rispetto al medesimo fatto.¹¹⁶

È grazie all'esperienza del diritto tributario che la previsione legislativa del principio di specialità non è sempre sufficiente a impedire la concreta duplicazione della risposta punitiva.

Andrea Carinci osserva che l'introduzione dell'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000 aveva segnato l'ingresso del *ne bis in idem* sostanziale nel sistema sanzionatorio tributario, sostituendo al precedente cumulo tra sanzioni penali e amministrative una regola almeno formalmente fondata sull'alternatività. La specialità dovrebbe infatti consentire l'applicazione di una sola disposizione quando le fattispecie convergenti esprimono il medesimo contenuto di disvalore. La disposizione, tuttavia, si limita a enunciare il criterio

¹¹⁴ Art 21 L. 7 gennaio 1929, n. 4:

"La cognizione dei reati preveduti dalle leggi finanziarie spetta:

1) al pretore quando si tratti di reati per i quali è stabilita la sola pena della multa o dell'ammenda;
2) al tribunale in ogni altro caso.

Il tribunale è altresì competente a conoscere delle contravvenzioni indicate nel n. 1, quando, contro il decreto di condanna pronunciato dall'intendente, sia stata proposta opposizione.

La competenza per territorio è determinata dal luogo dove il reato è accertato."

¹¹⁵ Art. 20 d.lgs n. 74 del 2000: Rapporti tra procedimento penale e processo tributario:

"1. Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione.

1-bis. Le sentenze rese nel processo tributario, divenute irrevocabili, e gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, anche a seguito di adesione, aventi a oggetto violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale, possono essere acquisiti nel processo penale ai fini della prova del fatto in essi accertato."

¹¹⁶ RUSSO F., *L'equilibrio storico sistematico tra processo penale e tributario alla luce dei principi CEDU e pronunce della Corte EDU*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2017, 133-135

senza precisarne le concrete modalità applicative, rimettendo all'interprete la definizione della relazione tra gli illeciti. La crisi della specialità finisce così per tradursi in una crisi dello stesso *ne bis in idem*, poiché la mancata operatività del criterio rende nuovamente possibile il cumulo tra sanzioni amministrative e penali sostanzialmente dirette a punire la medesima condotta.¹¹⁷

Nella prassi, il criterio previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000 è stato progressivamente aggirato attraverso una lettura dello "stesso fatto" riferita alle fattispecie astratte, ossia all'*idem* legale, anziché all'accadimento "storico-naturalistico". La mancata coincidenza strutturale tra l'illecito penale e quello amministrativo ha così consentito l'applicazione congiunta delle relative sanzioni, determinando lo scivolamento del sistema tributario verso un doppio binario cumulativo e facendo emergere il problema della sua compatibilità con il *ne bis in idem*. La specialità, anche se formalmente viene considerata come un criterio di coordinamento, non è stata in grado di assicurare da sola l'alternatività tra i due strumenti punitivi. Il d.lgs. n. 87 del 2024 ha cercato di correggere tali conseguenze introducendo l'art. 21-ter¹¹⁸, in forza del quale, quando per il medesimo fatto sia stata già applicata in via definitiva una sanzione penale, amministrativa tributaria o amministrativa dipendente da reato, l'autorità chiamata a intervenire successivamente deve tenerne conto nella determinazione della sanzione di propria competenza, al fine di ridurne la misura. La disposizione recepisce una logica di proporzionalità complessiva della risposta punitiva, ma non ripristina un'autentica alternatività tra i procedimenti: il *ne bis in idem* viene così ricondotto a un criterio di compensazione sanzionatoria: al decisore che interviene per secondo è affidato il compito di assicurare una risposta punitiva complessivamente proporzionata, tenendo conto della sanzione già divenuta definitiva. Questa soluzione, tuttavia, "finisce per esaltare la discrezionalità del giudice o dell'autorità amministrativa", senza offrire "nitidi criteri di ragguaglio tra sanzioni eterogenee" né indicazioni generali capaci di orientarne l'applicazione. Rimane necessario verificare la sussistenza di una "connessione sostanziale e temporale

¹¹⁷ CARINCI A., *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2/2015, 499-501

¹¹⁸ Art. 21 ter d.lgs. n. 74/2000: Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative: "Quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice o l'autorità amministrativa, al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al fine di ridurne la relativa misura, tiene conto di quelle già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva."

sufficientemente stretta” tra i procedimenti, poiché la mera riduzione della seconda sanzione non esaurisce le condizioni elaborate dalla giurisprudenza sovranazionale per ammettere un sistema integrato di tutela. La persistenza del cumulo rivela, più in generale, la posizione recessiva assunta dal principio di sussidiarietà. Il potenziamento delle sanzioni amministrative non ha infatti comportato una corrispondente contrazione dell’intervento penale, ma ha favorito la coesistenza di più binari applicabili al medesimo fatto: quello penale, quello amministrativo tributario e, nei confronti degli enti, quello derivante dal d.lgs. n. 231 del 2001. La pluralità delle risposte è giustificata dalla loro diversa funzione: la pena tributaria è sempre più orientata a promuovere condotte riparatorie e il recupero dell’imposta evasa; la sanzione amministrativa conserva una marcata funzione afflittiva e deterrente; il sistema della responsabilità degli enti mira prevalentemente alla prevenzione organizzativa e alla successiva rimozione delle conseguenze del reato. Questo “policentrismo funzionale” contribuisce a spiegare la conservazione dei diversi binari, ma non elimina il rischio che la loro convergenza produca una duplicazione sproporzionata del medesimo giudizio di disvalore.¹¹⁹

Il problema della convergenza tra più strumenti punitivi può presentarsi anche al di fuori del tradizionale rapporto tra sanzione penale e sanzione amministrativa. Andrea Francesco Tripodi prende in considerazione, in particolare, il cumulo tra pena e sanzione disciplinare applicate per il medesimo fatto. Sebbene la giurisprudenza continui generalmente a collocare la sanzione disciplinare in un settore autonomo rispetto a quello penale, la sua possibile natura afflittiva rende necessario verificarne concretamente la funzione e la gravità. Il rischio di duplicazione risulta ancora più evidente quando le due misure producono conseguenze sostanzialmente omogenee, come nel caso in cui una pena accessoria interdittiva sia affiancata da una sanzione disciplinare avente il medesimo contenuto. In simili ipotesi, la diversità formale dei procedimenti non è sufficiente a garantire la razionalità complessiva della risposta sanzionatoria.¹²⁰

La trasformazione del sistema sanzionatorio conferma come i criteri di proporzione e sussidiarietà debbano oggi confrontarsi con una pluralità di alternative punitive più ampia

¹¹⁹ MONGILLO V., *Il ‘particolarismo’ cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul D.Lgs. n. 87/2024*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2024, 1563-1564

¹²⁰ Tripodi A. F., *Pluralismo sanzionatorio e diritti fondamentali: il caso del cumulo tra sanzione penale e sanzione disciplinare*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2025, 651 e 657-658.

rispetto a quella esistente all'epoca della legge n. 689 del 1981. Gargani osserva, in particolare, che i criteri posti dalla Circolare del 19 dicembre 1983 conservano valore anche nel nuovo contesto, ma devono essere applicati tenendo conto della presenza del “terzo” binario introdotto dal d.lgs. n. 7 del 2016, della dimensione convenzionale della “*matière pénale*” e del crescente rilievo del *ne bis in idem* sostanziale e processuale. La moltiplicazione delle tecniche punitive rende quindi ancora più urgente l'individuazione di criteri capaci di governarne le interferenze, evitando che la diversità formale dei binari si traduca in una duplicazione ingiustificata dello stesso giudizio di disvalore.¹²¹

La scelta tra le diverse tipologie sanzionatorie rientra nell'ambito della discrezionalità legislativa, ma non può essere considerata del tutto libera. Palazzo individua nella proporzione e nel principio del “minimo sacrificio necessario” alcuni dei principali limiti costituzionali della politica sanzionatoria. La proporzionalità presenta, infatti, una componente assiologica, relativa al bilanciamento tra il diritto sacrificato e l'interesse tutelato, e una componente funzionale, in base alla quale la sanzione deve risultare idonea a perseguire lo scopo e, tra più misure ugualmente efficaci, deve essere scelta quella meno gravosa per i diritti individuali. A tali criteri si affiancano l'ultima *ratio* della pena carceraria, la funzione rieducativa e il divieto di pene contrarie al senso di umanità. Questi principi delimitano le scelte del legislatore, senza tuttavia eliminare lo spazio di discrezionalità politica nella costruzione del sistema sanzionatorio e nell'individuazione delle pene applicabili alle diverse categorie di reato.¹²²

¹²¹ GARGANI A., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive* cit., 18-19.

¹²² PALAZZO F., *‘Preclusioni soggettive’ delle pene sostitutive e principi costituzionali di politica sanzionatoria*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2025, 1168-1169

2.

Concorso apparente

2.1 La configurabilità del concorso apparente tra illecito penale e illecito amministrativo: dal concorso reale alla disciplina dell'art. 9 L. n. 689/1981

L'analisi finora svolta risulta fondamentale al fine della risoluzione del concorso apparente di norme penali ed extra-penali. Prima ancora di individuarne i criteri di risoluzione, occorre tuttavia verificare se un simile concorso sia configurabile, poiché sul punto la dottrina ha assunto posizioni differenti nel corso del tempo, in particolare si ricorda quella di Ferrando Mantovani¹²³, volta ad escluderne totalmente l'ammissibilità.¹²⁴

Si rammenta come la posizione dottrinale condivisa anteriormente alla L. n. 689 del 1981, ammetteva il concorso reale tra gli illeciti amministrativo e penale, con il conseguente cumulo sanzionatorio. A tal proposito Giovanni Conso¹²⁵ sostiene che si debba escludere la possibilità di ravvisare alcun rapporto *genus ad speciem* tra gli illeciti in questione, poiché appartenenti a rami diversi dell'ordinamento. Oppure lo stesso Mantovani afferma che sia sempre necessario rilevare se le norme che si assumono essere concorrenti, abbiano finalità della stessa natura, perché solo in tal caso se ne potrà ammettere un concorso apparente. È proprio a causa della eterogenea natura delle sanzioni civili, penali e amministrative, che il concorso di queste deve ritenersi reale, quale scelta logica del legislatore di considerare il medesimo fatto sotto una pluralità di aspetti, in modo da esaurirne la rilevanza giuridica. L'Autore conclude tale elaborazione sostenendo che si debba muovere l'analisi da una "integrale valutazione giuridica del fatto", dalla quale conseguirebbe l'inapplicabilità del principio di specialità, posto come risolutivo del

¹²³ Così l'illustre penalista Ferrando Mantovani, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 1062-1064

¹²⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 85-86

¹²⁵ Così l'autorevole processual-penalista Giovanni Conso, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 86)

concorso apparente, e utilizzabile dall'interprete solo qualora le "norme convergenti siano di una particolare natura".¹²⁶

Questi orientamenti che affermano il concorso reale tra gli illeciti, sono da un lato rafforzati da una parte della dottrina che fonda il concorso sulla divaricazione ontologica tra gli stessi, e da un'altra che proprio a causa del cumulo sanzionatorio, conferma la distanza tra gli illeciti, come ricordano il penalista Antonio Pagliaro, e l'amministrativista Guido Zanobini. Tali Autori sostengono che le norme penali e amministrative non hanno coincidenza di scopo, nonostante la possibile identità delle fattispecie, e possono concorrere per prevedere una doppia sanzione, senza che questa possa andare a violare il principio di *ne bis in idem* sostanziale, che risulterebbe altrimenti leso.¹²⁷

Alla luce delle prime Leggi di depenalizzazione degli anni 1967 e 1975, inizia a incrinarsi il consolidato cumulo reale tra illeciti penali ed extra-penali, in particolare con riferimento alle ipotesi di illeciti penali e illeciti amministrativi depenalizzati, per poi giungere al progetto dell'art. 9, il quale si riferisce esclusivamente a tali casi di concorso. Prosegue, la dibattuta questione, con il successivo Testo Unificato del Comitato ristretto della Commissione Giustizia del 31 luglio 1980, che prende in considerazione sia il rapporto tra illeciti penale e amministrativo depenalizzato, sia quello tra illeciti penale e amministrativo *ab origine*, prevedendo espressamente per quest'ultimo caso il concorso reale. Il travagliato iter normativo si conclude con la codificazione della Legge del 1981, dove l'introduzione dell'art. 9 ha così riconosciuto la configurabilità di un concorso apparente tra illecito penale e illecito amministrativo, definendolo come concorso di norme "infra-sistematico" o "eterogeneo", presupponendo la possibilità di un confronto tra le relative fattispecie nonostante la diversa natura delle sanzioni.

Dall'analisi del testo emergono delle difformità rispetto all'art. 15 c.p.¹²⁸, dove si parla di "stessa materia", l'art.9 fa riferimento allo "stesso fatto"; inoltre non è stata riportata la clausola di riserva "salvo che sia altrimenti stabilito", la quale era stata inizialmente prevista nel disegno di legge. Sorgono delle problematiche con riferimento a tale

¹²⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 86-87

¹²⁷ L'Autrice cita le tesi di Antonio Pagliaro e Guido Zanobini, in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 87-88

¹²⁸ Art 15 c.p.: Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale: "Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito."

disposizione, chiedendosi gli interpreti se la specialità, così come disciplinata dalla L. del 1981 e dal Codice penale, abbia lo stesso contenuto, e per quanto attiene alla voluta esclusione della clausola di riserva, se si volessero rendere inapplicabili i criteri di sussidiarietà e consunzione.¹²⁹

Una lettura restrittiva della disposizione è proposta da Cocco e Ambrosetti, secondo i quali, nel rapporto tra illecito penale e illecito amministrativo, la regola dirimente posta dall'art. 9 deve essere individuata nel criterio di specialità, non sembrando consentito il ricorso a parametri ulteriori quali la sussidiarietà e la consunzione. Gli Autori rilevano, tuttavia, come tale soluzione possa produrre conseguenze problematiche sul piano politico-criminale: poiché la disciplina amministrativa presenta spesso un carattere maggiormente “settoriale e specializzato”, la sua prevalenza può finire per indebolire la tutela proprio nei settori nei quali l'illecito amministrativo era destinato ad integrare o rafforzare la risposta penale.¹³⁰

Per riuscire a dare una risposta coerente, sarà necessario prendere in analisi il concorso di norme in sé, e in particolare ripercorrere le elaborazioni dottrinali susseguitesì, volte alla risoluzione del concorso apparente di norme.

2.2 Il concorso di reati e il concorso apparente di norme: un inquadramento preliminare

È bene muovere innanzitutto l'analisi dando contenuto al concorso di reati, il quale si avrà quando un soggetto agente, con una o più azioni collegate, integri più figure di reato e, per questo, risponderà per più illeciti penali; a ciò consegue un trattamento sanzionatorio complessivo (il quale prevede il cumulo delle pene, che può essere materiale, seppur con i limiti previsti dal codice, o giuridico).

Se si è in presenza di una pluralità di condotte illecite, azioni o omissioni, e ciascuna integra un'autonoma fattispecie di reato, si realizza un concorso cd. “materiale” di reati,

¹²⁹ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in RONCO M. - AMBROSETTI E. M. - MEZZETTI E. (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2019, 475-477

¹³⁰ AMBROSETTI E. M., *Il concorso apparente di norme*, cit., 184

il quale potrà essere “omogeneo”, e quindi consistere nella violazione dello stesso precetto (per esempio in presenza di più furti o omicidi commessi in tempi o luoghi differenti), oppure “eterogeneo”, e consistere nella violazione di diverse norme penali (ad esempio nel caso di furto, rapina, riciclaggio).

Qualora invece si dovesse realizzare un'unica condotta illecita, attiva o omissiva, questa andrebbe ad integrare una pluralità di figure criminose e si realizzerebbe un concorso cd. “formale” di reati, anch'esso potrà essere “omogeneo”, e consistere in una plurima violazione dello stesso precetto (ad esempio uno sparo che comporti due omicidi) oppure “eterogeneo”, che comporti una violazione di diverse previsioni di reato (ad esempio violenza sessuale e lesioni personali).¹³¹

Il legislatore quando si è trovato a dover disciplinare il regime sanzionatorio del concorso di reati, ha dovuto fare una scelta con riguardo a più possibilità. Una prima ipotesi consiste nel cumulo materiale delle pene, “*tot crimina tot poenae*”, che comporta la somma algebrica delle stesse; una seconda ipotesi consiste nel cumulo giuridico, dove la pena si calcola con criteri previsti dalla legge, partendo dalla sanzione più grave e aumentandola fino a un massimo, nella funzione di mitigare la risposta sanzionatoria; un'ultima ipotesi è quella dell'assorbimento, dove si applica solo la pena più grave.¹³²

Il problema del concorso apparente sorge quando il fatto risulti astrattamente riconducibile a più disposizioni incriminatrici, ma il rapporto tra queste imponga l'applicazione di una sola. Occorre dunque distinguere la verifica degli elementi delle singole fattispecie dalla successiva selezione delle norme effettivamente applicabili: nel concorso apparente una disposizione prevale, escludendo l'applicazione concorrente delle altre. Si tratta di un tema dibattuto, poiché non pare chiara la distinzione tra i due tipi di concorso, ed ha portato la dottrina a formulare diverse teorie per individuare una linea di demarcazione tra i due concorsi, senza però trovare un recepimento univoco e definitivo in giurisprudenza.¹³³

¹³¹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 504-505

¹³² MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 504-506

¹³³ PAGLIARO A., *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 544ss; PAGLIARO A., *Il concorso di norme penali*, in *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 215ss

Il concorso apparente di norme risponde alla tutela del principio del *ne bis in idem* sostanziale, cioè il “divieto di essere punito due volte per lo stesso fatto”, o meglio, “divieto di punire reiterando il medesimo giudizio di disvalore” per cui si dovrebbe tendere ad applicare solo la fattispecie in concorso apparente che maggiormente rappresenta il disvalore del fatto e che possa ricomprendere anche le istanze tutelate dalle altre fattispecie. In presenza di più fattispecie astrattamente applicabili concorrono due esigenze: di non sottrarre alla valutazione penale profili autonomi di disvalore e di evitare una duplicazione della risposta punitiva rispetto al medesimo contenuto di illecito.¹³⁴

In questa prospettiva, Antonio Vallini osserva che il divieto di duplicare la valutazione punitiva del medesimo fatto non trova fondamento in un'unica disposizione costituzionale, ma costituisce il risultato dell'azione congiunta di più principi. La necessità di evitare che uno stesso elemento fattuale venga “conteggiato due volte” deriva, infatti, dai principi di offensività e proporzionalità, poiché l'applicazione di una pluralità di sanzioni risulterebbe ingiustificata quando al fatto non corrisponda una pluralità di autonomi contenuti di disvalore. A questi si affiancano i principi di ragionevolezza ed eguaglianza, oltre a quelli di legalità e tipicità, che impongono di ricondurre la risposta punitiva entro la valutazione già compiuta dal legislatore attraverso la fattispecie capace di esprimere integralmente il disvalore del fatto. Il *ne bis in idem* sostanziale può quindi essere inteso come un principio di sistema, diretto a impedire che la sovrapposizione strutturale tra più norme determini una duplicazione irragionevole della pena.¹³⁵

Un ulteriore riscontro della dimensione sostanziale del principio può essere rinvenuto anche nel dato positivo, attraverso una pluralità di disposizioni codicistiche che impediscono la reiterazione del medesimo giudizio di disvalore.¹³⁶

Risulta problematica anche la scelta del *nomen* stesso dell'istituto, trattandosi infatti questa di una decisione che ha generato vari contrasti in dottrina, ponendosi ad esempio tra “concorso apparente di norme”, “concorso di norme”, “conflitto di norme”, “conflitto

¹³⁴ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, in PALIERO C.E. (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024, 496ss

¹³⁵ VALLINI A., *Lo stalking finito in tragedia e il reato complesso: un'altra 'prova tecnica' di ne bis in idem sostanziale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2022, 1219

¹³⁶ AMBROSETTI E. M., *Il concorso apparente di norme*, cit., 171, dove vengono richiamati, oltre all'art. 15 c.p., gli art. 68, 84, 61 e 62, 131, 170, 301 e 581 c.p., nonché le clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice e nelle leggi speciali, quali indici positivi del *ne bis in idem* sostanziale

apparente di disposizioni penali coesistenti”, “limiti di contenuto tra norme penali e fra fattispecie che presenterebbero possibilità di sovrapposizione”; fino a preferirsi “concorso”. La diatriba dottrinale, anche se solo terminologica, prosegue anche in ordine all'aggettivo “apparente”, il quale sarebbe volto a sottolineare l'inesistenza del concorso reale; una parte degli studiosi del diritto si pongono contrari all'utilizzo di questo termine, come Aldo Moro, il quale sostiene che non si può poggiare un concetto sulla mera apparenza.¹³⁷

Partiamo dall'analisi delle previsioni codicistiche riguardanti il concorso apparente, il quale trova riconoscimento normativo all'articolo 15 c.p., che prevede l'utilizzo del criterio di specialità tra le fattispecie concorrenti, presupponendo un rapporto di *genus ad speciem* tra le norme, dove la norma “prevalente”, “speciale”, contiene tutti gli elementi costitutivi di quella “generale” che risulta “assorbita”, ed ha alcuni elementi specializzanti, per “specificazione” o per “aggiunta”.

Sono ipotesi di fatti materiali che integrano sempre entrambe le norme concorrenti (per esempio appropriazione indebita e peculato, dove il soggetto attivo può essere rappresentato solo dal pubblico ufficiale o dagli incaricati di pubblico servizio), ma dove la norma speciale prevede un trattamento sanzionatorio diverso, a causa del disvalore maggiore o minore della condotta che integra la fattispecie avente elementi caratterizzanti (ad esempio omicidio e omicidio del consenziente).

Nel Codice penale quando il concorso apparente è espressamente rilevato tra più norme, è inserita una “clausola di riserva” o “clausola di sussidiarietà”, (ad esempio “salvo che il fatto non costituisca altro reato”), che attribuisce il carattere della “sussidiarietà” alla norma cui si riferisce, e di conseguenza essa sarà integrata solo nel caso in cui non lo siano altre norme concorrenti (un esempio storico era offerto dall'art. 323 c.p., che subordinava l'applicazione dell'abuso d'ufficio alla circostanza che il fatto non costituisse un più grave reato; la disposizione è stata abrogata dall'art. 1, co. 1, lett. b), della l. n. 114 del 2024).

Sulla base della tassatività sono distinte diverse tipologie di clausole di riserva: “determinate”, che individuano il reato o l'articolo della norma prevalente; “parzialmente

¹³⁷ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 14-21; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 94 ss

indeterminate”, ad esempio “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”, “indeterminate”, in cui la riserva fa riferimento a “qualsiasi altro reato”.

Sono tutti i casi che non sarebbero ricompresi ex art. 15 c.p., cioè dove non rileva il rapporto di specialità strutturale tra gli stessi, e ciò comporta che il concorso apparente sia solo eventuale, poiché la commissione del fatto sanzionato dalla norma prevalente non comporta sempre l'integrazione di quello della fattispecie sussidiaria.

La previsione codicistica disciplina anche la particolare figura del reato complesso, che ricorre quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato fatti che, autonomamente considerati, costituirebbero reato. L'esempio tradizionale è rappresentato dalla rapina, nella quale confluiscono componenti offensive altrimenti riconducibili a distinte fattispecie. In tali ipotesi, ai sensi dell'art. 84 c.p.¹³⁸, non trovano applicazione le disposizioni sul concorso di reati.

Raoul Alberto Frosali distingue, a questo riguardo, il semplice reato aggravato dal c.d. “reato aggravato-complesso”: quest'ultimo ricorre quando il fatto assunto dalla legge come circostanza aggravante sarebbe, se autonomamente considerato e in presenza dei relativi requisiti anche soggettivi, idoneo a integrare un diverso reato. Solo in tale ipotesi si pone propriamente il problema dell'assorbimento del reato autonomo nella fattispecie circostanziata, mentre, in assenza dei requisiti necessari per la configurazione autonoma dell'ulteriore illecito, si rimane nell'ambito del semplice reato aggravato.¹³⁹

La disciplina del reato complesso rappresenta, secondo Vallini, una particolare applicazione del *ne bis in idem* sostanziale, perché impedisce che gli elementi già considerati dal legislatore nella costruzione della fattispecie complessa vengano nuovamente valutati come reati autonomi. L'assorbimento non dipende, tuttavia, dalla sola compresenza materiale delle condotte, ma richiede che tra i reati componenti sussista un collegamento funzionale o strumentale tale da consentire di ricondurli a un'unica figura criminosa. L'art. 84 c.p. assume così una struttura “a geometria variabile”: gli stessi

¹³⁸ Art. 84 c.p.: Reato complesso

“1. Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato.
2. Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79.”

¹³⁹ FROSALI R. A., *Sistema penale italiano, Parte I. Diritto penale sostanziale*, Torino, 1958, 571ss

fatti possono concorrere autonomamente oppure confluire in un reato complesso a seconda dei rapporti concretamente esistenti tra le condotte e della presenza di un ulteriore e autonomo contenuto di disvalore.¹⁴⁰

La rilevanza dell'ulteriore contenuto di disvalore emerge con particolare evidenza nel rapporto tra rapina impropria e omicidio commesso allo scopo di assicurarsi l'impunità. Giovannangelo De Francesco osserva che la rapina impropria presenta natura complessa, poiché riunisce la sottrazione e la successiva violenza finalizzata a conseguire il possesso della cosa o l'impunità. Tale dimensione unitaria non può però comprendere anche l'omicidio, in quanto l'offesa arrecata al bene della vita determina un'"eccedenza" assiologica rispetto alla violenza già racchiusa nella fattispecie di rapina. Da ciò deriva l'autonoma rilevanza dell'omicidio; resta tuttavia necessario evitare che il medesimo fine d'impunità venga valutato sia come elemento costitutivo della rapina impropria sia come circostanza aggravante dell'omicidio. Una simile duplicazione finirebbe, infatti, per scomporre artificiosamente una finalità soggettiva che rimane unitaria, attribuendole contemporaneamente due distinti effetti sfavorevoli.¹⁴¹

La giurisprudenza dà una lettura ristretta alla nozione di reato complesso ai fini dell'art. 84 c.p., escludendo il reato "eventualmente" complesso, nel quale la ricomprensione di un'altra fattispecie è solo eventuale: ci sono reati che, se posti in essere attraverso specifiche modalità di condotta (ad esempio truffa con spendita di monete false), rientrano nella fattispecie del reato eventualmente complesso, ma che altrimenti costituirebbero diverse figure di reato, o sarebbero penalmente irrilevanti.

La differenza tra reato "necessariamente" complesso ed "eventualmente" complesso, sarebbe che nel primo gli effetti dell'assorbimento deriverebbero dal principio di specialità ex art. 15 c.p., costituendo una fattispecie speciale rispetto a quelle in esso contenute; mentre il secondo prevedrebbe l'assorbimento di fattispecie penali non contenute nella fattispecie complessa.¹⁴²

¹⁴⁰ VALLINI A., *Lo stalking finito in tragedia e il reato complesso*, cit., 1220-1221

¹⁴¹ DE FRANCESCO G.A., *Omicidio, rapina impropria, fine d'impunità: una problematica da rimeditare*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7/2026, 1623-1626.

¹⁴² SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati* cit., 499-502

Una simile ricostruzione trova un precedente nella teoria di Frosali, il quale riconduce alla specialità anche la figura del reato complesso in cui un reato semplice assume la funzione di elemento costitutivo della fattispecie complessa. L'Autore rileva, infatti, l'identità formale e sostanziale di questa situazione con il rapporto di specialità, giungendo a ricondurre espressamente il reato complesso nella sfera di operatività del relativo principio.¹⁴³

In conclusione, è bene rilevare da tale preliminare e generale disamina, come per la dottrina l'art. 15 c.p. sia sempre sembrato eccessivamente restrittivo per dare una soluzione sistematica al concorso apparente di norme, nonostante l'aggiunta della previsione del principio di sussidiarietà con le clausole di riserva.¹⁴⁴

In tal senso, Ambrosetti evidenzia come proprio l'insufficienza della specialità in senso stretto abbia condotto all'elaborazione degli ulteriori criteri di sussidiarietà e consunzione, ponendo il problema dell'individuazione di un principio più ampio, capace di ricondurre ad unità le diverse ipotesi di assorbimento. La questione finisce così per collegarsi all'esigenza, sottesa al *ne bis in idem* sostanziale, di evitare che il medesimo contenuto dell'illecito venga sottoposto ad una duplicazione della valutazione punitiva.¹⁴⁵

Con il Codice Zanardelli era previsto il regime dell'assorbimento, all'art. 78 c.p., oggi abrogato, per il concorso formale di reati, dove era prevista l'applicazione della fattispecie più grave, la cui pena assorbiva le altre. I problemi che oggi si pongono sulla distinzione tra concorso apparente e formale si ponevano tra concorso materiale, nel cumulo materiale della pena, e concorso formale, nell'assorbimento della stessa.

Il codice Rocco prevedeva originariamente il cumulo materiale anche per il concorso formale di reati, ma successivamente tale disciplina è stata sostituita dal cumulo giuridico mediante la modifica dell'art. 81 c.p. operata dal D.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella l. 7 giugno 1974, n. 220.¹⁴⁶ Il trattamento consiste nella pena determinata per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, entro il limite del cumulo

¹⁴³ FROSALI R. A., *Sistema penale italiano*, cit., 576-577

¹⁴⁴ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati* cit., 499-502

¹⁴⁵ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 440-441

¹⁴⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, Torino, 2023, 20-21

materiale. La mitigazione rispetto alla somma delle pene non elimina, tuttavia, il problema della giustificazione di una pluralità di risposte punitive.

È importante distinguere il concorso apparente da quello formale per applicare, nel primo caso, soltanto la norma individuata attraverso il criterio risolutivo pertinente, evitando la duplicazione del medesimo contenuto di illecito. La norma prevalente non è necessariamente quella che prevede la pena più grave.

Il concorso apparente costituisce un problema concreto, che aumenta a causa dell'ipertrofia di fattispecie penali, arrivando ad una sovrapposizione di norme incriminatrici, le quali spesso vengono introdotte dal legislatore senza prevedere un coordinamento con quelle già esistenti e poste a tutela di uguali interessi.¹⁴⁷

Il sistema di disciplina del concorso apparente risulta essere inadeguato, ponendosi necessaria un'interpretazione estensiva e sistematica per quest'ultimo, andando così a limitare il perimetro del concorso formale e ad estendere quello della specialità unilaterale tra fattispecie penali ex art. 15 c.p., prevista come unico criterio con portata generale.¹⁴⁸

La ricerca di un adeguamento sistematico della disciplina del concorso apparente ha portato alla nascita di orientamenti dottrinali volti alla ricerca di ulteriori criteri da affiancare a quello codificato della specialità strutturale ex art. 15 c.p.¹⁴⁹.

La contrapposizione tra teoria monista e teorie pluraliste non sembra, peraltro, essersi definitivamente risolta con l'affermazione giurisprudenziale della specialità quale unico criterio generale. Lara Vecchioni osserva che, nonostante le Sezioni Unite abbiano individuato nell'art. 15 c.p. il solo "parametro euristico di riferimento", alcune pronunce successive delle sezioni semplici continuano a ricorrere, almeno nella sostanza, al criterio dell'assorbimento.¹⁵⁰

La stessa prassi applicativa offre, peraltro, esempi di espresso ricorso a criteri ulteriori: Cocco e Ambrosetti ricordano l'utilizzo della sussidiarietà nel rapporto tra l'indebita percezione di erogazioni pubbliche ex art. 316-ter c.p. e la truffa per il conseguimento di

¹⁴⁷ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 502

¹⁴⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 21

¹⁴⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 502

¹⁵⁰ VECCHIONI L., *Il concorso apparente di norme: un possibile revirement dei criteri sostanziali?*, in *Rivista Penale Diritto e Procedura*, 2024, 3 e 7-9

erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p., nonché quello della consunzione per escludere il concorso tra la riduzione o il mantenimento in schiavitù o servitù e i maltrattamenti in famiglia. Tali applicazioni confermano la difficoltà di ricondurre la prassi giurisprudenziale ad un modello esclusivamente fondato sulla specialità.¹⁵¹

Ciò dimostra come la comparazione puramente strutturale delle fattispecie possa risultare insufficiente quando il concreto svolgimento del fatto faccia emergere una sovrapposizione del relativo contenuto di disvalore. Il possibile “*revirement*” non consiste, tuttavia, nel riconoscimento dell’assorbimento come criterio completamente autonomo dalla legge, ma nel tentativo di ricondurre la funzione all’interno di una lettura più ampia della stessa specialità, capace di considerare anche la relazione tra gli elementi delle fattispecie e le concrete modalità di realizzazione delle condotte.¹⁵²

Questa oscillazione è confermata anche dall’analisi delle pronunce della Cassazione intervenute nel 2024, in riferimento alle quali Vallini rileva, infatti, che le Sezioni Unite hanno ulteriormente irrigidito l’impostazione monista, riconducendo l’art. 15 c.p. ai soli rapporti di specialità unilaterale e respingendo tanto i criteri valoriali quanto le ricostruzioni fondate sulla specialità reciproca. Nelle decisioni delle sezioni semplici continuano tuttavia a emergere soluzioni che estendono il concorso apparente oltre la stretta continenza logico-formale, anche attraverso valutazioni sostanziali che vengono talvolta presentate come applicazioni della specialità. Si determina così una dissociazione tra i criteri formalmente dichiarati e quelli concretamente impiegati. Secondo l’Autore, tale contrasto potrebbe essere ricondotto a unità attribuendo al *ne bis in idem* sostanziale una funzione regolatoria nell’interpretazione dell’art. 15 c.p., così da ammettere il concorso apparente quando più fattispecie attribuiscono significato offensivo alla medesima porzione del fatto concreto e la loro applicazione cumulativa comporterebbe la duplicazione dello stesso elemento di disvalore.¹⁵³

Bisogna ricordare, per quanto riguarda tale strumento concettuale, come nonostante sia incontestato quale criterio di ragionamento logico-giuridico, e trovi applicazione sistematica nell’ordinamento, gli sono state attribuite diverse definizioni e i suoi confini

¹⁵¹ AMBROSETTI E. M., *Il concorso apparente di norme*, cit., 179

¹⁵² VECCHIONI L., *Il concorso apparente di norme*, cit., 3 e 7-9

¹⁵³ VALLINI A., *Concorso apparente di norme: lo stato dell’arte*, in *Cassazione, nell’anno trascorso*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 4/2025, 874 e 880-881

sono fluidi e sfumati, tali da, a seconda di quale lettura interpretativa si voglia seguire, comportare un perimetro più o meno ampio della specialità.¹⁵⁴

Per quanto il principio di specialità possa essere enunciato quale “*lex specialis derogat generali*” la dottrina non è arrivata a darne un'interpretazione univoca. La difficoltà risulterebbe aumentata in ordine al testo dell'art. 15 c.p., dove ogni termine viene ricondotto a una pluralità di diversi significati.

Il principio di specialità si intreccia inoltre con il principio della successione delle leggi nel tempo, ed è proprio con riferimento a questo che negli ultimi anni la dottrina ne ha proposto un approfondimento.¹⁵⁵

In tale ambito in particolare assume rilevanza la differenza tra specialità unilaterale per aggiunta e per specificazione, la quale ha suscitato interesse in dottrina negli ultimi decenni, portando a riconoscere che non vi siano sostanziali differenze tra “il canone di specialità utilizzato nel rapporto sincronico tra norme e l'impiego del paradigma nella relazione diacronica, presupposto del problema intertemporale”, dove gli studi dottrinali in tema di specialità diacronica debbano valere generalmente anche per la specialità sincronica.

Con riferimento alle questioni di “diritto intertemporale”, vi è un indirizzo dottrinale che prevede la limitazione della continuità normativa per la sola specialità per specificazione, tale da condurre diversi studiosi ad approfondire la differenza tra specificazione ed aggiunta.

La “doppia anima” della specialità unilaterale lascia spesso traccia anche nelle pronunce giurisprudenziali, in particolare si ricorda come le S.U. della Cassazione nella celebre sentenza Giordano, riconoscano “l'assenza di alcuna ragione di differenziazione tra specialità per aggiunta e per specificazione” sottolineando “l'opinabilità di tali concetti”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Sul punto si esprime l'Autrice Chiara Silva, (così in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 101)

¹⁵⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 101ss

¹⁵⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 129ss

2.3 Le principali forme di concorso di reati: un inquadramento preliminare del concorso formale, del concorso materiale, del reato complesso e della continuazione

Si passa in rassegna in via esplicativa, il contenuto e la disciplina generale di concorso formale e concorso materiale di reati.

Si parla di concorso formale di reati quando un'unica condotta è ricompresa in almeno due fattispecie di reato, e non è in grado di essere risolta tramite i criteri esposti dalle varie teorie elaborate dalla dottrina, non configurando quindi un concorso apparente di norme. Trova riconoscimento normativo all'art. 81 c.p.¹⁵⁷, nel quale inizialmente il legislatore aveva previsto la disciplina sanzionatoria del cumulo materiale, sostituita da quella del cumulo giuridico nel 1974. La disciplina sanzionatoria è ispirata al principio del *favor rei*, poiché l'unica condotta metterebbe in luce il minor disvalore del fatto, rispetto all'ipotesi di concorso materiale. L'art. 81, co. 1, c.p. prevede la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata sino al triplo. Il co. 3 stabilisce un ulteriore limite: la pena complessiva non può superare quella che sarebbe applicabile secondo le regole del cumulo materiale.¹⁵⁸

La distinzione rispetto al concorso apparente può essere ulteriormente precisata considerando il diverso rapporto intercorrente tra le norme e il fatto concretamente realizzato. Francesco Antolisei osserva, infatti, che nel concorso apparente una delle disposizioni esclude le altre in quanto comprende per intero il fatto, mentre nel concorso formale le diverse norme “si integrano a vicenda”: esse prendono in considerazione una parte comune del fatto e, al contempo, aspetti ulteriori e distinti, cosicché soltanto la loro applicazione congiunta consente di esaurirne integralmente il contenuto antigiuridico.¹⁵⁹

Bisogna tenere distinti il concorso formale e apparente di reati, anche se emergono delle difficoltà talvolta, in particolare con riferimento al concorso cd. omogeneo, per il quale

¹⁵⁷ Art. 81 c.p.: Concorso formale:

“1. È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.

3. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti.”

¹⁵⁸ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 510-511

¹⁵⁹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 518-519

con una condotta vengono realizzate più violazioni della stessa fattispecie, le quali sembrano integrare più fatti di reato (ad esempio un furto, quando i beni appartengono a persone diverse).

Un primo orientamento prevede il concorso formale omogeneo solo quando la condotta provochi più offese al bene vita o all'integrità personale, dando rilevanza alla tipologia di bene giuridico tutelato dalla norma. In verità, a questo si accompagna la critica che non vi sia alcun fondamento legale a sostegno.

Un secondo orientamento prevede il concorso omogeneo solo quando vi siano una pluralità di offese giuridicamente rilevanti, realizzate con una sola azione, nei confronti di più beni giuridici di qualsiasi specie, e di più vittime, ponendo così in essere più reati. Si pone un problema con riguardo all'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela della norma violata (ad esempio il furto di beni appartenenti a soggetti diversi, ma posseduti da una stessa persona, dove, a seconda che si inquadri il bene giuridico nella proprietà, si avrà un concorso omogeneo, nel possesso, si avrà solamente il reato di furto e, conseguentemente, vi sarà una sola vittima, il possessore).

È bene distinguere anche tra concorso formale e materiale di reati perché talvolta può risultare problematico, in particolare sempre con riferimento al “concorso omogeneo” il Codice pone in rilievo l'unicità dell'azione tipica, la cd. “unicità normativa d'azione” e non l’“unicità del contesto”, (ad esempio si avrà concorso materiale quando vengono commessi più omicidi con più colpi di pistola, mentre si avrà concorso formale quando vengano commessi più omicidi con una sola raffica di colpi).

Con riferimento al “concorso eterogeneo”, il Codice dà rilievo alla struttura normativa, poiché quando le fattispecie si trovino in un rapporto di “interferenza”, cioè abbiano in comune almeno una parte del fatto, allora si avrà concorso formale quando entrambe le fattispecie di reato saranno integrate da un'unica condotta, mentre si avrà concorso materiale quando le condotte saranno plurime. In quest'ultima ipotesi rientrano le fattispecie collegate da un rapporto di “eterogeneità strutturale”, cioè quando non presentano un nucleo di condotta comune, indipendentemente dalla realizzazione contestuale dei fatti, si avrà un concorso materiale.¹⁶⁰

¹⁶⁰ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 510-511

Il concorso materiale ricorre quando uno stesso soggetto realizza più reati mediante una pluralità di azioni od omissioni. L'eventuale collegamento tra i reati non esclude di per sé tale figura; la presenza del medesimo disegno criminoso può invece consentire l'applicazione della disciplina della continuazione.

Affinché si possa parlare di concorso materiale, le fattispecie di reato devono essere realmente integrate, altrimenti il concorso risulta solo apparente, e inoltre, con riferimento al concorso materiale omogeneo, bisogna verificare che non si tratti in realtà di un "unico reato". Come ricorda Alberto Aimi¹⁶¹, ci sono fattispecie, quali i "reati abituali", che ricomprendono una pluralità materiale di condotte tipiche, ma che comunque rientrano in un'unica previsione normativa (ad esempio, la reiterazione di condotte di maltrattamento, non integra più reati). Si distingue invece l'ipotesi nella quale la condotta tipica prevista dalla norma venga reiterata nel caso di "reati istantanei", poiché si dovrà riconoscere un'unica condotta delittuosa nonostante sia stata realizzata mediante una pluralità di atti, se questi abbiano i caratteri dell'unitarietà offensiva e soggettiva.

Può essere rilevante anche tenere in considerazione la "contestualità spazio-temporale" ai fini dell'unicità del reato: in alcuni reati ciò è particolarmente rilevante (ad esempio, una pluralità di atti di sottrazione o di atti lesivi può, rispettivamente, integrare un solo furto o un solo reato di lesioni, quando gli atti siano riconducibili a un'unica condotta tipica; la mera vicinanza temporale non è però, da sola, sufficiente a stabilire l'unità del reato). Vi sono ovviamente eccezioni, reati per i quali le condotte tipiche possono essere distese nel tempo, se vi sono ulteriori elementi, come l'"unitarietà teleologica" (ad esempio, per il reato di aggravi o bancarotta fraudolenta).

Problematiche possono essere le fattispecie che tipizzano più modalità di realizzazione del fatto, come i "reati a condotta alternativa", o reati nelle cui disposizioni le condotte sono tipizzate in diversi commi o numeri dello stesso comma.¹⁶²

Già Frosali, affrontando il problema dell'unità o pluralità normativa in presenza di una pluralità di modelli fattuali, osservava come "non esiste incompatibilità fra unicità di

¹⁶¹ Penalista autore della monografia *"Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o della pluralità di reato"* del 2017, che analizza ampiamente il reato permanente, il reato abituale e il reato a consumazione prolungata, mirando a definire il fondamento di tali figure giuridiche, considerandole come "unità di reato" (come citato in SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 512)

¹⁶² SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 512-515

norma e pluralità di fattispecie”. La circostanza che una medesima previsione normativa descriva più fattispecie non impone, quindi, di riconoscere automaticamente una pluralità di norme o, conseguentemente, di reati, dovendosi verificare il rapporto intercorrente tra le diverse fattispecie contemplate dalla disposizione. L’Autore individua, infatti, la possibilità che più fattispecie siano ricondotte ad una medesima norma, distinguendo tale ipotesi da quella in cui esse assumano autonoma rilevanza normativa.¹⁶³

La giurisprudenza vorrebbe distinguere: nel caso di norme a più fattispecie (“norme miste alternative”), dove le condotte sono tra loro caratterizzate dalla fungibilità e rivolte al medesimo bene giuridico, si avrà un solo reato, nonostante possa essere integrato da una pluralità di condotte; mentre la dottrina maggioritaria sostiene che può configurarsi un concorso materiale omogeneo, quando la pluralità di condotte realizzino più offese allo stesso bene giuridico. Invece, secondo la giurisprudenza, nel caso di fattispecie a più norme (“norme miste cumulative”), dove ciascuna condotta realizza un'autonoma offesa e ha un proprio disvalore, integrerebbe ciascuna, un'autonoma ipotesi di reato, concorrendo con l'altra.¹⁶⁴

Ambrosetti precisa, tuttavia, come la distinzione non possa essere ricavata in maniera automatica dalla sola tecnica di formulazione della disposizione, dovendosi verificare se le diverse previsioni rappresentino modalità alternative di realizzazione di un medesimo reato oppure esprimano autonome fattispecie incriminatrici.¹⁶⁵

Di diverso avviso sarebbe la dottrina, la quale vorrebbe in tal caso valorizzare il medesimo giudizio di disvalore con la logica della sussidiarietà, comportando l'assorbimento della condotta meno grave in quella più grave, e facendo emergere il disvalore maggiore nella commisurazione della pena.

Quanto alla disciplina sanzionatoria del concorso materiale dei reati, l'art. 73 c.p.¹⁶⁶ prevede il cumulo materiale: unica pena è la somma di quelle applicabili per ciascun reato,

¹⁶³ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, 250 e 258-259

¹⁶⁴ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 512-515; DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 610-611

¹⁶⁵ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 472-474

¹⁶⁶ Art. 73 c.p.: Concorso di reati che importano pene detentive temporanee o pene pecuniarie della stessa specie:

“1. Se più reati importano pene temporanee detentive della stessa specie, si applica una pena unica, per un tempo eguale alla durata complessiva delle pene che si dovrebbero infliggere per i singoli reati.

ma vi sono dei correttivi posti dagli articoli seguenti, ad esempio l'art. 78 c.p.¹⁶⁷ per le "pene detentive temporanee" o 79 c.p.¹⁶⁸ per le "pene accessorie", per cui il regime punitivo risulta attenuato. L'art. 80 c.p.¹⁶⁹ disciplina il caso in cui un soggetto si veda corrispondere più sentenze di condanna per più reati distinti, dove comunque si applicherà il limite massimo dettato per il cumulo delle pene: la reclusione non può essere superiore a trent'anni (per quanto attiene agli anni ancora da scontare).¹⁷⁰

Il reato continuato, disciplinato dall'art. 81, co. 2, c.p.,¹⁷¹ costituisce un'ipotesi di concorso materiale assoggettata al cumulo giuridico: si applica la pena determinata per la violazione più grave, aumentata sino al triplo, nei limiti previsti dal co. 3.

Tale disciplina punitiva "*in bonam partem*" rispetto a quella ordinaria del concorso materiale è giustificata dal "minor disvalore di intenzioni" dei fatti commessi in un unico disegno criminoso dato dal nesso normativo della continuazione.¹⁷² Il requisito unificante è rappresentato dal "medesimo disegno criminoso", il quale, secondo Antolisei, non può

2. Quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo.

3. Le pene pecuniarie della stessa specie si applicano tutte per intero."

¹⁶⁷ Art. 78 c.p.: Limiti degli aumenti delle pene principali:

"1. Nel caso di concorso di reati previsto dall'articolo 73, la pena da applicare a norma dello stesso articolo non può essere superiore al quintuplo della più grave fra le pene concorrenti, né comunque eccedere:

1) trenta anni per la reclusione;

2) sei anni per l'arresto;

3) lire trenta milioni per la multa e sei milioni per l'ammenda; ovvero lire centoventicinque milioni per la multa e venticinque milioni per l'ammenda, se il giudice si vale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133-bis.

2. Nel caso di concorso di reati previsto dall'articolo 74, la durata delle pene da applicare a norma dell'articolo stesso non può superare gli anni Trenta. La parte della pena eccedente tale limite è detratta in ogni caso dall'arresto."

¹⁶⁸ Art. 79 c.p.: Limiti degli aumenti delle pene accessorie:

"La durata massima delle pene accessorie temporanee non può superare, nel complesso, i limiti seguenti:

1) dieci anni, se si tratta dell'interdizione dai pubblici uffici o dell'interdizione da una professione o da un'arte;

2) cinque anni, se si tratta della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte."

¹⁶⁹ Art. 80 c.p.: Concorso di pene inflitte con sentenze o decreti diversi:

"Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche nel caso in cui, dopo una sentenza o un decreto di condanna, si deve giudicare la stessa persona per un altro reato commesso anteriormente o posteriormente alla condanna medesima, ovvero quando contro la stessa persona si debbono eseguire più sentenze o più decreti di condanna."

¹⁷⁰ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 512-515

¹⁷¹ Art. 81 c.p.: Reato continuato:

"2. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge."

¹⁷² SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 517; DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 600-603, sul fondamento del trattamento del reato continuato e sulla funzione unificante del medesimo disegno criminoso

identificarsi con la mera ideazione di una serie di fatti né con il semplice desiderio di realizzarli, richiedendo una “deliberazione generica”, compatibile con le successive deliberazioni specifiche relative alle singole condotte. Il disegno criminoso consiste, quindi, in un “progetto generico”, deliberato nelle sue linee essenziali, volto al compimento di una serie di azioni delittuose dirette alla realizzazione di un determinato fine.¹⁷³

Non rappresenterebbe invece elemento strutturale quello cronologico, essendo sufficiente l'anticipata programmazione dei reati, insieme all'elemento teleologico unitario. Quest'ultimo viene considerato un elemento di maggiore disvalore da parte della dottrina, come per Franco Coppi¹⁷⁴, poiché andrebbe ad evidenziare una superiore capacità a delinquere.

Proprio la rilevanza del nesso teleologico può determinare un problema di duplicazione del giudizio di disvalore. Marco Scoletta evidenzia, infatti, come l'eventuale applicazione dell'aggravante del nesso teleologico al reato continuato comporterebbe il rischio di valutare due volte il medesimo contenuto finalistico: una prima volta sul piano soggettivo e teleologico, quale fondamento della continuazione, ed una seconda quale aggravante del reato strumentale, con una possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale.¹⁷⁵

La tendenza giurisprudenziale è di dare una lettura estensiva al reato continuato, ricomprendendovi il concorso di reati per i quali risulti dubbio il medesimo fine criminoso, rendendolo frequentemente individuato nella pratica. L'impostazione tradizionale esclude la continuazione tra reati colposi, poiché il medesimo disegno criminoso richiede una programmazione unitaria dei reati. La diversa ipotesi di riferire il disegno alle sole condotte, anziché agli eventi non voluti, richiede una specifica giustificazione e non può essere presentata come un'eccezione generalmente accolta.

¹⁷³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 527-528

¹⁷⁴ Penalista, che nella sua celebre monografia “*Reato continuato e cosa giudicata*” del 1969, analizza i problemi inerenti al vincolo di continuazione dei reati, già giudicati con sentenze definitive diverse, (come citato in SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 517)

¹⁷⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 499

Il codice, come per il concorso formale, anche per il reato continuato prevede all'art. 671 c.p.p.¹⁷⁶, il riconoscimento dello stesso anche in fase esecutiva per fatti già passati in giudicato, salva l'esclusione della continuazione in fase di cognizione.

È bene rilevare come agli effetti del regime penalistico i reati tipici che costituiscono il reato continuato, sono considerati singolarmente, dovendo così il giudice valutare riguardo a ciascuno di essi l'antigiuridicità, l'imputabilità, le circostanze etc. ...

L'autonomia dei singoli reati emergeva anche dalla disciplina della prescrizione introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251,¹⁷⁷ che aveva modificato l'art. 158 c.p.¹⁷⁸: il termine decorreva dalla consumazione di ciascun reato, anziché dalla cessazione della continuazione. La legge n. 3 del 2019 ha successivamente ripristinato, con effetto dal 1° gennaio 2020, la decorrenza dalla cessazione della continuazione, tornando così ad affiancare, sotto questo profilo, il reato continuato al reato permanente, per il quale il termine decorre dalla cessazione della permanenza.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Art. 671 c.p.p.: Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato:

“1. Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione. Fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza.

2. Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto.

2-bis. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma del Codice penale.

3. Il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione. Adotta infine ogni altro provvedimento conseguente.”

¹⁷⁷ La cd. Legge Cirielli del 5 dicembre 2005, n. 251 ha eliminato ogni riferimento al reato continuato dal testo dell'art. 158, comma 1, c.p.. In questo modo, ha stabilito che la prescrizione dovesse decorrere autonomamente per ogni singolo reato dal giorno della sua specifica consumazione, spezzando il legame della continuazione.

¹⁷⁸ Art. 158 c.p.: Decorrenza del termine della prescrizione:

“1. Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione.

2. Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato.

3. Per i reati previsti dall'articolo 392, comma 1-bis, del codice di procedura penale, se commessi nei confronti di minore, il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa, salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente. In quest'ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato.”

¹⁷⁹ Dall'1 gennaio 2020, con la Legge Spazzacorrotti n. 3/2019, è stata ripristinata la vecchia regola, per la quale la prescrizione torna a decorrere dal giorno in cui è cessata la continuazione (dall'ultimo reato commesso all'interno del medesimo disegno criminoso) per i fatti commessi a partire da tale data.

Risulta da queste precisazioni sugli effetti della disciplina penale del reato continuato che si debba prescindere dal *nomen iuris* unitario, poiché hanno grande rilevanza i singoli reati concorrenti, e ciò porta la dottrina a parlare di “continuazione di reati”, per meglio dare evidenza alle particolarità delle fattispecie di reato costitutive il concorso materiale, in questa sua speciale accezione.¹⁸⁰

2.4 Le principali prospettive di indagine proposte dalla dottrina: tra teoria, prassi e collocazione sistematica

Per poter ora affrontare il tema giuridico del concorso apparente di norme penali in maniera più chiara e completa possibile si fa riferimento alla metodologia dell'indagine proposta da Scoletta, il quale propone di analizzare in particolar modo il rapporto tra elaborazioni dottrinali e prassi applicative giurisprudenziali. Egli utilizza l'analisi giurisprudenziale in materia come mezzo attraverso il quale individuare il motivo dell'insuccesso delle teorie elaborate dalla dottrina per la risoluzione del concorso apparente di norme e il mancato consolidamento in giurisprudenza di un criterio unitario e comunemente accettato; si tratta di analisi volte a raggiungere una condivisa soluzione pratico-sistematica.

Scoletta individua subito come l'intento della dottrina si sia, nel corso del tempo, focalizzato sulla formulazione di criteri risolutivi, quindi su un'opera di continua elaborazione, senza ricercare un dialogo con la giurisprudenza. La giurisprudenza ha sempre mostrato l'inadeguatezza dei vari criteri dottrinali proposti, non arrivando mai ad univoci e prevedibili risultati pratici, spingendo così gli studiosi del diritto a uno studio sempre più attento e raffinato della materia, fino ad arrivare alle ricostruzioni di Mantovani e De Francesco, sul piano della “Teoria della norma”.¹⁸¹

¹⁸⁰ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 532-533, il quale, affrontando il problema dell'unità o pluralità del reato continuato, osserva come possa parlarsi di “continuazione dei reati” e rileva che il diritto positivo non considera sempre unitariamente il reato continuato; in tal senso anche MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 278-281; SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 516-518; DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 604-609, con riferimento alla persistente rilevanza dei singoli reati nell'ambito della disciplina della continuazione e della relativa determinazione sanzionatoria

¹⁸¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 5

All'interno di questo percorso, la ricostruzione di Mantovani assume un rilievo particolare. De Francesco ricorda come il penalista sia stato il primo a elaborare in modo rigoroso una concezione strutturale del concorso e del conflitto tra norme penali, destinata a influenzare profondamente la successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Sebbene tale impostazione sia stata talvolta accusata di eccessivo formalismo, essa non risulta estranea alle esigenze di giustizia sostanziale: il confronto tra le strutture delle fattispecie viene infatti collegato da Mantovani al *ne bis in idem* sostanziale, inteso come espressione della necessaria proporzione tra illecito e risposta punitiva. La prospettiva strutturale non mira quindi soltanto a ordinare logicamente i rapporti tra le norme, ma anche a impedire che il medesimo contenuto offensivo produca una duplicazione ingiustificata della pena.¹⁸²

Un'altra problematica che viene in gioco con riferimento al concorso apparente di norme riguarda la sua collocazione sistematica: è condivisa l'idea per la quale questo attenga alla "Teoria generale delle norme penali", poiché riguarda proprio le relazioni tra le "norme incriminatrici".

La dimensione propriamente normativa del fenomeno emerge anche considerando come la convergenza di norme non costituisca un problema esclusivo del diritto penale, potendo presentarsi anche negli altri settori dell'ordinamento. È tuttavia nell'ambito penalistico che essa assume una specifica rilevanza, in ragione delle conseguenze che dalla soluzione del rapporto tra le norme derivano sul piano dell'unità o pluralità della qualificazione criminosa e del relativo trattamento punitivo.¹⁸³ All'interno di tale teorica, ci si è interrogati sulla riconduzione del tema alla "Teoria dell'interpretazione" o a quella "dell'applicazione" della norma.

Secondo un primo orientamento, infatti, il concorso apparente dovrebbe rientrare nella "Teoria dell'interpretazione", poiché sarebbe proprio la corretta interpretazione ad escludere le altre norme concorrenti. Autorevole dottrina a favore è quella di Aldo Moro, il quale sostiene che solamente aderendo alla teoria dell'interpretazione possa rinvenirsi il rapporto tra le norme, nel senso di utilizzare l'interpretazione, per poi, però, superarla,

¹⁸² DE FRANCESCO G.A., *Il pensiero penalistico di Ferrando Mantovani*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2025, 287

¹⁸³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 24-27

per giungere alla sfera di “validità”, evidenziando così l'inscindibilità della “fase interpretativa” con la successiva “fase applicativa”.¹⁸⁴

Per quanto riguarda l'orientamento maggioritario, si predilige la “Teoria dell'applicazione”, poiché la risoluzione del concorso consente di delimitare l'efficacia o la validità della norma.¹⁸⁵

Nonostante le diverse idee sostenute in dottrina, ciò che rileva è l'indubbia appartenenza del concorso apparente alla “Teoria della norma giuridica”, che risulta essere totalmente eterogenea rispetto al concorso di reati: vi è infatti l'idea, che però si deve respingere, per la quale il concorso apparente di norme costituisca un'eccezione rispetto al concorso di reati. Seguendo quanto disposto dall'autorevole Mantovani si tratterebbe in questo caso di un solo reato, dove perciò il concorso apparente sarebbe qualcosa di totalmente diverso rispetto al concorso di reati e non si porrebbe come una deroga a quest'ultimo¹⁸⁶.

La collocazione nell'ambito della “Teoria della norma” non sembra, tuttavia, esaurire l'intera dimensione del problema. Scoletta rileva infatti come, in quanto “problema di tipicità”, il concorso apparente non possa essere risolto rimanendo esclusivamente sul piano del confronto astratto tra fattispecie legali, né possa essere considerato soltanto una questione di “Teoria della norma” o di “Teoria della pena”. L'alternativa tra “tipicità unica o plurima”, e quindi tra unicità o pluralità di illeciti, investe anche la sfera dell'offensività e della colpevolezza, nonché il disvalore oggettivo e soggettivo dei fatti, assumendo perciò rilievo la loro concreta modalità di manifestazione e realizzazione.¹⁸⁷

Si è giunti a sostenere che il concorso apparente di norme rappresenti un passaggio logicamente preliminare rispetto all'accertamento del concorso di reati. Prima di affermare il concorso di reati occorre verificare se il rapporto tra le disposizioni astrattamente applicabili imponga la selezione di una sola fattispecie. Soltanto quando

¹⁸⁴ MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1954, 39-40

¹⁸⁵ SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

¹⁸⁶ Così, Mantovani, come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 98

¹⁸⁷ Così Scoletta, in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit. 487, richiamando SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 224; mentre la diversa operatività dei due criteri riflette, nella costruzione di Frosali, anche una differenza del piano sul quale viene compiuto il relativo accertamento: la specialità opera anzitutto sul rapporto tra le norme, mentre la sussidiarietà presuppone la considerazione del rapporto sostanziale tra le fattispecie e gli interessi da esse protetti. FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 614-618

tale verifica non consenta di riconoscere il concorso apparente sarà possibile affermare il concorso effettivo di reati.¹⁸⁸

Non può negarsi la grande opera di elaborazione di un impianto teorico con riferimento al concorso apparente di norme operato dalla dottrina, anche se questa è stata fortemente criticata; a tal riguardo si richiama il giudizio di Antolisei il quale sostiene che la dottrina abbia riservato numerose pubblicazioni riguardo al tema del concorso apparente, ma con risultati insoddisfacenti; al contrario, ciò che ne è derivato non è altro che una varietà di opinioni, dotate talvolta di ulteriori diverse gradazioni e sfumature, tali da essere paragonate dall'Autore ad un “ginepraio”, nel quale quindi l’interprete non riesce a trovare una chiara soluzione.¹⁸⁹

Scoletta fa una riflessione critica sull'opera della dottrina, rilevando che questa si sia concentrata maggiormente sul piano astratto della norma, piuttosto che su risvolti pratici e sulla variabilità fattuale, che invece è proprio ciò su cui si incentra l'analisi giurisprudenziale. La linea di indagine proposta dall'Autore non vuole sostituire la sistematicità teorica dell'ordinamento giuridico penale alla realtà applicativa fattuale, ma si propone di cogliere i motivi per i quali le astratte teorie proposte dalla dottrina non hanno potuto trovare applicazione in maniera coerente e costante da parte della giurisprudenza nella pratica, evidenziando le ragioni per le quali talune teorie sono state ritenute inadeguate alla risoluzione del concorso apparente in concreto della giurisprudenza.

La soluzione per Scoletta si troverebbe già all'interno del sistema, cogliendo il giusto utilizzo dei criteri dell'elaborazione dottrinale: specialità, sussidiarietà e consunzione. L'autore si propone di sottoporre i criteri teorici risolutivi ad un “test di resistenza” giurisprudenziale, in modo che possano meglio rispondere alle esigenze concrete della “*res iudicanda*”. Egli parla di “a-sistematicità” delle soluzioni prospettate in giurisprudenza, poiché il concorso apparente sarebbe un tema per il quale emerge una componente di discrezionalità, o per alcuni addirittura di arbitrio, dei giudici, evidenziando come unico dato positivo, il fattore della concorde prassi di limitare nel

¹⁸⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 97-101

¹⁸⁹ ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. It. dir. pen.*, 1948, 1, rappresenta un contributo molto importante per quanto concerne la tesi monista del concorso apparente e l'elaborazione della specialità in concreto.

quantum gli aumenti di pena che seguono il riconoscimento del concorso formale e materiale dei reati, oltre al fattore del giudizio secondo equità, cui fare affidamento, dei giudici.

La conseguenza del sistema creatosi nella pratica, cioè di dosare gli effetti punitivi per evitare una risposta sanzionatoria “iper-afflittiva” è che si va ad aggirare il problema senza però risolverlo sul piano teorico, restando quindi un problema di legalità quale ordine sistematico e certezza giuridica.

Per proseguire nell'indagine è necessario ripercorrere le varie elaborazioni dottrinali in tema di criteri di risoluzione del concorso apparente, e bisogna trovare quale sia la causa della moltitudine di diverse decisioni giurisprudenziali in tale tema, del cd. “ginepraio giurisprudenziale”.

Per Scoletta potrebbero rinvenirsi diverse cause: la prima consisterebbe nello “sbarramento legale”, e comporterebbe la prevalenza del concorso formale sul concorso apparente a causa delle “ristrette maglie” dello stesso previste dall'art. 15 c.p. e dalle clausole di riserva.

La seconda causa potrebbe risiedere in una “difficoltà pragmatica”: cioè in un errore da parte dell'interprete rispetto all'utilizzo dei criteri dottrinali, che porterebbe a parlare degli stessi in termini di inadeguatezza della loro fruibilità processuale.¹⁹⁰ Con specifico riferimento alle teorie strutturali, Scoletta precisa tuttavia che la “difficile fruibilità processuale” non costituirebbe un limite “meramente contingente”, ma un limite funzionale “immanente” alle stesse. Il loro concreto utilizzo imporrebbe, infatti, “valutazioni analitiche particolarmente sottili e complesse”, talvolta opinabili anche nella loro consistenza logica e nel significato strutturale assunto ai fini del giudizio di assorbimento.¹⁹¹

Infine, individua un'ultima possibile causa nella “resistenza assiologica”: consistente nel rifiuto sostanziale dei criteri elaborati dalla dottrina, in quanto non si atterrebbero al contesto storico-sociale attuale, ponendosi lontani dai giudizi valoriali utilizzati, invece, dai giudici.

¹⁹⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 6-14

¹⁹¹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505-506

A seconda del nucleo problematico si prospettano diverse soluzioni: nel primo caso si vedrebbe necessario un intervento normativo di “*lege ferenda*” per disporre in maniera chiara gli ulteriori criteri risolutivi.

Nel secondo caso si potrebbero fornire agli interpreti degli strumenti chiarificatori delle teorie elaborate e del loro nucleo valoriale; mentre la dottrina dovrebbe meglio definire la criteriologia attuale al fine di conferirle una maggiore fruibilità in concreto.

Nel terzo caso si dovrebbe fondare l'indagine sull'oggetto di assorbimento, che si verifica in attuazione del concorso apparente, il quale sarebbe vincolato dal principio costituzionale del *ne bis in idem*, e non tollererebbe la resistenza giurisprudenziale.

Per Scoletta la soluzione potrebbe consistere in una scelta sistematica di ridimensionare il confine del concorso apparente, ed estromettervi quelle ipotesi che non risultano imposte dal principio del *ne bis in idem*, che contribuiscono a rendere l'opera giurisprudenziale “ingiustamente severa”, quando si tratta di esiti previsti dall'applicazione normativa della disciplina del concorso di reati.¹⁹²

Scoletta giunge alla conclusione che nessuna delle elaborazioni tradizionalmente proposte possa fornire, isolatamente considerata, un criterio integralmente soddisfacente per la risoluzione del concorso apparente. Anche le impostazioni fondate su schemi maggiormente rigidi e formalizzati, pur rispondendo ad esigenze di certezza e prevedibilità, possono condurre ad esiti non coerenti con il concreto contenuto offensivo del fatto, qualora impediscano di attribuire rilevanza alle sue specifiche modalità di realizzazione. La criteriologia destinata alla risoluzione del concorso deve quindi essere ricostruita attraverso una combinazione di indici strutturali, tipologici e valoriali, tutti funzionalmente orientati ad impedire la duplicazione del medesimo giudizio di disvalore.¹⁹³

La soluzione proposta non pretende, peraltro, di fornire una sorta di “algoritmo” capace di eliminare integralmente la discrezionalità interpretativa. La criteriologia dovrebbe piuttosto consentire di ricondurre tale componente valutativa entro parametri normativamente controllabili, idonei a rendere il giudizio maggiormente coerente e

¹⁹² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 14-15

¹⁹³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 500ss

prevedibile, senza pretendere una “meccanica uniformità applicativa” incompatibile con la variabilità della fattispecie concreta.¹⁹⁴

È possibile muovere dall'analisi delle teorie elaborate dalla dottrina seguendo l'ordine di tipizzazione individuato da De Francesco: partendo dalle teorie valoriali di sussidiarietà e di consunzione, seguendo poi con le teorie naturalistiche della cd. “specialità in concreto”, per poi arrivare alle teorie strutturali della cd. “specialità in astratto unilaterale” e “bilaterale”, per meglio rispecchiare l'evoluzione dogmatica dottrinale.¹⁹⁵

Per quanto riguarda quegli orientamenti che propongono di risolvere il concorso apparente di norme con l'utilizzo del solo principio di specialità, possono fin da subito definirsi un fallimento, a causa dell'oggettiva impossibilità di esaurire il tema del concorso apparente con l'utilizzo di un solo criterio. È rilevante partire da questa premessa per riuscire ad analizzare il principio di specialità, abbandonando la pretesa di porlo come unica soluzione per il concorso apparente.¹⁹⁶

Nell'elaborazione italiana, la specialità in concreto è stata proposta per ampliare la portata applicativa dell'art. 15 c.p., distinguendosi dalle impostazioni pluralistiche di derivazione tedesca, che affiancano alla specialità i criteri valoriali di sussidiarietà e consunzione. Tale ricostruzione storica non implica che la specialità in concreto rappresenti oggi il criterio prevalente nella giurisprudenza. Infine, le teorie strutturali nascono in risposta a critiche formulate nei confronti delle precedenti elaborazioni citate, nell'esigenza di legalità, e forniscono nuovi criteri di definizione del concorso apparente.¹⁹⁷

2.5 Le teorie valoriali

¹⁹⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 535

¹⁹⁵ Per una diversa catalogazione, vediamo i giudizi valoriali nell'elaborazione di F. Mantovani, dove il primo sarebbe “un giudizio, astratto o concreto, di valore, caratterizzato dall'apprezzamento degli interessi tutelati”, il secondo, “un giudizio concreto, caratterizzato dal raffronto tra fattispecie concreta e fattispecie legali”, ed infine il terzo “un giudizio logico-astratto, caratterizzato dall'esclusivo raffronto tra fattispecie legali”. MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 172

¹⁹⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 106

¹⁹⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 22-23

2.5.1 Le prospettive valoriali nella risoluzione del concorso apparente

Le teorie valoriali risolvono il concorso apparente rispetto al concorso di reati, facendo una comparazione sul contenuto valoriale e sul fine perseguito dalle norme apparentemente in concorso. La ricerca è volta a verificare se nel caso concreto vi sia una fattispecie che assorba interamente il disvalore dell'altra in concorso, che risulterà quindi essere solo apparentemente applicabile, in modo da comminare una sanzione adeguata.

Il giudizio valoriale guarda al contenuto della norma e non alla struttura della stessa, prescindendo da ogni rapporto logico-formale intercorrente tra le norme.

Nascono diverse letture di tale teoria, ma con lo stesso nucleo, che si avvalgono di diversi criteri per risolvere il concorso apparente tramite un giudizio valoriale.¹⁹⁸

Si tratta di impostazioni definite pluraliste, caratterizzate dall'eterogeneità dei criteri rinvenibili per il concorso apparente, al contrario delle impostazioni moniste, le quali considereranno unicamente il criterio dettato dall'art. 15 c.p..¹⁹⁹

Ad oggi quella valoriale, si ritiene essere l'elaborazione prevalente, quantomeno nella manualistica italiana, la quale si basa su tre criteri tradizionali: specialità, sussidiarietà e consunzione.²⁰⁰

Filippo Grispigni dà ingresso nel nostro ordinamento al criterio di sussidiarietà e pone le basi per quello di consunzione, elaborati dalla dottrina tedesca, per individuare il perimetro del concorso apparente, riconducendovi ulteriori ipotesi rispetto a quelle ascrivibili ex art. 15 c.p..²⁰¹

Seguendo l'impostazione di Grispigni, quando una disposizione ha carattere sussidiario rispetto a un'altra, l'applicazione della disposizione principale esclude quella della disposizione sussidiaria. Il carattere della sussidiarietà dovrebbe rinvenirsi quando

¹⁹⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 23ss

¹⁹⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 506

²⁰⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 155

²⁰¹ Il contributo dell'Autore lo porta ad essere uno dei primi a teorizzare il principio di sussidiarietà come criterio di risoluzione del concorso apparente, tenendolo distinto rispetto al criterio di specialità. Per Grispigni, il rapporto di sussidiarietà non consisterebbe in una "mera sovrapposizione astratta" di elementi strutturali, ma in una tutela attuata dalle norme che appaiono concorrenti nei diversi gradi di offesa al medesimo bene giuridico. In questa teorizzazione la norma sussidiaria interverrebbe come una "rete di sicurezza", nell'ipotesi in cui non si dovesse configurare l'offesa maggiore prevista dalla norma principale. GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932, 500ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 155ss

entrambe le norme concorrenti “descrivono gradi o stadi diversi di offesa di uno stesso bene, cosicché quello descritto dalla disposizione sussidiaria, essendo meno grave dell'altro, descritto dalla disposizione principale, e resta assorbito da questa”.²⁰²

Frosali e Moro, invece, danno rilievo al criterio di sussidiarietà così come elaborato in Germania, il quale sarebbe capace di risolvere il concorso apparente affiancandosi all'art. 15 c.p..²⁰³

Nella costruzione di Frosali, tale impostazione assume un carattere sistematico, poiché le ipotesi di concorso apparente vengono ricondotte essenzialmente a due categorie: da un lato, quelle in cui tra le fattispecie ricorre un rapporto di specialità; dall'altro, quelle nelle quali una fattispecie assume carattere sussidiario rispetto all'altra. I due criteri vengono così configurati quali strumenti destinati a delimitare l'ambito del concorso apparente rispetto al concorso effettivo di reati.²⁰⁴

Antonio Pagliaro porta il suo contributo in tema di concorso apparente, con l'autorevole elaborazione del criterio di consunzione.²⁰⁵

È significativo evidenziare come, talvolta, gli studiosi del diritto utilizzino i criteri di consunzione e sussidiarietà come aventi lo stesso contenuto; perciò, qualora venisse accolto uno solo dei due nelle varie elaborazioni dottrinali, potrebbero non esserci significative differenze. Può capitare di trovare teorie dove uno solo dei criteri viene ammesso ma in realtà abbraccia in sé anche gli altri criteri del giudizio valoriale.

Alcune tesi dottrinali scartano nel nostro ordinamento, contrariamente a quello tedesco, il principio di “alternatività” dei criteri valoriali, rifiutando di attribuire agli stessi autonomia contenutistica, risultando quindi una superflua ripetizione terminologica l'utilizzo di entrambi per il giudizio valoriale. Questo rifiuto si estende anche a diversi criteri utilizzati per definire il concorso apparente, quali l'antefatto, il postfatto, la progressività, l'assorbimento etc...., che si troverebbero già presenti nell'impianto concettuale di sussidiarietà e/o di consunzione.

²⁰² GRISPIGNI F., *Corso di diritto*, cit., 502ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 155

²⁰³ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 446-448; per la posizione di Moro, SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 24; MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit.

²⁰⁴ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 446-448

²⁰⁵ PAGLIARO A., *Concorso di norme*, cit., 551ss

Si può individuare come quelle teorie che sembrano avere diverso contenuto, in realtà stiano enunciando gli stessi principi, poiché in assenza di un intervento di definizione normativa del legislatore, la terminologia utilizzata dalla dottrina varierà a seconda dell'impianto contenutistico convenzionalmente attribuito a quel criterio valoriale.

La differenziazione che si può fare sulle varie teorie elaborate non attiene quindi alla terminologia utilizzata, quanto al giudizio valoriale necessario per individuare tale norma, apparentemente in concorso, che esaurisce il significato antigiusuridico del fatto.²⁰⁶

2.5.1.1 Il bene giuridico e il requisito della “stessa materia”

Seguendo le teorizzazioni di Frosali e Moro, nella logica del criterio di sussidiarietà, si rinviene il concorso apparente quando una fattispecie ricomprende tutto il disvalore dell'altra, cioè quando prevede un'offesa più grave al medesimo bene giuridico, oppure quando si tratta di una fattispecie “plurioffensiva”, cioè quando tutela interessi ulteriori rispetto alla fattispecie sussidiaria.²⁰⁷

Di conseguenza, i reati di pericolo saranno sempre sussidiari rispetto a quelli di danno allo stesso bene giuridico, e a quelli di maggior pericolo; mentre i reati di danno saranno sussidiari a quelli di maggior danno allo stesso bene.

Risulta problematica anche la locuzione “stessa materia” prevista all'art. 15 c.p.. Per parte della dottrina tale concetto comporta il requisito dell'“identità del bene giuridico”, al fine dell'ammissibilità al principio di specialità, per il quale entrambe le norme concorrenti dovrebbero tutelare lo stesso interesse. A sostenere questa teoria troviamo il penalista Giuseppe Bettiol, per il quale la legge speciale deve contenere, per necessità logica, tutti gli elementi della legge generale e inoltre almeno un ulteriore elemento specializzante, per poter parlare di specialità; occorre inoltre che le norme apparentemente concorrenti siano volte a tutelare il medesimo bene giuridico. L'Autore essendo consapevole della possibilità per la quale una norma sia posta a tutela di una pluralità di beni giuridici, afferma che in tali casi non possa ravvisarsi una relazione tra norme tale da ricondursi al

²⁰⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 25ss

²⁰⁷ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 446-451; per la ricostruzione della posizione di Moro, SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 506

rapporto di specialità.²⁰⁸ Alla stessa conclusione giunge anche una parte della dottrina tedesca, richiedendo l'identità del bene giuridico tutelato. Secondo tale impostazione, il rapporto formale di specialità, pur rendendo possibile la relazione tra le fattispecie, non sarebbe da solo sufficiente a escludere il concorso di reati: a tal fine sarebbe necessaria anche la medesimezza degli interessi giuridici tutelati.

Questa impostazione risulta notevolmente criticata, a proposito vediamo l'interpretazione di Frosali a favore della diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme apparentemente concorrenti, essendo quindi sufficiente il rapporto di specialità per la realizzazione dell'assorbimento nella fattispecie speciale. Moro ritiene che si potrebbe essere in presenza di norme poste a tutela dello stesso bene giuridico solo in ipotesi di "ripetizione" delle stesse, poiché lo stesso elemento specializzante andrebbe a modificare quantomeno la gradazione dell'interesse giuridico tutelato, non potendosi quindi parlare di concorso di norme, anche se apparente, ma piuttosto di "ripetizione legislativa".

Anche con riferimento a quest'ultima impostazione, non vi è una visione unitaria in dottrina, poiché si riterrebbe che non necessariamente la diversità delle norme debba comportare anche la diversità dei beni giuridici tutelati.²⁰⁹

A sostegno di quest'ultima impostazione, Cocco e Ambrosetti ricordano come la dottrina prevalente attribuisca alla locuzione "stessa materia" il significato di stessa situazione di fatto, senza richiedere necessariamente l'identità del bene giuridico tutelato. A favore di tale interpretazione vi sarebbe un argomento letterale, ricavabile dall'impiego del termine "materia" tanto nell'art. 16 c.p.²¹⁰ quanto nell'art. 15 disp. prel. c.c.²¹¹, nei quali esso rinvia al settore di attività disciplinato e non all'interesse giuridico protetto. Inoltre, subordinare l'operatività della specialità alla necessaria identità del bene tutelato potrebbe condurre a risultati insoddisfacenti: nel tradizionale esempio dell'offesa arrecata ad un magistrato in udienza, la diversità dell'oggettività giuridica delle fattispecie concorrenti

²⁰⁸ Così Bettiol, in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 108

²⁰⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 108-110

²¹⁰ Art. 16 c.p.: Leggi penali speciali: "Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti"

²¹¹ Art 15 Disposizioni preliminari al Codice civile: Abrogazione delle leggi: "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore"

non impedisce che l'applicazione della disposizione speciale sia da sola sufficiente ad esprimere il disvalore del fatto.²¹²

Si ricorda il contributo di Grispigni, all'interpretazione del concetto di “stessa materia”, all'art. 15 c.p., il quale ritiene che questa implichi un esame dell’”oggettività giuridica” e del “disvalore complessivo del fatto”, ponendo così le basi per quella che la dottrina successiva definirà consunzione.²¹³

Ulteriore apporto dottrinale in relazione alla medesimezza del bene giuridico tutelato dalle norme in apparente concorso, è quello di Pagliaro, il quale si porrebbe contrario, affermando tuttavia che il rapporto di specialità comporti anche un'identità con riguardo allo scopo perseguito dalle norme, facendo riferimento quindi a un rapporto di specialità non tra beni giuridici bensì tra scopi delle norme, ritenendo l'interesse tutelato quale il nucleo dello scopo della norma.²¹⁴

Il concetto di medesimezza del bene giuridico posto a tutela della norma, viene estesa anche a quelli affini e a quelli teleologicamente omogenei, per cui una fattispecie riesce a perseguire il fine dell'altra. Con riguardo a questo aspetto, si vedrà, che anche le clausole di sussidiarietà espressa sono previste in disposizioni di reati che hanno ad oggetto beni giuridici diversi.

2.5.1.2 La sussidiarietà in senso stretto

Il giudizio valoriale, a differenza del principio di specialità, porta alla creazione di una “scala valoriale” di diversi gradi di connessione logico-giuridica tra le norme in concorso. Si distinguono tre livelli di connessione, a cui corrispondono tre criteri valoriali: al primo livello troviamo la “sussidiarietà in senso stretto”, al secondo la “sussidiarietà in senso lato” e al terzo la consunzione.

Per quanto riguarda la sussidiarietà in senso stretto, si tratta del livello di più stretta connessione, si rinviene in ipotesi di concorso di fattispecie caratterizzate da un diverso livello di offensività, dove la norma principale è quella più grave rispetto a quella

²¹² AMBROSETTI E. M., *Il concorso apparente di norme*, cit., 174ss

²¹³ GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, cit., 500ss

²¹⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 111

sussidiaria, posta a tutela del medesimo bene giuridico, o di concorso di fattispecie caratterizzate dal fatto che la norma principale tutela beni giuridici ulteriori rispetto a quella secondaria, quando questi presentano solo delle differenze nel grado.²¹⁵

Una distinzione di carattere sistematico può essere ricavata direttamente dalla ricostruzione di Frosali, il quale differenzia il rapporto di specialità da quello di sussidiarietà proprio in ragione del diverso piano sul quale viene svolta l'indagine. Mentre la specialità emerge dal confronto tra le fattispecie, la sussidiarietà richiede di risalire al rapporto tra gli interessi protetti dalle norme concorrenti. In quest'ultimo caso, infatti, assume rilievo la capacità della fattispecie principale di ricomprendere l'interesse protetto dalla fattispecie sussidiaria, avendo riguardo non ad un singolo elemento del rapporto, ma all'intera situazione presa in considerazione.²¹⁶

Nella sussidiarietà tacita rileva l'opera di individuazione del criterio da parte dell'interprete.

La distinzione tra sussidiarietà espressa e tacita è formulata espressamente da Frosali quale conseguenza della peculiare struttura del rapporto di sussidiarietà. Se, infatti, la specialità può essere riconosciuta mediante il confronto diretto delle fattispecie, il rapporto di sussidiarietà, dovendo essere ricostruito attraverso gli interessi protetti, può risultare direttamente dalla regolazione legislativa oppure essere desunto dall'interprete. Da ciò derivano le due forme della sussidiarietà espressa e della sussidiarietà tacita.²¹⁷

A causa dei caratteri della sussidiarietà in senso stretto, si deve escludere la possibilità che la sussidiarietà tacita riguardi anche il concorso di norme volte a tutelare beni giuridici diversi, poiché in tal caso, solo la sussidiarietà espressa cioè prevista dal legislatore, sarebbe riscontrabile, poiché non sarebbe da ritenersi ammissibile la richiesta di una tale valutazione discrezionale all'interprete, sostituendosi così al legislatore. Rientrano nella sussidiarietà tacita diverse categorie di relazioni tra fattispecie che vengono tratteggiate su reciproci "rapporti funzionali".²¹⁸

²¹⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 27-30

²¹⁶ FROSALI R.A., Concorso di norme e concorso di reati, 400-401 e 406

²¹⁷ FROSALI R.A., Concorso di norme e concorso di reati, 405-407

²¹⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 27-30

Tale limite trova una formulazione particolarmente rigorosa in Frosali. In mancanza di un espresso riferimento legislativo, l'accentramento della valutazione in una sola fattispecie non può infatti dipendere da una libera scelta dell'interprete, ma deve risultare dalle singole fattispecie per una "necessità logico-giuridica". Proprio per questa ragione, le ipotesi di sussidiarietà tacita risultano più ristrette rispetto a quelle di sussidiarietà espressa, nelle quali è lo stesso legislatore a indicare, almeno in via iniziale, il rapporto di prevalenza.²¹⁹

Un esempio significativo di sussidiarietà espressa è costituito dal rapporto tra l'indebita percezione di erogazioni pubbliche prevista dall'art. 316-ter c.p. e la truffa aggravata di cui agli art. 640 e 640-bis c.p. L'art. 316-ter c.p., attraverso la clausola "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis", assume carattere residuale rispetto alla truffa. Secondo la ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite, la distinzione dipende principalmente dall'effettiva induzione in errore dell'amministrazione: quando l'ente erogante sia stato tratto in inganno dalla condotta fraudolenta trova applicazione la truffa; quando, invece, l'amministrazione si sia limitata a recepire la dichiarazione o la documentazione presentata senza formarsi una falsa rappresentazione della realtà, opera l'art. 316-ter c.p.. La clausola di riserva consente quindi di concentrare la valutazione nella fattispecie principale, evitando la contemporanea applicazione di entrambe le disposizioni secondo una logica riconducibile al *ne bis in idem* sostanziale.²²⁰

La presenza di una clausola legislativa non elimina, tuttavia, in ogni caso l'attività ricostruttiva dell'interprete. Frosali precisa, infatti, che la sussidiarietà espressa non è necessariamente tale "in senso assoluto": quando il richiamo legislativo non individui puntualmente la disposizione destinata a prevalere, il rapporto deve essere completato attraverso ulteriori elementi rivelatori della relazione tra le fattispecie. La previsione espressa delimita quindi il campo della sussidiarietà, senza rendere sempre automatico il riconoscimento della norma prevalente.²²¹

L'Autore individua un "rapporto di interessi tutelati, in ipotesi di sussidiarietà espressa, "sulla base della diretta regolazione normativa che stabilisce l'accentramento di

²¹⁹ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 429-430

²²⁰ BELLAGAMBA F., *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2011, 961-965

²²¹ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 428

valutazione sulla norma”, mentre in ipotesi di sussidiarietà tacita individua il rapporto “in via d'eccezione nelle sole ipotesi di identità di natura degli interessi protetti che si possono differenziare esclusivamente per grado”, dove andrà a prevalere la norma posta tutela dell'interesse assorbente con il trattamento sanzionatorio più grave.²²² Invece per Moro la sussidiarietà risulta più estesa: per quanto riguarda la sussidiarietà tacita, non si può parlare di un carattere eccezionale, ma del tutto regolare, dove sarebbe “sufficiente che il valore criminoso di una norma sia assorbito da un'altra”, la quale commina una sanzione più grave, senza che sia necessaria una coincidenza o omogeneità o differenziazione per grado degli interessi tutelati.²²³

Troviamo innanzitutto fattispecie di pericolo e fattispecie di danno poste a tutela dello stesso bene giuridico: la norma principale deve ricomprendere il disvalore della norma sussidiaria. Non si può configurare tale rapporto ai fini del concorso apparente nel caso in cui residuino ipotesi di pericolo ulteriori, non rientranti nel successivo danno, costituendo in tal caso un concorso reale. Ad esempio, sarà concorso apparente il rapporto tra abbandono di incapace e lesioni personali, ma non tra abbandono del neonato e soppressione di stato, quest'ultimo posto a tutela dello stato di famiglia. Dovrebbe rientrare in tale categoria anche l'ipotesi di concorso della fattispecie di danno che non sia contemporanea a quella di pericolo, come quando vi è tentativo di commissione di una fattispecie speciale, ma poi venga a consumarsi la fattispecie generale (ad esempio il tentativo di omicidio del consenziente, e la consumazione dell'omicidio del nolente).

Nella sussidiarietà tacita si riconducono anche le fattispecie di pericolo e fattispecie di maggior pericolo poste a tutela dello stesso bene giuridico. Rientrano ipotesi quali il rapporto tra la norma di pericolo e il tentativo di una norma di danno (ad esempio il rapporto tra abbandono di incapace e tentato omicidio), oppure il rapporto tra più fattispecie, volte alla tutela del medesimo interesse ma che rappresentano diversi gradi di pericolo.

Vengono ricomprese poi le fattispecie di danno e fattispecie di maggior danno poste a tutela dello stesso bene giuridico: rientrano ipotesi di rapporto tra norme che tutelano lo

²²² FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 395-401, 406-407; FROSALI R.A., *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, Torino, 1958, 546-547

²²³ MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 43ss e 79ss

stesso interesse, nel caso in cui si tratti di due diverse forme di offesa, dove la prima costituisce la “progressione e l'intensificazione dell'altra” (ad esempio il rapporto tra lesioni personali e omicidio).

Infine, troviamo le fattispecie di danno e fattispecie di pericolo di maggior danno allo stesso bene giuridico. In tale ipotesi rientra il rapporto tra fattispecie dove l'una è una norma di danno e l'altra di pericolo di un danno più grave (ad esempio tentativo di omicidio e lesioni personali).²²⁴

2.5.1.3 La sussidiarietà in senso lato

Per quanto riguarda la sussidiarietà in senso lato è il secondo livello di connessione; vengono in oggetto dei beni giuridici diversi poiché rappresentano un differente grado di offesa. Si tratta di ipotesi nelle quali il disvalore di una fattispecie si esaurisce in quello dell'altra, che risulti preminente secondo la volontà o la razionalità dell'ordinamento, come suggerisce Moro, o nell'ipotesi in cui la “il *Tatbestand* della legge primaria soffoca propriamente quello della sussidiaria”. Vi è un rischio di abuso nel principio di sussidiarietà per escludere o limitare la responsabilità penale in modo arbitrario.²²⁵

In tali categorie il concorso apparente viene riconosciuto anche in ipotesi in cui le norme concorrenti siano poste a tutela di interessi distinti, i quali però non implicano un'autonomia giuridica, dovendosi comunque intravedere un'affinità tra gli interessi protetti, andando così a riconoscere l'esaurimento del disvalore di una norma nell'altra, che comporta l'assorbimento.²²⁶

Una diversa impostazione critica l'utilizzo del bene giuridico quale requisito del rapporto di specialità, ritenendo che il confronto strutturale non debba essere subordinato a una valutazione sull'identità degli interessi tutelati.²²⁷

²²⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 28-31

²²⁵ MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 86

²²⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 32

²²⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 112

2.5.1.4 Il criterio di consunzione

Per quanto riguarda invece il criterio della consunzione, una condivisa tesi in dottrina, rinviene il concorso apparente quando tra le fattispecie vi sia un rapporto di “abituale presupposizione o interdipendenza”, cioè quando il fatto previsto da una delle fattispecie concorrenti costituisca la “condotta normalmente antecedente, contestuale o susseguente rispetto al fatto descritto dall'altra fattispecie”.²²⁸ Solo qualora il fatto consunto equivalga all’ “*id quod plerumque accidit*”, cioè corrisponda alle normali modalità di realizzazione del fatto principale (ad esempio se guardiamo il rapporto tra spendita di monete false e truffa, rinverremo l'induzione in errore della vittima e il danno patrimoniale, i quali sono l'evoluzione delle condotte normalmente punite, per cui si applica la fattispecie con la sanzione più grave).²²⁹

La consunzione si trova al terzo e più ampio livello, e deve intendersi come la concentrazione del disvalore penale in un'unica fattispecie concorrente.

Nella medesima prospettiva, Ambrosetti riconduce il principio di consunzione o assorbimento all'esigenza di applicare una sola norma quando questa sia già sufficiente ad esprimere l'intero contenuto sostanziale dell'illecito, evitando che il medesimo disvalore venga nuovamente preso in considerazione attraverso l'applicazione della fattispecie concorrente.²³⁰

La ricomprensione in un'unica norma si verificherebbe anche nell'ipotesi di consunzione, cioè quando “l'esperienza afferma che il quadro normativo di un certo tipo di reato comporta pure la realizzazione di un'altra fattispecie che prevede il reato meno grave”, come sostiene Pagliaro, la quale può essere contestuale, antecedente o successiva.²³¹

Nella definizione proposta da Grisigni, la consunzione trova applicazione quando il fatto ricompreso da una fattispecie, lo è anche nel fatto previsto da un'altra, dove quest'ultima ha un'estensione maggiore e dunque viene applicata. La maggiore ampiezza per Grisigni deriverebbe o “dalla natura del bene tutelato che comprende anche quello tutelato dall'altra norma”, o “dalla natura dei mezzi adoperati o degli effetti prodotti”, oppure,

²²⁸ A. Pagliaro, B. Romano, I. Giacona, così ripresi in SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 507

²²⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 506ss

²³⁰ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 464

²³¹ PAGLIARO A., *Relazioni logiche*, cit., 226

infine, “dall'assumere essa come elemento costitutivo o circostanza il fatto previsto dall'altra norma”.²³²

La dottrina si è soffermata nel dare una distinzione dei criteri di consunzione e sussidiarietà in senso stretto e ampio, poiché così possano emergere le differenze funzionali tra queste e la loro reciproca complementarietà.

Per quanto attiene alla categoria della cd. “consunzione in senso stretto”, si rinviene nella regolarità della connessione tra le fattispecie, la scelta a monte del legislatore di prevedere una sanzione unicamente per il reato più grave: dove il reato “consumante”, implicitamente consumi il disvalore degli altri reati “consumati”.

Per quanto riguarda l'elaborazione dottrinale della “consunzione in senso ampio”, facciamo riferimento all'ipotesi in cui vengono ricomprese anche quelle fattispecie risolvibili con il criterio di sussidiarietà, che si caratterizzano dalle violazioni commesse. Questo tipo di consunzione si pone come principio unitario con riguardo al giudizio valoriale di accentramento degli effetti di assorbimento, mentre nella concezione della consunzione in senso stretto, la consunzione si pone unicamente come criterio ulteriore e autonomo rispetto a quello della sussidiarietà.

In conclusione, parlando di consunzione in senso stretto ci si riferisce a un criterio ulteriore rispetto alla sussidiarietà in senso stretto, che estende l'effetto di assorbimento ad ipotesi che la sussidiarietà non potrebbe ricomprendere.²³³

Una diversa ricostruzione è proposta da Frosali, il quale nega invece la necessità di riconoscere alla consunzione un'autonoma funzione sistematica. Secondo l'Autore, le fattispecie tradizionalmente ricondotte a tale criterio devono essere nuovamente esaminate alla luce della specialità e della sussidiarietà, poiché ogni ipotesi di apparente sovrapposizione deve potersi ricondurre all'uno o all'altro principio, residuando altrimenti un concorso effettivo di reati. In questa prospettiva, la consunzione non costituirebbe dunque un *tertium genus* rispetto ai due criteri fondamentali.²³⁴

²³² GRISPIGNI F., *Corso di diritto*, cit., 508

²³³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 33-34

²³⁴ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 595-597

2.5.2 Il fondamento valoriale dell'assorbimento e il disvalore del fatto

2.5.2.1 Il *Typus* e la valutazione del disvalore nella fattispecie concreta

Si tende ad affermare, sotto il profilo valoriale, che la fattispecie principale sia “più estesa” di quella sussidiaria, ma ciò non è da intendersi quale portata normativa, né quale perimetro di tipicità ricompreso dalla norma, ma invece, come sostiene l'autorevole dottrina di Frosali, la maggiore comprensione si riferisce alla fattispecie dove “l'interesse statale da essa protetto comprenda in sé ogni altro interesse che, nella particolare situazione configuratasi potrebbe trovare protezione con le altre fattispecie”.²³⁵

La centralità attribuita al “fatto concreto” comporta che gli effetti dell'assorbimento normativo, e dunque la stessa “apparenza” del concorso, siano valutati tenendo conto della “fattispecie concreta”, cioè del “cangiante atteggiarsi dei fatti tipici nella loro realizzazione storica”. Ciò non determina l'abbandono del piano normativo del giudizio, ma consente di collocarlo nella sede maggiormente coerente con la *ratio* dell'istituto, volta ad evitare la reiterazione del medesimo giudizio di disvalore e a garantire una risposta punitiva proporzionata. In questa prospettiva, “fatto” e “norma” costituiscono i due poli fondamentali del giudizio di tipicità.²³⁶

Ai fini dell'individuazione del concorso apparente, rileva il “tipo criminoso”, per il quale si avrà concorso, in presenza di situazioni eccezionali di modalità della condotta, che si discostano dal normale contenuto del “*Typus*”.²³⁷

È proprio in tale prospettiva che assume rilievo la distinzione tra il *Tatbestand* legale e il *Typus*. Il primo svolge una funzione “descrittiva e caratterizzante” e, attraverso la sua struttura formale, risponde alle esigenze di precisione e determinatezza; proprio tale “rigidità”, tuttavia, ne costituisce al tempo stesso il “punto di forza” e il “punto di debolezza”, poiché quanto più la fattispecie viene cristallizzata nella propria struttura astratta, tanto più rischia di perdere il contatto con la molteplicità delle concrete modalità

²³⁵ FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, cit., 544

²³⁶ Si ricorda il contributo di Giacona, il quale sostiene che non vi parrebbero essere “impedimenti dogmatici”, tali da ritenere che il concorso apparente debba essere preso in considerazione, non solo per quanto attiene alle fattispecie astratte, ma anche nei casi particolari, per fattispecie del tutto eterogenee, GIACONA I., *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022, 128ss

²³⁷ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 507

di manifestazione del fatto. Il “tipo criminoso”, al contrario, opera quale referente normativo relazionale, sostituendo alla “rigidità astratta” della fattispecie legale la maggiore flessibilità del *Typus* e consentendo di cogliere il contenuto di disvalore che il fatto assume nella realtà.²³⁸

Da tale maggiore flessibilità, quindi, discende che la “relazione tipologica” tra le fattispecie non richiede necessariamente un rapporto di “rigida continenza” o di “necessaria implicazione”, proprio delle relazioni logico-strutturali. Scoletta ritiene infatti che possa assumere rilievo anche una relazione di “ordinaria implicazione”, nella quale la realizzazione di una fattispecie comporta normalmente, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la realizzazione dell'altra, pur senza renderla logicamente necessaria. L'assorbimento viene così ricostruito non sulla base di un rapporto strutturale indefettibile tra le fattispecie, ma valorizzando le modalità secondo le quali il fatto tipico ordinariamente si manifesta nella realtà.²³⁹

Secondo l'Autore l'estensione della norma assorbente non si rinviene negli elementi strutturali della stessa, come invece riporta l'art. 15 c.p., ma dal peso del disvalore espresso dal “tipo legale”. Quindi se la situazione concreta descritta dal fatto naturalistico esaurisce l'offensività sociale all'interno di un solo “tipo” di reato, l'applicazione anche della norma apparentemente concorrente andrebbe a violare il principio del *ne bis in idem*.²⁴⁰

In tale prospettiva, neppure la diversità formale delle fattispecie concorrenti o degli interessi dalle stesse tutelati assume carattere decisivo, dovendosi verificare se, nella “concreta realizzazione del fatto”, i rispettivi profili di disvalore risultino effettivamente autonomi ovvero se uno sia già “normativamente ricompreso nell'altro”.²⁴¹

A seguito di tale impostazione, le concrete modalità di manifestazione del fatto tipico, normalmente rilevanti ai fini della graduazione della pena, possono in tal modo attribuire “rilevanza normativa” anche ad elementi fattuali non “espressamente presenti nella struttura legale astratta”, ma comunque importanti nel confronto con ulteriori fattispecie

²³⁸ Così Scoletta riprende delle tematiche approfonditamente affrontate dalla dottrina tedesca; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 487-489

²³⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 520

²⁴⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 36

²⁴¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 520ss

concorrenti ai fini del “giudizio di assorbimento”. Si tratta di fatti che si caratterizzano in concreto da un disvalore specifico rispetto al “fatto tipico” formalmente descritto dalla fattispecie legale, il quale assume rilievo normativo in sede di commisurazione della pena. Nel momento in cui, quegli stessi fatti fossero contemporaneamente oggetto di ulteriori qualificazioni giuridico-penali, emergerebbe quindi un problema con riferimento al principio di *ne bis in idem* e alla conseguente necessità di verificare l’assorbimento. Si veda, ad esempio, come le percosse possono entrare “tipologicamente” nella fattispecie di violenza sessuale.²⁴² La rilevanza delle “concrete modalità di realizzazione” emerge con particolare evidenza, nel rapporto tra rapina e fatti di violenza commessi nei confronti della vittima. La giurisprudenza tende a ritenere assorbite nella rapina le percosse, ma non le lesioni personali, muovendo dalla considerazione secondo cui le prime rappresenterebbero una “*species*” delle modalità di esercizio della condotta violenta. Scoletta evidenzia, tuttavia, come una tale distinzione, se applicata in maniera rigida, possa condurre a risultati “eccessivamente formalistici” e non sempre coerenti con il reale disvalore del fatto. Le “percosse gratuitamente” inferte ad un “soggetto presente sul luogo della rapina” potrebbero, ad esempio, giustificare il concorso di reati; al contrario, “lesioni lievi o lievissime cagionate al soggetto passivo”, proprio allo scopo di conseguire l’“impossessamento della cosa” potrebbero rientrare nel “perimetro funzionale” della rapina ed essere assorbite. In conclusione, quindi, il giudizio di assorbimento non può dipendere solo dalla qualificazione astratta della condotta come percossa o lesione, ma deve verificare il significato che essa assume rispetto alla “concreta realizzazione” del fatto principale. Per fare un ulteriore esempio, la stessa logica emerge nel rapporto tra maltrattamenti e sequestro di persona: la privazione della libertà personale può essere assorbita quando rappresenti una delle modalità attraverso le quali si manifesta “l’abituale coercizione propria dei maltrattamenti”; diversamente, quando assuma una “consistenza autonoma” e determini un “picco esponenziale” di disvalore ulteriore rispetto a quello già ricompreso nella fattispecie principale, può giustificarsi il concorso di reati.²⁴³

La medesima impostazione consente all’Autore di attribuire una dimensione “tipologica” anche allo schema del reato complesso. L’assorbimento non dipenderebbe, infatti, esclusivamente dalla necessaria incorporazione strutturale di una fattispecie nell’altra,

²⁴² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 490

²⁴³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 484-485

potendo assumere rilievo anche l'ipotesi in cui il reato concorrente rappresenti, secondo le concrete modalità di realizzazione, una delle ordinarie modalità attraverso cui si manifesta il "tipo criminoso principale". In tale ipotesi, qualora la fattispecie concorrente non esprima un "autonomo contenuto offensivo", la sua ulteriore applicazione comporterebbe la "reiterazione di un disvalore" già ricompreso nella fattispecie prevalente.

Il limite dell'assorbimento rimane, invece, rappresentato dalla presenza di un *quid pluris* di disvalore, poiché, qualora la fattispecie concorrente assuma nella concreta vicenda una consistenza offensiva autonoma ed eccedente rispetto a quella già espressa dal tipo principale, risulterà giustificato il concorso di reati.²⁴⁴ Un esempio di tale impostazione viene individuata nel rapporto tra bancarotta per distrazione e appropriazione indebita. L'assorbimento non discenderebbe, in questo caso, da un rapporto di "necessaria continenza strutturale", poiché è ben possibile realizzare una distrazione senza appropriarsi del bene altrui; tuttavia, quando l'appropriazione costituisca, secondo l'*id quod plerumque accidit*, una "modalità tipicamente ricorrente nella realizzazione della condotta distrattiva", essa può essere "ricondata alla dimensione tipologica" della più grave fattispecie fallimentare e restare in questa assorbita.²⁴⁵

Sul punto, Cesare Pedrazzi esclude infatti che tra bancarotta societaria per distrazione e appropriazione indebita sussista una "correlazione necessaria", evidenziando come possa configurarsi un delitto contro il patrimonio senza bancarotta e, reciprocamente, una bancarotta senza appropriazione. L'assenza di una relazione strutturale necessaria non impedisce, tuttavia, che nella concreta vicenda i due fatti possano presentarsi in un rapporto tipologico tale da giustificare l'assorbimento.²⁴⁶

²⁴⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 504-507

²⁴⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 506-507

²⁴⁶ Pedrazzi, (così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 507)

2.5.2.2 La concezione valoriale di Frosali e Moro: accentramento degli interessi e primato di funzione

Su un diverso piano, un elemento fondamentale per comprendere la teoria di Frosali è costituito dall'idea secondo cui lo Stato non tutelerebbe interessi cd. "atomizzati e separati", ma invece si rivolgerebbe a complessi di beni giuridici organizzati in modo gerarchico, ed è per questo che quando il legislatore prevede una norma principale, compie a monte una valutazione di assorbimento di carattere politico-criminale (si pensi alla rapina, nella quale la costruzione della fattispecie riunisce la componente patrimoniale della sottrazione e quella della violenza o della minaccia alla persona, evitando l'autonoma applicazione delle disposizioni relative ai fatti assorbiti). La prevalenza non deriva, dunque, dalla semplice maggiore estensione formale della fattispecie, ma dal fatto che l'interesse statale protetto dalla norma principale risulta idoneo, nella concreta situazione, a ricomprendere anche quello che troverebbe autonoma tutela attraverso la fattispecie concorrente.²⁴⁷

Da una distinta analisi proposta da Moro, emerge che il rapporto strutturale di specialità tra le fattispecie concorrenti corrisponda al medesimo rapporto valoriale di sussidiarietà e consunzione tra norme.²⁴⁸ Ciò sarebbe possibile, secondo la teorica di Frosali, poiché in entrambi la norma prevalente o assorbente includerebbe interessi protetti anche dalla norma sussidiaria, per cui parla di "accentramento di interessi" in una fattispecie, il quale nella specialità risulta esplicitamente previsto dalla norma che presenta elementi specializzanti, mentre nella sussidiarietà e consunzione emerge solo indirettamente tramite un'operazione logica affidata all'interprete.

Il compito che l'Autore attribuisce all'interprete prevede di rilevare il concorso apparente, quando le fattispecie concorrenti siano poste a tutela dello stesso bene giuridico, ovvero, qualora i beni giuridici siano diversi, presentano una "omogeneità funzionale" rilevante ai fini della sussidiarietà, o ancora quando le norme sono legate da una certa connessione funzionale, ai fini della consunzione.

Sempre all'interno della teorizzazione di Frosali, è significativa la riflessione che pone in rilievo la diversa operatività dei criteri di specialità e sussidiarietà nell'individuazione del

²⁴⁷ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 449-451

²⁴⁸ MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 73ss

concorso apparente: dove nel caso della specialità, l'apparenza del concorso sarebbe individuata dall'utilizzo della stessa quale mezzo formale, mentre nel caso della sussidiarietà emergerebbe, sebbene in via indiretta, dalla formulazione della fattispecie stessa.²⁴⁹

Nelle ipotesi di sussidiarietà tacita, tale meccanismo viene ulteriormente precisato attraverso il concetto di “accentramento di valutazione”. L'Autore osserva che, pur quando il confronto immediato tra le fattispecie sembrerebbe condurre alla loro contemporanea applicazione, può risultare che una sola norma sia idonea a soddisfare integralmente l'interesse statale preso in considerazione. Le ragioni di questo accentramento non sono, tuttavia, sempre riconducibili ad una formula costante e predeterminata, dovendo essere ricavate dal particolare assetto normativo delle fattispecie considerate.²⁵⁰

Secondo l'autorevole dottrina di Moro, la diversità tra i criteri sarebbe una differenza di piani sui quali avviene la ricerca dell'apparenza del concorso: logico-formale per la specialità, funzionale per sussidiarietà e consunzione, dove nel primo caso prevarrà la norma avente maggiori caratteri specializzanti, nel secondo caso quella che racchiude il maggior disvalore.

Seguendo tale teorica, nella specialità il legislatore ha fatto una valutazione per cui la norma speciale è quella che può dare al caso concreto una tutela più aderente, e quella in cui “predomina il significato di qualificazione”, poiché la norma speciale attribuisce al fatto un diverso significato rispetto alla norma assorbita, che consente di considerarlo più o meno grave. Nelle ipotesi di specialità, il fatto tipico descritto da una norma rientra in un'altra per la sola formulazione di quest'ultima, facendolo apparire “unico”.²⁵¹

Per quanto riguarda la sussidiarietà o la consunzione, Moro sostiene che la norma principale cd. “consumante” prevale perché è in grado di fornire una tutela “più completa” rispetto al fatto concreto, secondo un “giudizio di valore” riguardo agli interessi protetti. Questi criteri si risolverebbero in un “primato di funzione”, dove il rapporto tra fattispecie

²⁴⁹ FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 400-401, 406-407

²⁵⁰ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 429-430; FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, cit., 538-539 e 546-547

²⁵¹ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 227ss

concrete è di “intensificazione di valore”, proprio perché atterrebbe al valore delle norme penali. Nelle ipotesi di sussidiarietà o consunzione, il fatto tipico descritto da una norma rientra in un'altra per il suo “significato di disvalore giuridico”.

È comune a entrambi i casi, sia di rapporto di specialità, che di sussistenza o consunzione, l'effetto conseguente alla relazione tra le fattispecie apparentemente concorrenti, la quale consiste nella “privazione dell'autonomia giuridica di un fatto tipico”, cioè di “annullarlo”, poiché il disvalore espresso dalla norma che lo prevede è totalmente ricompreso da quella concorrente.

Una conseguenza della struttura normativa diversa tra norme e rapporto di specialità e di sussidiarietà o consunzione, sta nel risultato che ne discende: nel caso della specialità, la prevalenza viene attribuita alla fattispecie individuata dal legislatore sulla base degli elementi specializzanti, che potrà prevedere una sanzione più o meno grave rispetto alla norma generale più ampia; mentre nel caso della sussidiarietà o consunzione, proprio perché viene fatto un giudizio di valore prevarrà normalmente la norma che prevede la sanzione più grave.²⁵²

A tal proposito mentre si svolge il giudizio sostanziale sul concorso apparente, sia tenendo in considerazione il criterio della sussidiarietà che della consunzione, si può affermare che sistematicamente rileva la comparazione tra le sanzioni previste dalle fattispecie concorrenti, poiché quella che presenta un limite edittale maggiore, quella della fattispecie prevalente, verrà utilizzata dal giudice nel momento della commisurazione della pena, per rappresentare anche il disvalore del “fatto consunto”.²⁵³

Quest'ultima affermazione non è esente da critiche, lo stesso Frosali non concorda con l'automatismo della prevalenza della norma comportante una “maggiore dannosità”, ma, nonostante ciò, si può sostenere che tale risultato sia conforme con la *ratio* del criterio stesso, cioè di prevedere l'assorbimento della fattispecie sulla base di una “continenza di valore”.²⁵⁴

²⁵² MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 73ss e 86ss

²⁵³ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 507

²⁵⁴ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 468-469

2.5.2.3 Assorbimento, commisurazione della pena e integrale valutazione del fatto

L'esigenza di procedere ad una "integrale valutazione del fatto" non impone, tuttavia, necessariamente il riconoscimento di una pluralità di reati. Scoletta ammette che la presenza di una "tipicità plurima" possa esprimere un "disvalore complessivamente superiore" rispetto alla "tipicità singola", nell'ipotesi in cui un certo profilo di disvalore trovi riconoscimento soltanto in una delle fattispecie concorrenti; ciò non significa, però, che l'unico modo per retribuire tale disvalore sia rappresentato dall'"applicazione cumulativa" delle diverse incriminazioni.

Il diverso grado di disvalore assunto dal fatto concreto può infatti essere intercettato, attraverso il *Typus*, anche sul piano della commisurazione della pena, attribuendo rilievo agli elementi fattuali "aggiuntivi o eventuali" che acquistano significato giuridico nella "dimensione tipologica" della fattispecie. In tal modo l'assorbimento della fattispecie concorrente, pur astrattamente integrata dagli stessi elementi fattuali, può trovare un "bilanciamento sanzionatorio" attraverso l'art. 133²⁵⁵ c.p.²⁵⁶

La medesima funzione può essere svolta dalle circostanze aggravanti²⁵⁷, attraverso le quali il legislatore attribuisce particolare rilevanza giuridica e sanzionatoria a fatti o

²⁵⁵ Art. 133 c.p.: Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena:

"Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo."

²⁵⁶ Si ricorda il contributo di Alagna, il quale sostiene che "il diritto penale non si limita a prevedere una scala di riprovevolezza dei comportamenti umani", né quali risultino "penalmente rilevanti", senza nulla dire riguardo alla "possibilità di individualizzazione rispetto al fatto concreto", ma al contrario sarebbe proprio il diritto penale a ricomprendere in sé le "due nature: il qualificare e il commisurare", in ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, in *Seminario giuridico della Università di Bologna*, Bologna, 2007, 321

²⁵⁷ Alagna si sofferma anche sul tema del reato circostanziale, valorizzandolo "in chiave tipologica", nell'ottica di un "confronto diacronico tra fattispecie penali", cioè con riferimento alla questione della "successione di leggi penali nel tempo, conseguente la riformulazione legislativa delle figure di reato". Egli sottolinea come la legalità e la descrizione della norma incriminatrice rappresentino solo un "primo livello di previsione di un fatto riprovevole", al quale si aggiungerebbero "i criteri di commisurazione della pena e le circostanze del reato", individuando, questi ultimi, "la misura di sanzione tipica per il fatto storico". Per l'Autore, la norma penale avrebbe "due anime": da una parte avrebbe dei "confini rigidi" per dividere ciò che è lecito e ciò che non lo è, dall'altra parte avrebbe dei "confini mobili" per poter andare a ricondurvi

elementi accidentali capaci di incidere sul disvalore della condotta o dell'evento. Ciò che rileva è che, attraverso la circostanza, possa essere retribuito il disvalore che caratterizza quei "fatti accessori" rispetto al fatto tipico, i quali potrebbero altrimenti essere "autonomamente qualificati" attraverso ulteriori fattispecie incriminatrici. La "funzione punitiva" delle circostanze può quindi concorrere alla realizzazione della "integrale valutazione del fatto" richiesta nella materia del concorso apparente.

Quando il medesimo fatto concreto sia "astrattamente qualificabile" tanto come circostanza aggravante di un reato, quanto come elemento di un'"autonoma fattispecie concorrente", la "duplicazione" della sua rilevanza giuridica comporterebbe il rischio di andare a reiterare il medesimo giudizio di disvalore in contrasto con il principio del *ne bis in idem*. In tali ipotesi, l'applicazione della "sola norma circostanziale" può risultare "adeguata a retribuire il reale contenuto di disvalore del fatto", quando quest'ultimo risulti "ulteriore ma complementare" rispetto a quello espresso dal reato principale.

In conclusione, prima di riconoscere un concorso di reati, formale o materiale, è necessario verificare gli eventuali effetti di assorbimento tra le norme concorrenti con particolare riguardo alla "fattispecie concreta", accertando se il "disvalore complessivo del fatto" possa già essere "adeguatamente retribuito sul piano della commisurazione della pena o mediante l'applicazione di fattispecie circostanziali", prima di ricorrere al regime del cumulo giuridico. Il concorso di reati presuppone, infatti, che venga riconosciuta "l'autonoma rilevanza normativa" di ciascun fatto tipico.²⁵⁸

2.5.3 Dalla pluralità degli accadimenti naturalistici all'unità normativa del fatto

"il comportamento concreto che abbia superato limiti rigidi all'interno della scala di disvalore". Egli individua come la norma incriminatrice possa essere stratificata "tramite sottofattispecie individuate dalle circostanze proprie, ovvero per mezzo di sottofattispecie scaturenti da alcune tipologie precise e consolidate di circostanze improprie." Nel primo caso, nel "passaggio da elemento di sottofattispecie a elemento di fattispecie", l'elemento caratteristico della sottofattispecie, diviene "di tipicità della norma incriminatrice post-riformulazione specializzante" rappresentando una "circostanza del reato base", come era precedentemente previsto nel Codice. Nel secondo caso, un "criterio di commisurazione della pena diviene elemento formale della fattispecie base", in ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, cit., 322, 360-361

²⁵⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 496-499

2.5.3.1 L'assorbimento in presenza di una pluralità di fatti materiali

Il concorso apparente può rinvenirsi anche in assenza di “unicità d'azione” cioè nei confronti di fatti che hanno struttura e natura diversa tra loro. La connessione valoriale prescinde da relazioni logico-formali tra le disposizioni delle norme in apparente concorso per qualificare lo “stesso fatto”.

Si parla di “fatti concomitanti”, commessi con una sola azione, quando le fattispecie in concorso hanno un nucleo di elementi comune e ulteriori elementi diversi.

Fin qui la struttura del rapporto tra norme è uguale sia che si tratti di concorso apparente che formale, mentre la diversità si troverebbe nel giudizio di valore. Il giudizio valoriale della sussidiarietà o consunzione può comportare l'effetto dell'assorbimento a prescindere dall'unicità naturalistica del fatto, in ipotesi di fatti che sembrano distinti e per i quali si ipotizzerebbe la configurabilità di un concorso materiale di reati. Di conseguenza, appare rilevante come il giudizio valoriale non sia ancorato ad un'azione materiale.

Vengono ricondotte alla stessa *ratio* dei principi di sussidiarietà e consunzione altre ipotesi di concorso apparente quali la “progressione criminosa”, o l'antefatto o il postfatto non punibili, che si caratterizzano da una pluralità di norme penali e di fatti materiali distinti, senza che vi sia “contemporaneità o simultaneità dell'azione”. In particolare, si vede (ad esempio per le ipotesi di antefatto e postfatto non punibili), il medesimo effetto di assorbimento normativo quando il disvalore di una norma è sufficientemente ricompreso nell'altra, rispetto alle ipotesi di sussidiarietà e consunzione²⁵⁹, (ad esempio nell'ipotesi di furto o danneggiamento, quando l'agente dopo aver rubato un bene lo distrugge, non risulterà essere punibile il danneggiamento quale *post factum* del reato di furto).²⁶⁰

2.5.3.2 La teoria dell'Aussenzone e le sottofattispecie orizzontali

Una possibile giustificazione di tali forme di assorbimento viene individuata nella teoria dell'*Aussenzone*, elaborata da Ernst von Beling²⁶¹. Oltre al nucleo tipico essenziale della

²⁵⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 39-41

²⁶⁰ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 508

²⁶¹ Così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 491

fattispecie legale, il *Tatbestandskern*, viene infatti individuata una “zona esterna” nella quale possono collocarsi elementi fattuali o condotte materialmente poste “al di fuori della struttura legale astratta”, ma, che sulla base della loro funzione, sono riconducibili alla “sfera di interessi” ricompresa nella fattispecie principale.

In tale perimetro, possono rientrare gli “atti antecedenti”, e in particolare quelli preparatori del reato; gli “atti posteriori”, che “mantengono, consolidano o aggravano la situazione antigiuridica determinata dalla condotta tipica”; nonché gli atti “collaterali” o “complementari normalmente concomitanti alla condotta esecutiva”. Pur trattandosi di condotte di per sé “atipiche” rispetto alla fattispecie legale astratta, esse possono porsi funzionalmente “nella scia” del fatto tipico, sino ad integrarsi sul piano normativo e costituire con esso “un tutt’uno”.

Tale costruzione è individuata da Scoletta, nella prospettiva del concorso apparente attraverso la categoria delle “sottofattispecie orizzontali”, costituite dalle concrete modalità di realizzazione del fatto tipico che acquistano rilevanza nella commisurazione della pena. Esse si distinguono dalle “sottofattispecie verticali”, strutturalmente contenute nella fattispecie legale astratta: mentre queste ultime descrivono una specialità propriamente strutturale, le prime consentono di cogliere elementi fattuali non formalmente previsti dal tipo astratto, ma comunque “normativamente ricompresi nel suo concreto disvalore”.

Qualora gli stessi elementi fattuali siano rilevanti allo stesso tempo come “modalità tipica della fattispecie principale” e come “elementi costitutivi di un’ulteriore fattispecie penale”, sorge il rischio di una loro “duplice valutazione”. I fatti collocati *nell’Aussenzzone* possono quindi assumere autonoma rilevanza penale soltanto qualora presentino, nel caso concreto, un contenuto di disvalore che vada oltre la “sfera di interessi” già ricompresa nella fattispecie principale.

Il perimetro può essere definito, considerando l’esempio per cui il deterioramento dei vestiti della vittima, quando si collochi nell’*Aussenzzone* dell’omicidio o della violenza sessuale, può rilevare soltanto in sede di commisurazione della pena; diversamente, il danneggiamento di uno yacht cagionato nell’esecuzione della condotta non costituisce un

“fatto normativamente collaterale” al reato di omicidio e può quindi conservare autonoma rilevanza, consentendo il riconoscimento del concorso di reati.²⁶²

2.5.3.3 Antefatto, postfatto non punibile e progressione criminosa

È bene tuttavia ricordare come, con riferimento alle ipotesi di *post factum* e *ante factum* non punibili, la problematica questione sulla loro collocazione nell'ambito della consunzione è tutt'altro che pacifica, poiché queste “pongono l'ulteriore e complesso tema dell'unità ovvero pluralità dei fatti”.²⁶³

Tale ricostruzione consente, inoltre, di distinguere le condotte di *post factum* normalmente assorbite da quelle che presentano un contenuto di “disvalore autonomo”. Ad esempio, nel furto, le successive condotte di occultamento o di consumazione della cosa sottratta possono rientrare nella normale “postsfera” della fattispecie, con la conseguenza che il loro sanzionamento autonomo rischierebbe di riferirsi a un disvalore già ricompreso nella “cornice edittale” prevista per il “reato-presupposto”.

Diversa è l'ipotesi nella quale, la condotta successiva presenti un contenuto di disvalore “eccentrico” rispetto a quello normalmente ricompreso nella fattispecie principale. Ad esempio, la disciplina dell'autoriciclaggio, la cui autonomia può trovare giustificazione con riferimento a condotte “capaci di esprimere un *quid pluris*”, come “l'immissione dei proventi illeciti in attività economiche, speculative e finanziarie” o la creazione di un “concreto ostacolo” alle attività di indagine. Una lettura coerente con il *ne bis in idem* richiede, quindi, di selezionare soltanto le condotte che risultino “qualitativamente o quantitativamente” dotate di un disvalore ulteriore rispetto a quello già punito attraverso il “reato-presupposto”.²⁶⁴

Si può figurare la rilevanza della progressione criminosa, che porta a considerare assorbiti nella fattispecie più grave i fatti tipici minori precedentemente commessi, secondo la logica della sussidiarietà.²⁶⁵

²⁶² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 491-493

²⁶³ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 157

²⁶⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 494-495

²⁶⁵ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 508

Occorre tuttavia evitare di attribuire alla progressione un'autonoma efficacia assorbente. Già Frosali rilevava, infatti, che la progressione, di per sé considerata, non è idonea ad escludere il concorso effettivo di reati, dovendo l'eventuale prevalenza di una sola fattispecie essere ricondotta ai principi che regolano il rapporto tra le norme concorrenti. In particolare, quando gli elementi astrattamente capaci di integrare distinte fattispecie si presentano in successione, l'apparenza della progressione viene ricondotta al rapporto di sussidiarietà, mentre la semplice successione cronologica non assume autonomo valore risolutivo.²⁶⁶

2.5.3.4 L'identità normativa del fatto e l'unità del contesto criminoso

A fronte di tale analisi, si può rilevare come non sia decisivo distinguere tra “unità o pluralità naturalistica del fatto”, poiché troverà applicazione una sola fattispecie concorrente sulla base di un giudizio normativo che può basarsi, a seconda dei casi, sul “rapporto di rango o sul rapporto funzionale o sulla ricomprensione del disvalore”.

Quando la vicenda comprende più fatti naturalistici, l'assorbimento esclude l'autonoma applicazione di una delle disposizioni concorrenti e la separata qualificazione del relativo fatto come ulteriore reato. Quel fatto può tuttavia conservare rilievo all'interno della fattispecie prevalente e nella commisurazione della pena.

Emerge in dottrina come presupposto fattuale del concorso apparente sia “l'unicità di contesto” o il “medesimo quadro di vita” o la “medesima situazione di fatto”.²⁶⁷

Frosali precisa, inoltre, che tale “unità di contesto” non coincide necessariamente con la contemporaneità delle fattispecie, poiché l'accentramento della valutazione può operare anche rispetto a fatti temporalmente distinti.²⁶⁸

Anche il limite temporale assume nel concorso apparente una certa rilevanza, poiché vengono in rilievo fatti naturalistici avvenuti in un arco temporale diverso, ed il disvalore della singola fattispecie penale concorrente, deve invece considerarsi in maniera unitaria

²⁶⁶ FROSALI R. A., *Sistema penale italiano*, cit., 578-579

²⁶⁷ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 404, 573ss; MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 87; PAGLIARO A., *Concorso di norme*, cit., 550

²⁶⁸ FROSALI R. A., *Sistema penale italiano*, cit., 545-546

sulla base della valutazione del significato giuridico della fattispecie.²⁶⁹ La separazione temporale delle condotte non escluderebbe l'assorbimento quando tra esse sussistesse un "nesso teleologico" tale da ricondurle ad una "medesima sequenza tipologica". Scoletta attribuisce in tal senso rilievo all'"unità di scopo" che può collegare "fatti temporalmente distinti", qualora uno di essi si ponga, secondo l'ordinaria realizzazione del "tipo criminoso", quale "antecedente, mezzo o sviluppo funzionale dell'altro", sempre che non presenti un "autonomo contenuto di disvalore".²⁷⁰

Ciò che rilevarebbe sarebbe il cd. "fatto in senso normativo" o meglio la sua identità che è in grado di "ridurre ad unità la pluralità naturalistica degli accadimenti materiali".²⁷¹

Scoletta riconduce il rischio di una indebita duplicazione del giudizio di disvalore a situazioni tra loro strutturalmente differenti. Una prima ipotesi ricorre nelle relazioni, di quella che si definirà specialità bilaterale, nelle quali gli stessi elementi fattuali possono assumere contemporaneamente rilevanza per entrambe le fattispecie; una seconda si verifica quando vi sia una "compenetrazione naturalistica delle condotte", tale per cui il medesimo elemento del fatto storico venga utilizzato per integrare "più qualificazioni giuridiche"; una terza comprende invece i rapporti di sussidiarietà e consunzione "in concreto", nei quali anche "fatti materialmente distinti" possono esprimere il medesimo contenuto normativo di illecito.

Il "comune denominatore" non sarebbe costituito dalla "necessaria identità naturalistica del fatto", ma dalla "reiterazione del medesimo contenuto di disvalore". È in questo senso che *l'idem crimen*, quale "fatto in senso normativo", consente di ricondurre ad unità, anche una pluralità di fatti materiali quando questi rappresentino, sul "piano giuridico-penale", manifestazioni di un unico contenuto di illecito.²⁷²

2.5.4 La base legale delle teorie valoriali e il carattere generale dei relativi principi

²⁶⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 43-44

²⁷⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 510-511

²⁷¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 44

²⁷² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 528-530

Si pone necessaria l'analisi delle teorie valoriali, nella ricerca del loro fondamento giuridico, ai fini di dar loro legittimazione, poiché nel nostro ordinamento non è presente un riconoscimento normativo, ma anzi, il Codice prevede come unico criterio generale quello di specialità, e solo per specifiche ipotesi di utilizzo, criteri di sussidiarietà e consunzione, tramite l'inserimento in talune fattispecie di clausole di riserva.

La dottrina ha mostrato forte sostegno al riconoscimento sistematico della criteriologia valoriale nell'ordinamento interno, il quale sembrerebbe una scelta logico-doverosa, come sostiene Moro, facendo particolare riferimento al principio di sussidiarietà, riconducendolo a un'applicazione sul piano sostanziale della *ratio* del *ne bis in idem* processuale, il quale avrebbe il fine di “contenere la punizione nei limiti di un'effettiva giustizia”.

Parte della dottrina sostiene che le teorie valoriali avrebbero dei riscontri concreti nel dato positivo, che, attraverso un ragionamento di tipo induttivo ne evidenzerebbero “l'immanenza nel sistema”, attraverso clausole di sussidiarietà espressa, dove non ci sono deroghe al principio generale di specialità, ma esprimerebbero loro stesse un principio generale di assorbimento; per cui la *ratio* sarebbe la stessa della sussidiarietà o consunzione, a seconda dei casi. Secondo questo ragionamento, il legislatore ha solo in via esemplificativa positivizzato un'unica ipotesi, lasciando spazio all'interpretazione “esegetica” di colui il quale è chiamato ad applicare il diritto. In tal senso anche se con qualche differenza, Frosali afferma che le clausole di riserva, sono poste quali norme eccezionali, ma ne sarebbe consentita un'applicazione analogica nei limiti “dell'ambito del principio generale che presiede l'eccezione”.²⁷³ Per lo stesso Autore, sebbene le teorie valoriali non abbiano espresso riconoscimento normativo, ma anzi possano dirsi implicite al sistema, costituiscono delle esigenze, con particolare riferimento a sussidiarietà e consunzione, cui rispondono le clausole di riserva previste dal legislatore, potendo così affermare il carattere generale di tali principi.²⁷⁴

La dottrina è volta a sostenere che la funzione delle clausole di sussidiarietà non sia quella costitutiva, ma meramente dichiarativa, poiché le clausole andrebbero a rendere evidente

²⁷³ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 466; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 44ss

²⁷⁴ Frosali, come citato in SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 509

un effetto giuridico “immanente” alla relazione tra fattispecie penali aventi lo stesso contenuto illecito, rinvenuto attraverso il medesimo giudizio di disvalore. Risulterebbero così le ipotesi di sussidiarietà e consunzione “tacite” aventi lo stesso fondamento giuridico di quelle espresse, e sarebbe la mancata positivizzazione delle stesse a causare il rischio di abusi da parte dell'interprete nell'utilizzo di tale criteriologia valoriale, ponendosi necessaria una valutazione accurata del caso concreto per condurlo a rinvenire la continenza valoriale tra norme in apparente concorso.

A questo punto dell'analisi, riprendendo la tesi di Moro, si può affermare che qualora dovesse rinvenirsi un “rapporto logico-formale” tipico della specialità, questo porterebbe ad agevolare il “giudizio di continenza valoriale”, il quale fungerebbe da “denominatore comune” del concorso apparente.

Per quanto riguarda poi il principio di consunzione, Scoletta evidenzia un riconoscimento implicito dello stesso all'art. 84 c.p., quando viene definito il reato complesso; poiché se si desse una lettura restrittiva della disposizione in merito alla struttura del reato complesso, essa apparirebbe pleonastica, essendo tale previsione già riscontrabile nell'art. 15 c.p. parlando dello schema della specialità, e si potrebbe parlare solo di reato “necessariamente” complesso, quando un reato è strutturalmente contenuto all'interno della fattispecie complessa. La “ripetizione” dell'art. 15 c.p. data dall'art. 84 c.p. nella sua lettura restrittiva, per Domenico Pulitanò, sarebbe di “poco o nessun rilievo pratico”.²⁷⁵ La questione emerge con particolare chiarezza già nella ricostruzione di Antolisei, secondo il quale il reato complesso in senso stretto si inquadra “perfettamente” nel principio di specialità sancito dall'art. 15 c.p., al punto che, anche in assenza dell'art. 84 c.p., la fattispecie speciale sarebbe comunque destinata a prevalere; sotto tale profilo, la disposizione non farebbe che ribadire “*ad abundantiam*” un principio generale già operante.²⁷⁶

Ad una conclusione analoga giunge Ambrosetti, rilevando come una lettura dell'art. 84 c.p. del tutto coincidente con l'operatività del principio di specialità finirebbe per privare la disposizione di una reale autonomia rispetto all'art. 15 c.p.. Proprio l'esigenza di riconoscere all'art. 84 c.p. un autonomo significato normativo consente, invece, di

²⁷⁵ L'Autorevole penalista Domenico Pulitanò, così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 47

²⁷⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 538-539

attribuire rilevanza anche ad ipotesi nelle quali l'assorbimento non sia già interamente spiegato dalla sola relazione di specialità tra le fattispecie.²⁷⁷

Con riguardo al concorso di circostanze, l'art. 68 c.p.²⁷⁸ fa espresso rinvio all'art. 15 c.p.; proprio tale richiamo pone il problema di individuare uno spazio operativo autonomo della disposizione rispetto al principio di specialità. Ambrosetti osserva, infatti, che, qualora l'art. 15 c.p. fosse ritenuto sufficiente a risolvere tutte le relazioni di specialità tra circostanze, la funzione dell'art. 68 c.p. dovrebbe necessariamente collocarsi su un piano ulteriore rispetto al mero confronto astratto tra le norme, rispondendo all'esigenza di impedire che il medesimo fattore venga nuovamente considerato nel trattamento sanzionatorio. Sarebbe seguendo tale elaborazione dottrinale, sostenibile che l'art. 68 c.p. risponda a esigenze d'equità derivanti dal principio di *ne bis in idem*, poiché andrebbe a richiamare il criterio di consunzione anche nel concorso di circostanze, anche attenuanti, evitando altresì un "decremento punitivo".²⁷⁹

Sembrerebbe esserci una deroga coglibile dalla lettura dell'art. 15 c.p., quando è disposto "salvo che sia diversamente stabilito", allo stesso principio di specialità, ammettendo che un diverso criterio possa prevalervi. Nell'affermare ciò consegue che tale criterio derogativo, non possa essere limitato ai soli casi di ipotesi eccezionali previste espressamente, finendo così per ammettere l'utilizzo di un altro criterio per la risoluzione del concorso apparente di norme. In conclusione, la dottrina arriva a sostenere che l'espressa previsione normativa del criterio di specialità all'art. 15 c.p., comporterebbe solo la sua prevalenza, in ipotesi di "convergenza" con il criterio di consunzione, e non "l'impossibilità di ricorrervi".²⁸⁰

Sono state mosse diverse critiche all'impostazione teorica valoriale, innanzitutto muovendo dal fatto che i principi di sussidiarietà e consunzione risulterebbero essere

²⁷⁷ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 466-467; in tal senso anche FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 250-251

²⁷⁸ Art. 68 c.p.: Limiti al concorso di circostanze:

"1. Salvo quanto è disposto nell'articolo 15, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, è valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena.

2. Se le circostanze aggravanti o attenuanti importano lo stesso aumento o la stessa diminuzione di pena, si applica un solo aumento o una sola diminuzione di pena."

²⁷⁹ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 458-459

²⁸⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 48ss

elastici e molto ampi, potendo portare a risultati imprevedibili. Si ricorda come per Ignazio Giacona, sia rinvenibile un margine di discrezionalità interpretativa, poiché ci si allontana dall'uso di criteri logico-formali; in risposta, i sostenitori delle teorie valoriali, sostengono che il margine discrezionale deve ritenersi ammissibile, poiché l'effetto dell'assorbimento della norma penale non è limitato dal principio di legalità.²⁸¹

Antolisei rivolge una critica verso tali criteri, definendoli “indeterminati e ultra-elastici, nei quali si può far rientrare tutto ciò che si vuole”, per quanto riguarda la consunzione, la definisce una “vuota astrazione e nebuloso concetto che esprime solo quello che è l'assorbimento di una fattispecie in un'altra, ossia l'effetto in generale della concorrenza di leggi”, e definisce “il concetto di più ampia portata della norma consumante” come “del tutto oscuro”. Inoltre per quanto riguarda la sussidiarietà espressa, questa non sarebbe riconducibile al concorso apparente, poiché in tale ipotesi non si verrebbe a formare una “apparente applicabilità dei due disposizioni coesistenti ad un medesimo fatto”, poiché l'esclusione di una deriva direttamente dalla legge; invece con riferimento alla sussidiarietà tacita, questa risulterebbe, secondo l'autore, “superflua, vaga e indeterminata”, poiché sarebbe impossibile accertare l'esistenza di un rapporto di sussidiarietà.²⁸²

Un'altra problematica con riguardo alle teorie valoriali riguarda i casi che la dottrina fa rientrare nella consunzione, compresi l'antefatto e il postfatto non punibili e la progressione criminosa, la critica di De Francesco è rivolta a far emergere che “senza alcun vincolo derivante da parametri obiettivi univocamente prefissati” si andrebbe ad individuare una “formula vuota a cui attribuire il significato di volta in volta necessario per comprendervi un'ipotesi”. Secondo l'Autore, i criteri valoriali avrebbero una “base metodologica valutativa”, che corrisponderebbe al bene giuridico, la quale non porterebbe alcuna sicurezza o univocità, sarebbe caratterizzata da confini indeterminati e, inoltre, non risulterebbero essere “verificabili sul piano del diritto positivo, incarnando piuttosto un'aspirazione *lato sensu* equitativa”²⁸³

²⁸¹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 509

²⁸² ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, cit., 7ss

²⁸³ Così è esposta alla critica formulata da De Francesco, SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 165

Mantovani suggerisce, al fine di “offrire maggiore univocità”, come le tesi pluralistiche dovrebbero ancorare i criteri valoriali delle ipotesi normativamente previste, ad esempio con riferimento alla sussidiarietà espressa per quei casi in cui le clausole di riserva sono espressamente previste dal legislatore, e alla consunzione espressa nell'ipotesi prevista all'art. 84 c.p.. Secondo l'Autore l'estensione degli stessi volta alla risoluzione di casi non espressamente previsti dal legislatore, ne evidenzia la “immanente arbitrarietà”. Mantovani critica, in particolare, il tentativo di subordinare l'operatività del principio di specialità all'identità del bene giuridico tutelato, rilevando come l'introduzione di un simile requisito finisca per restringerne la portata fino a comprometterne sensibilmente l'efficacia. Né l'oggettività giuridica è in grado di offrire, di per sé, un criterio risolutivo sicuro, poiché la stessa individuazione dell'interesse protetto può presentare margini di incertezza e risentire delle diverse concezioni assunte in ordine al rapporto tra fattispecie e bene tutelato.²⁸⁴

In risposta a tali criticità emerse, con particolare riferimento all'ultima esaminata, Marco Pelissero, sostiene che non possa essere condivisibile, poiché nonostante l'incertezza dell'individuazione e la crisi attraversata dal bene giuridico, si tratta di un concetto cardine del sistema penale, che non può quindi essere indebolito, rilevando comunque quale strumento di legittimazione della norma penale e che ne “definisce i limiti di obbligazione”.²⁸⁵

Bettiol risponde ai rilievi mossi alla sua ricostruzione teorica, sostenendo la correttezza del riferimento al bene giuridico, “quale strumento per definire l'assorbimento di una fattispecie nell'altra”, senza la necessità che vi sia “identità” tra gli interessi tutelati²⁸⁶, quanto invece quella che il “bene giuridico tutelato dalla norma consumante alternativamente include al suo interno anche il bene tutelato dalla fattispecie consumata ovvero sia superiore all'interesse protetto della norma penale assorbita”, risultando quest'ultimo ad esso subordinato.²⁸⁷ Moro concorda con l'affermazione per la quale il

²⁸⁴ MANTOVANI F. *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 119-121

²⁸⁵ Così il penalista Pelissero nega l'indebolimento del bene giuridico, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, la quale ha posto in rilievo il principio di offensività sia in via astratta che concreta, (così come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 166-167)

²⁸⁶ BETTIOL G., *Diritto penale*, cit., 655

²⁸⁷ Così Pelissero (come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 167); MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 88ss

bene giuridico tutelato sia un “elemento chiave” nell'individuazione della offensività della norma.²⁸⁸

Tali teoriche mettono in luce come le previsioni normative, che verranno in seguito approfondite, all'art. 15 c.p., della specialità unilaterale, e delle clausole di riserva, siano insufficienti per definire i confini del concorso apparente, e allo stesso tempo a limitare i casi di concorso formale e materiale di reati.

Risultano i criteri di sussidiarietà e consunzione forniti dalle teorie valoriali, “strumenti ermeneutici insostituibili” e necessari, seppur caratterizzati da un margine di discrezionalità, nell'ottica di realizzare un “assetto ordinamentale” maggiormente rivolto alle esigenze costituzionali del principio del *ne bis in idem* sostanziale, e cogliendo le ipotesi di “concreta reiterazione dei medesimi giudizi normativi di disvalore”, per non arrivare a sanzioni sproporzionate.²⁸⁹

Anche la dottrina di Moro, nel formulare il principio di sussidiarietà, si esprime in tal senso, prevedendo che “v'è una vasta sfera di libera e intelligente valutazione che resta affidata all'esercizio responsabile del potere giurisdizionale”; mentre Pagliaro, con riguardo al principio di consunzione, sostiene che “la più grave difficoltà inerente alla dottrina del rapporto di consunzione sorge dalla natura stessa di questo rapporto, cioè dalla circostanza che esso non si fonda su una relazione logica, bensì su un apprezzamento di valore”.²⁹⁰

Si riporta la critica di Chiara Silva, la quale non vorrebbe escludere totalmente le tesi valoriali, poiché ritiene che non sia “contemplabile” ammettere solo quelle strutturali, che saranno oggetto di analisi di tale trattazione. L'Autrice rileva come da un lato, l'orientamento pluralista, pur avendo il pregio di tenere distinti i vari criteri, finisce per ricondurre la specialità a confini troppo labili, ma dall'altro, le tesi moniste, nel tentativo di ricondurre tutto a un unico principio, rischiano di “tradire” il giudizio di specialità con valutazioni di tipo valoriale, come il riferimento al reato più grave o alla norma più specifica, venendo meno così alla logica astratta che dovrebbe governare la materia. Per

²⁸⁸ MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 109

²⁸⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 509

²⁹⁰ MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 81; PAGLIARO A., *Relazioni logiche e apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice penale*, 1976, 225

Silva, proprio l'inevitabile indeterminatezza dei concetti coinvolti impone di prendere atto del disvalore complessivo del fatto. In quest'ottica, non è possibile escludere del tutto i criteri valoriali per poi reintrodurli surrettiziamente: al bene giuridico deve essere riconosciuto un ruolo centrale nella fase di apprezzamento di valore.

Tale conclusione trova un ulteriore sviluppo anche con riferimento al concorso infra-sistematico, ambito in cui il criterio valoriale si rivela ugualmente applicabile.²⁹¹

Le obiezioni riferite alla "legalità" della criteriologia valoriale non risultano, secondo Scoletta, decisive. Il giudizio di assorbimento non è infatti diretto ad estendere l'ambito applicativo delle norme incriminatrici, ma interviene soltanto quando il fatto risulti già astrattamente riconducibile a più fattispecie, al fine di stabilire se tutte debbano essere applicate oppure se una di esse sia già in grado di rappresentarne tutto il contenuto di disvalore. Il giudizio tipologico e valoriale opera quindi in "funzione selettiva e riduttiva della risposta punitiva" e non come "strumento di ampliamento in *malam partem* della tipicità".

La relativa base normativa viene individuata nel principio sostanziale del *ne bis in idem*, posto a garanzia contro la reiterazione del medesimo giudizio di disvalore. In tale prospettiva, l'utilizzo della fattispecie concreta e del *Typus* non determina la creazione giudiziale di nuove incriminazioni, poiché l'accertamento della tipicità delle singole fattispecie concorrenti deve necessariamente precedere il giudizio di assorbimento; soltanto dopo aver verificato la loro autonoma applicabilità può porsi il problema di stabilire se la contemporanea applicazione determini una "duplicazione punitiva".²⁹²

Il problema rimane quello della controllabilità del giudizio valoriale. In senso critico, Vallini richiama il rischio connesso all'ampiezza dei margini valutativi, mentre Carlo Sotis evidenzia come simili criteri possano tradursi in "argomentazioni malleabili come l'argilla", difficilmente conciliabili con l'esigenza di predeterminazione del campo applicativo della legge penale. Una diversa valutazione viene invece sostenuta da Mantovani, il quale ritiene tali rilievi superabili proprio facendo leva sul rango

²⁹¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 169

²⁹² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 532-535

costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale, quale fondamento e al tempo stesso limite del giudizio di assorbimento.

Ulteriori perplessità sono ricondotte da Scoletta alle posizioni di Giacona e Marco Pelissero, con particolare riguardo all'incertezza che può accompagnare l'individuazione degli interessi tutelati e, conseguentemente, il giudizio sull'omogeneità del disvalore. Tale difficoltà non sarebbe tuttavia esclusiva delle teorie valoriali, poiché anche la ricostruzione delle fattispecie penali e dei rispettivi beni giuridici implica inevitabilmente un'attività interpretativa. Il problema non consiste quindi nell' "eliminare ogni componente valutativa", ma nel ricondurla entro "parametri giuridicamente argomentabili e controllabili".²⁹³

Prima di concludere la disamina sul tema, è opportuno soffermarsi, su alcune conclusioni maturate in giurisprudenza, le quali contribuiscono a complicare la situazione.

In linea generale, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza tende ad escludere l'operatività di ulteriori criteri rispetto a quello di specialità, il quale viene considerato quale canone interpretativo esclusivo per la risoluzione del concorso apparente di norme. In tale prospettiva, le S.U. della Corte di Cassazione hanno più volte ribadito come l'unico principio idoneo a fondare la soluzione del concorso sia quello di specialità, mentre criteri quali quello del reato più grave, dell'assorbimento o della consunzione sarebbero "privi di un'autonoma base ricognitiva".²⁹⁴

La stessa giurisprudenza di legittimità ha inoltre evidenziato come la scelta di privilegiare la specialità si giustifichi anche in base al principio di legalità e, in particolare, ai suoi corollari di tassatività e determinatezza, poiché l'applicazione di criteri diversi rischierebbe di introdurre margini di incertezza incompatibili con tale principio.²⁹⁵

²⁹³ VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 526; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 531-534

²⁹⁴ Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164

²⁹⁵ Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, "I giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale."; "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 fattispecie, ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie l'inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di

Tuttavia, il dato giurisprudenziale non si presenta del tutto “monolitico”. Accanto all’indirizzo dominante, si rilevano infatti alcune, seppur minoritarie, aperture che mostrano come, nella prassi applicativa, le affermazioni di principio a “carattere monista” tendano talvolta a “vacillare”. In alcuni casi, infatti, si assiste ad una “commistione terminologica” tra i vari criteri, mentre in altri si giunge sino ad una vera e propria negazione in astratto dei canoni enunciati, con conseguente ingresso, nella decisione, di parametri differenti, benché formalmente ricondotti al principio di specialità.²⁹⁶

Un esempio particolarmente significativo di tale negazione è rinvenibile in una pronuncia nella quale la Corte, dopo aver riaffermato la necessità di procedere attraverso un confronto “strutturale” e di intendere il principio di specialità in senso “logico-astratto”, individua un rapporto di specialità tra la truffa aggravata e i delitti di emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti. La frode fiscale viene ricondotta ad una *species* dell’“artificio”, senza che venga però compiuto un raffronto con gli ulteriori elementi richiesti dalla fattispecie di truffa, quali l’induzione in errore, il danno e il profitto, non presenti nelle fattispecie tributarie.²⁹⁷ Le difficoltà della ricostruzione risultano ancora più evidenti nel momento in cui la decisione attribuisce rilevanza a ciò che “normalmente” conseguirebbe alla frode fiscale, individuando l’induzione in errore dell’Amministrazione finanziaria e il danno derivante dalla mancata o ritardata percezione delle entrate tributarie. Si tratta, tuttavia, di “normali accadimenti” riferibili alla “concreta realizzazione del fatto” e non agli elementi delle fattispecie astratte, finendo così il giudizio per fondarsi su possibili sviluppi comuni della condotta piuttosto che sul confronto strutturale inizialmente assunto quale criterio decisivo. Nella medesima prospettiva viene inoltre richiamato il carattere speciale del sistema sanzionatorio predisposto dal d.lgs. n. 74 del 2000, con il rischio di ricavare la specialità dalla disciplina complessiva del settore anziché dal diretto raffronto tra le singole fattispecie.²⁹⁸

Scoletta propone, con riferimento ai rapporti tra la truffa e le diverse fattispecie incriminatrici caratterizzate dall’impiego di strumenti fraudolenti, una ricostruzione che non assume come decisiva né l’eterogeneità degli elementi costitutivi né la diversità

criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura della fattispecie.”

²⁹⁶ Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1235

²⁹⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 147

²⁹⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 148

naturalistica dei fatti. Gli elementi propri della truffa, cioè l'induzione in errore, l'atto di disposizione della vittima, il danno ingiusto e il profitto, possono infatti rappresentare, nella concreta vicenda, la conseguenza "consueta e prevedibile", e quindi "tipologica", della commissione di determinate condotte fraudolente. Quando la condotta già autonomamente incriminata costituisca l'unico artificio o raggirò utilizzato dall'agente e l'evoluzione verso la truffa rappresenti il normale sviluppo di quel comportamento, l'"applicazione cumulativa" delle due fattispecie rischia di duplicare il medesimo giudizio di disvalore. Il concorso rimane invece giustificato qualora l'agente, per realizzare la truffa, ponga in essere ulteriori artifici o raggiri rispetto a quelli già integrativi del reato-mezzo, purché essi abbiano assunto una "concreta efficacia causale" nell'induzione in errore del soggetto passivo. Il dato naturalistico costituito dalla pluralità delle condotte o dalla loro successione temporale non è quindi sufficiente: occorre che l'ulteriore comportamento presenti un contenuto di disvalore autonomo rispetto a quello già sanzionato dalla fattispecie presupposta.

Proprio con riguardo al rapporto tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato, Scoletta richiama la nota pronuncia delle Sezioni Unite che ha escluso il concorso facendo leva sulla "specialità" del delitto tributario e giungendo, a tal fine, a considerare l'"evento di danno" come elemento costitutivo "implicito" della frode fiscale, nonostante quest'ultima costituisca formalmente un reato di pericolo. Secondo l'Autore, il risultato dell'assorbimento è condivisibile, ma la sua giustificazione deve essere ricercata non sul piano del *Tatbestand*, cioè della fattispecie formale astratta, bensì sul piano del *Typus*, inteso quale dimensione sostanziale del tipo criminoso.²⁹⁹

Un ulteriore esempio è rappresentato dal criterio del reato più grave, sebbene le Sezioni Unite nel 2010 abbiano espressamente negato che tale criterio possa attribuire di per sé carattere di obiettività alla scelta interpretativa, posto che non è possibile affermare in linea di principio che il disvalore del fatto più gravemente sanzionato abbia sempre e comunque carattere assorbente, in alcune pronunce di merito il parametro della gravità della sanzione è stato comunque utilizzato come indice per individuare la norma da applicare³⁰⁰.

²⁹⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 512-517

³⁰⁰ Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1235

Allo stesso modo, anche con riferimento ai criteri di consunzione e assorbimento si registrano mutamenti giurisprudenziali: da un lato, la giurisprudenza nega l'autonomia, ritenendoli privi di sicure basi ricognitive e riconducibili a varianti del giudizio di specialità. Dall'altro, in alcune decisioni si assiste ad una loro applicazione, sia pure mascherata sotto la veste della specialità. Si pensi, ad esempio, ad alcune pronunce in materia di violenza privata e percosse, ove la Corte ha escluso il concorso formale in quanto la prima fattispecie "assorbirebbe" la materialità delle seconde.³⁰¹

Una manifestazione più recente di tale oscillazione è rinvenibile nella giurisprudenza relativa alle diverse condotte previste dall'art. 453 c.p. in materia di falsità monetarie. Con riferimento all'acquisto o alla ricezione di banconote false, compiuti allo scopo di metterle in circolazione, e alla loro successiva spendita, la Cassazione ha escluso il concorso formale quando le condotte siano realizzate senza un'apprezzabile soluzione di continuità e abbiano a oggetto le medesime banconote, ritenendo la spendita assorbita nell'acquisto. Vecchioni osserva che, pur non essendo ravvisabile un ordinario rapporto di specialità astratta tra le due disposizioni, la soluzione può essere spiegata mediante un raffronto "interstrutturale" tra gli elementi delle fattispecie e il fatto concretamente realizzato: la spendita costituisce infatti la realizzazione proprio dello scopo di messa in circolazione che qualifica sul piano soggettivo il precedente acquisto. L'assorbimento impedisce così che il medesimo elemento venga valutato una seconda volta, pur in assenza di una piena coincidenza strutturale tra le fattispecie.³⁰²

Una delle ragioni della resistenza giurisprudenziale al riconoscimento del concorso apparente viene individuata da Scoletta nel timore che l'applicazione di una sola fattispecie determini una risposta sanzionatoria inadeguata "per difetto", lasciando privo di considerazione il *quid pluris* di disvalore espresso dal reato concorrente. Il problema, più ancora che nel *quantum* della pena, viene ricondotto al principio di "integrale valutazione del fatto": applicare una sola norma, quando più fattispecie risultino formalmente integrate, potrebbe lasciare insoddisfatta la "pretesa legale" di sanzionare l'offesa arrecata ad ulteriori interessi giuridici o di retribuire profili ulteriori e differenti di disvalore della condotta o dell'evento.

³⁰¹ Cass. pen., Sez. V., 7 febbraio 1995, in Cass. pen., 1996, n. 2225

³⁰² VECCHIONI L., *Il concorso apparente di norme*, cit., 5-6

L'Autore ritiene, tuttavia, che tale argomentazione non possa essere sufficiente a fondare il concorso di reati, poiché, se si richiedesse sempre una “necessaria relazione di implicazione tra le fattispecie” affinché possa operare l'assorbimento, il concorso apparente finirebbe infatti per essere riconosciuto soltanto entro i “rigidi confini della specialità unilaterale”, con la conseguente esclusione delle ipotesi di specialità bilaterale, nelle quali ricorre invece una “inclusione parziale” e soltanto eventuale tra le classi di fatti contemplate dalle norme³⁰³. Il problema dell'assorbimento si pone, invece, proprio quando viene meno una relazione di implicazione necessaria e si esce dalla immediata sfera applicativa dell'art. 15 c.p.³⁰⁴

Un esempio di tale impostazione può essere rinvenuto nel rapporto tra il delitto di atti persecutori e l'omicidio aggravato commesso dallo stalker. Le Sezioni Unite hanno riconosciuto l'assorbimento dello stalking nell'omicidio aggravato, inquadrando quest'ultimo come reato “necessariamente complesso”. Scoletta ritiene, tuttavia, che una simile qualificazione costituisca una “forzatura esegetica”: l'aggravante dell'omicidio è infatti costruita come una “circostanza soggettiva”, riferita alla qualità personale dell'agente quale autore di condotte persecutorie, cosicché, per l'approccio strutturale, le due fattispecie avrebbero ad oggetto fatti naturalisticamente distinti e non sarebbe rinvenibile quella “convergenza normativa” sul medesimo fatto richiesta per il concorso apparente. L'inquadramento nel reato necessariamente complesso finirebbe quindi per essere funzionale alla giustificazione dell'assorbimento senza abbandonare le “certezze” proprie dell'approccio strutturale.

La soluzione può invece trovare, secondo Scoletta, una più coerente giustificazione sul piano valoriale e tipologico attraverso il “nesso teleologico” espressamente valorizzato dall'aggravante. Quando l'omicidio costituisca il “momento culminante” delle precedenti condotte persecutorie, queste ultime acquistano infatti una “specificità rilevanza giuridica sul piano sanzionatorio” proprio attraverso l'aggravante dell'omicidio: la contestazione anche del reato di atti persecutori determinerebbe, in tal caso, una “reiterazione del medesimo giudizio di disvalore”. Qualora, invece, nella vicenda concreta non sia

³⁰³ È un concetto che viene ripreso da Zorzetto, il quale sostiene che in ipotesi di specialità bilaterale, sia qualora le norme siano regole o principi, c'è sempre interferenza, non potendosi quindi avere una “relazione d'inclusione o da genere a specie”, non potendo, quindi, coesistere interferenza e inclusione, (così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 496)

³⁰⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 495-496

rinvenibile un simile nesso normativo, teleologico o materiale tra i due fatti, ciascuno conserva la propria autonoma rilevanza e risulta giustificato il concorso di reati.³⁰⁵ Il problema del rapporto tra l'aggravante dell'omicidio commesso dallo stalker e le ulteriori fattispecie concorrenti è stato specificamente affrontato anche da Giacona, con particolare riferimento anche al rapporto con le lesioni personali.³⁰⁶

Per fornire un ulteriore esempio, la stessa logica viene utilizzata con riferimento alle lesioni personali “non gravi” cagionate nell'ambito delle condotte persecutorie. Quando esse rappresentino conseguenze “normalmente” e “tipologicamente” riconducibili allo stalking, il relativo disvalore può essere assorbito nel contenuto di illecito degli atti persecutori e adeguatamente valorizzato attraverso la commisurazione della pena entro la relativa “forbice edittale”, senza che sia necessariamente richiesta l'applicazione cumulativa della fattispecie di lesioni.³⁰⁷

Gli esempi esaminati mostrano come la giurisprudenza, pur riaffermando in linea di principio il carattere esclusivo della specialità, pervenga talvolta al risultato dell'assorbimento attraverso valutazioni riferite alle normali modalità di realizzazione del fatto e al concreto contenuto di disvalore espresso dalle fattispecie concorrenti. In tali ipotesi il ragionamento formalmente strutturale viene integrato, più o meno esplicitamente, da considerazioni tipologiche e valoriali, dirette ad evitare la reiterazione del medesimo giudizio di disvalore.³⁰⁸

In conclusione, dunque, nonostante la riaffermazione delle teorie moniste fondate sulla specialità, il quadro giurisprudenziale rivela delle interpretazioni non unitarie. La complessità della materia del concorso apparente di norme si traduce, sul piano applicativo, in soluzioni talvolta diverse dalle premesse teoriche da cui la stessa giurisprudenza muove.

2.6 Le teorie naturalistiche

³⁰⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 502

³⁰⁶ GIACONA I., *L'aggravante dello stalking per l'omicidio e le lesioni personali al vaglio delle Sezioni Unite, tra reato complesso e disattenzioni del Legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1548

³⁰⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 503

³⁰⁸ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 148-150

2.6.1 La “specialità in concreto” tra estensione dell’art. 15 c.p. e “specialità bilaterale”

L'elaborazione dottrinale in tema di teorie “a sfondo naturalistico”³⁰⁹ ha concentrato la sua analisi sulla risoluzione del concorso apparente non solo con riferimento alle fattispecie astratte, ma anche al fatto concreto, individuando come presupposto strutturale del concorso apparente la pluralità di norme penali che vengono in gioco in relazione di una stessa situazione di fatto.

L'esigenza di un presupposto naturalistico affinché possa parlarsi di concorso apparente di norme, è ciò che distingue le teorie naturalistiche da quelle valoriali, per le quali non è necessaria la medesimezza e unicità del fatto storico.

Ciò che l'interprete è chiamato a svolgere, è un giudizio in tema di rapporto di specialità tra norme, ma non in un senso logico-formale, come previsto dall’art. 15 c.p., ma tramite l'utilizzo di una criteriologia valoriale.³¹⁰

Secondo l'approccio delle teorie della cd. “specialità in concreto”, la previsione normativa all’art. 15 c.p., vorrebbe indicare un rapporto di tipo “sostanziale”, superando la “forma” e riferendosi invece al contenuto della norma, grazie all’“omogeneità del bene giuridico oggetto di tutela”.³¹¹

Tale impostazione viene definita monista, poiché l’unico criterio applicabile, è quello della specialità, dandone però una lettura in senso ampio.

La posizione di Antolisei emerge direttamente anche dall’analisi dedicata alla progressione criminosa, distinta dal reato progressivo in quanto caratterizzata non da un unico fatto, ma da una “molteplicità di fatti posti in essere in modo continuativo”. Nonostante la ricostruzione delle ipotesi tradizionalmente ricondotte a tale figura e all’antefatto non punibile, l’Autore ne sottolinea il problematico fondamento positivo: tali elaborazioni risponderebbero soprattutto all’esigenza di attenuare il rigore delle regole sul concorso di reati, senza che il diritto positivo offra sufficienti “punti di appoggio” per

³⁰⁹ È questa la terminologia utilizzata da De Francesco, DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 2-7

³¹⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 49

³¹¹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 503

affermare in via generale l'unità del reato e, conseguentemente, sottrarre tali ipotesi al cumulo.³¹²

Tale impostazione spiega la diffidenza manifestata da Antolisei verso criteri ulteriori, ritenuti privi di una sicura base legislativa e suscettibili di applicazioni eccessivamente discrezionali.³¹³

Su queste premesse, Antolisei propone una lettura ampia dell'art. 15 c.p., che consenta di ricomprendere nel concorso apparente anche ipotesi non riconducibili alla sola specialità unilaterale ricavata da un rigoroso confronto strutturale delle fattispecie. Questa esigenza sorge in capo all'Autore a causa dell'impossibilità di ricondurre la “stessa materia” allo “stesso bene giuridico”, ponendosi così necessario l'intento di estensione dei confini applicativi della specialità.³¹⁴ Tale esigenza si rinverrebbe anche nel dato normativo³¹⁵, poiché in riferimento alla “stessa materia” sarebbe il risultato di una scelta del legislatore di allargare i tradizionali confini della specialità.³¹⁶

Il funzionamento del principio di specialità segue la logica per la quale la norma speciale se contiene tutti gli elementi della norma generale, contiene inoltre un elemento specializzante, e solo allora dovrà essere applicata. In questo senso si esprime Antolisei, il quale afferma che possa una norma ritenersi speciale nel momento in cui, qualora non vi fosse, il fatto disciplinato nella stessa, rientrerebbe nella norma generale.³¹⁷

Si propone una “reinterpretazione funzionale” dell'art. 15 c.p., muovendo da alcune premesse: non bisogna attribuirvi un significato ridondante, poiché la codificazione del principio di specialità all'art 15 c.p. non può limitarsi alla mera ripetizione di un principio generale già accolto nel diritto penale; inoltre non si può ritenere che, in un'ottica politico-criminale, sia soddisfacente riconoscere il concorso apparente limitatamente a tali ipotesi rientranti nella lettura restrittiva dell'art 15 c.p., poiché si andrebbe ad allargare eccessivamente il perimetro del concorso formale di reati. Infine, lo stesso riferimento

³¹² ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 544-545

³¹³ CAPPITELLI R., *La persistente attualità del pensiero giuridico di Francesco Antolisei*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2005, p. 1019

³¹⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 116-117

³¹⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 51

³¹⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 117

³¹⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 101

all'art. 15 c.p., della “stessa materia” risulterebbe, alla mera astrattezza della specialità, irrilevante.

La dottrina attribuisce un significato in senso naturalistico alla “stessa materia”, il quale sarebbe in quest'ottica volto a definire uno dei presupposti applicativi della specialità, ridefinendo anche quest'ultima.

Vengono attribuiti dei caratteri valoriali al concetto di specialità, portando così, tale nuova definizione, ad individuare quale norma prevalente, quella “più aderente” alla situazione di fatto. Ciò apre alla configurazione di una “specialità bilaterale”, estendendo la portata applicativa dell'art. 15 c.p., superando la rigida interpretazione del rapporto di “specialità unilaterale” tra norme, limitato alla sola convergenza strutturale logico-formale.

Bisogna fin da subito precisare che la convergenza di più norme penali su un medesimo fatto, non costituisce il riconoscimento del concorso apparente quale autonomo criterio, ma ne rileva la “possibilità”, cioè consisterebbe in un mero presupposto, senza comportare anche la scelta di una sola fattispecie concorrente quale speciale, ma imporrebbe di valutare se tra le norme convergenti vi sia un rapporto di specialità.

L'impostazione originaria della teoria naturalistica della specialità in concreto di Antolisei è stata approfondita ed ulteriormente lavorata dai penalisti della “scuola torinese”, giungendo a diverse definizioni di specialità, e all'utilizzo di diversi criteri risolutivi del concorso apparente.³¹⁸

L'approccio della “specialità in concreto”, aveva trovato in passato riscontro applicativo in giurisprudenza, anche se talvolta questa si limitava ad escludere l'apparenza del concorso rilevando la diversa oggettività giuridica formale tra le fattispecie in concorso, ma oggi è stato oggetto di diverse critiche, a causa innanzitutto della sua dipendenza dalla “contingenza dei fatti concreti”, per non parlare dei dubbi che sorgono con riguardo a quale sia l'interesse giuridico tutelato dalla norma, allontanandosi così dal “carattere normativo del giudizio” sul concorso di norme.³¹⁹

Ulteriore obiezione mossa alle concezioni naturalistiche della specialità, è che queste finirebbero per annullare il concorso di reati e far rientrare innumerevoli fattispecie nel

³¹⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 51-53

³¹⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 503

concorso apparente, risultando quindi sempre ammissibile che un “fatto concreto rientri tutti i suoi elementi sia nell'una che nell'altra fattispecie quando anche queste non siano tra loro il rapporto di specialità”.³²⁰

A quest'ultima critica si può richiamare in risposta Antolisei, quando egli specifica che non rientrano nella convergenza di norme, rilevante sul piano del concorso apparente, quelle ipotesi di concorso formale, in quanto autonome, cioè ognuna mantiene il suo valore e produce i suoi effetti, mentre nel concorso apparente vi è solo un'interferenza tra queste.³²¹ Sempre a tal proposito possiamo tenere in considerazione anche quanto sostenuto da Mantovani, il quale insiste sulla medesima differenziazione: si tratta di concorso apparente quando un fatto integra in tutti i suoi elementi simultaneamente due fattispecie tra loro distinte, si tratta di concorso reale quando un fatto integra più fattispecie, ma non in tutti i suoi elementi simultaneamente.³²² Tali risposte, tuttavia, non sono del tutto soddisfacenti poiché tale *discrimen* non risulta sempre possibile³²³.

Lo stesso Mantovani pone una critica in senso metodologico a tali teorie, le quali avrebbero la colpa di operare uno “sdoppiamento del principio di specialità” in specialità “in astratto” e specialità “in concreto”, facendo venir meno il carattere tipicamente unitario dell'art 15 c.p..

È bene già da subito rilevare come il tema oggetto delle teorie naturalistiche, il fatto concreto, è riaffiorato recentemente con riferimento all'interpretazione del concetto di *idem factum*, così come è stato definito dalla Corte Edu in relazione al principio del *ne bis in idem* processuale.³²⁴

Occorre, tuttavia, tenere distinti i due concetti. Il “fatto concreto” rilevante nell'ottica del concorso apparente, secondo Scoletta, “nulla o quasi nulla ha a che spartire” con l’“*idem factum* naturalistico”, che costituisce invece l'*eadem rem* oggetto del *ne bis in idem* processuale. Nella prospettiva sostanziale, infatti, il fatto concreto non viene considerato

³²⁰ Questa critica è mossa da Giovanni Lozzi, (come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 118)

³²¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 160

³²² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 229

³²³ Sempre Lozzi, (come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 119)

³²⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 138

nella sua mera identità storico-naturalistica, ma nelle specifiche modalità attraverso le quali si manifesta il contenuto di disvalore normativamente rilevante.³²⁵

2.6.2 La specialità valoriale in concreto

Presupposto naturalistico è l'“*idem factum*”, sottoposto a una pluralità di qualificazioni giuridiche penali, non è necessariamente un indicatore del concorso apparente, ma, come prevede l'autorevole dottrina di Marcello Gallo³²⁶, è necessario individuare un criterio sostanziale per affermare per il singolo caso la specialità di una norma, rispetto alle altre concorrenti.

La concretezza che caratterizzerebbe tale specialità è data dall'attenzione rivolta al “caso concreto”, rispetto al quale si rinviene la convergenza normativa, al fine di individuare se una tra le norme concorrenti, sia in grado di qualificare interamente il fatto, comprendendo o superando il significato delle altre norme.

La dottrina di Gallo prevede l'estensione del criterio di specialità fino a ricomprendere fattispecie che non tutelano lo stesso bene giuridico, perché questo è solo omogeneo, cioè “appartenente alla medesima classe di interessi giuridicamente protetti”.³²⁷

Analizzando le norme in concorso emergerà quindi che una di queste prevede l'offesa a un interesse più grave, o complesso, cioè va a ricomprendervi anche un diverso interesse. Gallo porta il seguente esempio: tra i reati di aggravi societario e bancario, prevale in concreto quello societario, mentre tra i reati di truffa e di falso, poiché sono posti a tutela di beni giuridici diversi, si dovrà parlare di reale concorso.

Questa accezione di specialità abbraccia anche gli effetti dell'assorbimento del reato complesso e del reato progressivo, cioè quei reati per la realizzazione dei quali è strutturale la verifica di altri reati minori.

³²⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 486

³²⁶ Così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 53ss, è stato allievo diretto di F. Antolisei e uno dei massimi esponenti storici della scuola torinese di diritto penale

³²⁷ Citiamo a tal proposito gli esempi portati da I. Caraccioli (così come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 54), con riferimento alla teorica riportata di Gallo: integrità fisica e libertà personale appartengono al genus “beni della persona umana”, mentre il possesso della proprietà dei mobili alla categoria del “patrimonio individuale”

La specialità viene qui ricostruita tra fattispecie di pericolo e di danno, nonché tra fattispecie di lesione e di maggiore lesione, valorizzando la capacità della fattispecie più offensiva di ricomprendere il disvalore di quella meno offensiva. Per tale elaborazione dottrinale emergerebbe un rapporto “triadico”, cioè un rapporto di specialità che intercorre non solo tra fattispecie astratte, ma in relazione anche al fatto concreto; per Marco Siniscalco, il terzo elemento, oltre alle fattispecie concorrenti è il “comportamento concretamente tenuto” per la relazione di *genus ad speciem*; mentre Ivo Caraccioli, sostiene che la valutazione operata nel giudizio di specialità in concreto interessa le “offese prodotte dal fatto storico”.³²⁸

È bene ricordare con riferimento a quest'ultimo Autore, il suo apporto dottrinale con riferimento al principio di specialità come riferito al fatto in concreto riconducibile ad una pluralità di fattispecie penali, insieme alla medesimezza dei beni giuridici tutelati, arrivando a parlare di una “specialità valoriale mediante la pena più grave”, dove Caraccioli individua il criterio della “gravità sociale del fatto”, o “delle conseguenze di carattere extrapenale”, o delle “qualità soggettive del colpevole e dell'offeso”.

In conclusione, la caratteristica per ricostruire il rapporto *genus ad speciem* tramite il criterio della specialità in concreto sarebbe quella di eliminare figurativamente una delle due fattispecie concorrenti e far comunque rientrare il fatto concreto nell'altra.³²⁹

2.6.3 La specialità del fatto concreto

Un'impostazione autorevole si deve a Luigi Conti, il quale propone un approccio che si può dire maggiormente ancorato al fatto, più che alla norma. Sostiene che per “stessa materia” risulterebbe troppo stringente il significato coniato dai teorici della specialità valoriale in concreto, cioè di “medesima situazione di fatto”, e addirittura superfluo; propone invece una lettura più ancorata al fatto, dove, pur mantenendo un rapporto di *genus ad speciem* con le altre, questo sarebbe meglio ricondotto ad una sola fattispecie rispetto che a quella concorrente, poiché lo ricomprenderebbe in maniera “più compiuta”

³²⁸ Il penalista Marco Siniscalco appartiene alla seconda generazione di giuristi della scuola torinese, ed abbraccia le teorie di Antolisei; mentre Ivo Caraccioli, che si laureò con M. Gallo, affronta il problema della convergenza di norme. (Così come citati in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 56ss)

³²⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 120-121; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 56-59

nei suoi elementi specializzanti e nel suo disvalore. Dunque, la norma generale verrebbe assorbita poiché il fatto troverebbe maggiore aderenza nella fattispecie speciale.

Seguendo l'elaborazione di questo autore, la soluzione del concorso apparente di norme non può essere affidata a criteri meramente quantitativi o a valutazioni fondate sulla sola gravità astratta delle fattispecie coinvolte. Conti ritiene, infatti, che in presenza di una pluralità di norme astrattamente applicabili al medesimo fatto storico, il criterio dirimente debba essere individuato nel giudizio di specialità condotto in concreto.

A riprova di tale teoria, vi sarebbe il fatto che qualora si affermasse il concorso formale, si violerebbe il principio di *ne bis in idem*, presupposto applicativo del quale sarebbe proprio l'“*idem factum*” naturalistico.

Secondo tale teorica, il criterio di specialità avrebbe la funzione di individuare la norma speciale, assumendo un ruolo sistematico diverso da quello riconosciuto nei modelli precedentemente analizzati, di disciplinare e individuare la norma prevalente tra quelle che si trovano in un rapporto di specialità bilaterale, a differenza della funzione di “tipizzazione” del concorso apparente.

In conclusione, tale teoria prevede che venga svolta, in relazione al fatto concreto e alle norme apparentemente concorrenti, una valutazione in ordine a quella maggiormente aderente al fatto, più qualificante, più specifica, e solo nelle ipotesi dubbie dovrebbe guardarsi alla severità della pena.³³⁰

2.6.4 La specialità bilaterale in concreto

Tale teorica si deve a Siniscalco e al suo studio delle “strutture logiche” tra norme penali, elaborate in Germania da Ulrich Klug, andando ad individuare quattro possibili relazioni: la prima è quella di identità, dove se l'azione è ricompresa in una fattispecie, allora lo è anche nell'altra; la seconda è quella di eterogeneità, dove se l'azione è ricompresa in una fattispecie, allora non lo è nell'altra; la terza è quella di subordinazione, dove se ogni azione è ricompresa in una fattispecie, allora rientra anche nell'altra, ma non vale il contrario; la quarta è quella di interferenza: alcune azioni rientrano in entrambe le

³³⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 120ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 58ss

fattispecie, mentre altre rientrano soltanto nella prima e altre ancora soltanto nella seconda. Si ha quindi una sovrapposizione parziale, senza integrale inclusione di una classe nell'altra.

Secondo Siniscalco, il problema del concorso di norme si pone quando più fattispecie astrattamente previste dall'ordinamento risultino potenzialmente applicabili al medesimo comportamento concretamente realizzato, configurando così il presupposto della "stessa materia" rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p.³³¹

Si era già parlato del rapporto triadico individuato dall'Autore, dove la relazione di *genus ad speciem* andrebbe ad instaurarsi tra tre fattori, due dei quali sono costituiti dalle fattispecie normative, tra cui è sempre presente una relazione, mentre il terzo fattore è rappresentato dal caso concreto, ed è proprio quest'ultimo elemento che dà la possibilità di mettere in confronto le norme concorrenti.³³²

All'interno di tale relazione, l'Autore individua due diverse forme di collegamento tra le fattispecie: la subordinazione e l'interferenza. La prima rappresenta la struttura logica della specialità e ricorre quando la fattispecie speciale è concettualmente ricompresa in quella generale, rispetto alla quale presenta elementi ulteriori o più specifici. Diversamente, il rapporto di interferenza caratterizza sia le ipotesi di sussidiarietà sia quelle di concorso formale di reati, determinando una parziale sovrapposizione tra le fattispecie senza stabilire, sul piano esclusivamente logico, quale di esse debba prevalere. Ne deriva che tale relazione non consente, da sola, di distinguere le ipotesi di concorso apparente da quelle di concorso effettivo, rendendo necessario, nei casi di interferenza, un ulteriore criterio idoneo a stabilire se la pluralità di norme debba tradursi nell'applicazione cumulativa delle stesse oppure nell'assorbimento di una di esse.³³³

Il meccanismo logico della specialità può essere illustrato attraverso la massima secondo cui "il più contiene il meno": "*in eo quod plus sit, semper inest et minus*". Tale affermazione richiede, tuttavia, di distinguere il piano degli elementi costitutivi della fattispecie da quello dei fatti che rientrano nel suo ambito di applicazione. Sotto il primo profilo, la fattispecie speciale comprende gli elementi della fattispecie generale, rispetto ai quali presenta uno o più elementi in specificazione o in aggiunta. Sotto il secondo

³³¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 59-60

³³² SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 122

³³³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 60-61

profilo, invece, proprio la presenza di tali elementi restringe l'ambito applicativo della norma speciale: tutti i fatti riconducibili a quest'ultima rientrano anche nella previsione generale, mentre non tutti i fatti contemplati dalla norma generale soddisfano i requisiti di quella speciale.

La rappresentazione mediante cerchi richiamata dalla dottrina tedesca deve quindi essere letta precisando che cosa si intenda raffigurare. Se si considera la maggiore articolazione del contenuto della fattispecie speciale, si può affermare che essa racchiude gli elementi della fattispecie generale, ulteriormente specificati o accompagnati da elementi aggiuntivi. Questa maggiore ricchezza di contenuto non corrisponde, però, a una maggiore estensione dell'insieme dei fatti disciplinati. Al contrario, la norma speciale comprende un numero più ristretto di casi, dei quali offre una descrizione più specifica.

Quando il rapporto viene raffigurato attraverso gli insiemi del diagramma di Eulero-Venn, i cerchi rappresentano le classi dei fatti riconducibili alle due norme. Di conseguenza, l'insieme corrispondente alla norma speciale costituisce un sottoinsieme di quello relativo alla norma generale. Tale configurazione consente di visualizzare con chiarezza il rapporto di inclusione tra gli ambiti applicativi. Rappresentare, su questo stesso piano, la norma speciale mediante il cerchio maggiore e quella generale mediante il cerchio minore significherebbe invece invertire il rapporto. L'apparente contraddizione viene dunque meno distinguendo la maggiore specificità del contenuto della norma speciale dalla minore estensione del suo ambito di applicazione.³³⁴

A proposito della subordinazione, Mario Romano descrive tale rapporto riprendendo l'esemplificazione tedesca dei "due cerchi di diverso raggio, di cui il minore è inserito totalmente all'interno del maggiore": il cerchio minore corrisponde alla norma speciale e quello maggiore alla norma generale. Questa rappresentazione evidenzia l'inclusione dei fatti previsti dalla norma speciale nell'insieme di quelli contemplati dalla norma generale, pur non mostrando direttamente la maggiore articolazione degli elementi costitutivi della prima. La fattispecie speciale, infatti, riprende gli elementi di quella generale, presentandone ulteriori "in specificazione o in aggiunta". È quindi con riferimento al

³³⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 102ss

contenuto della fattispecie, e non all'estensione della classe dei fatti disciplinati, che si può affermare che la norma speciale ricomprende gli elementi della norma generale.³³⁵

Viene data una diversa lettura dell'art. 15 c.p., quando parla di “legge o disposizione di legge” questo non obbligherebbe al confronto di due fattispecie incriminatrici, interamente considerate, ma consentirebbe di confrontare i singoli elementi normativi che si applicano allo stesso fatto, e non alle fattispecie considerate nel loro insieme.³³⁶ Data questa interpretazione, la specialità dev'essere ricercata tra i singoli elementi normativi, i quali dovranno essere tra loro omogenei nel momento del confronto, ai fini di rinvenire il rapporto di specialità.

Siniscalco formula tale interpretazione poiché ritiene che non si debba presumere che il legislatore abbia costruito le fattispecie penali in modo da creare un automatismo nel rinvenire la specialità, essendo quindi da ritenere che le formulazioni normative non siano state predisposte al fine di garantire il funzionamento del criterio di specialità nel concorso apparente.

Dall'affermazione per la quale il confronto non debba avvenire tra intere fattispecie, ma tra singoli elementi normativi, derivano delle conseguenze importanti: il rapporto di specialità può essere verificato solo quando due norme convergano sullo stesso fatto concreto e il confronto serve a stabilire se una disposizione contenga tutti gli elementi dell'altra, e uno o più specializzanti, (ad esempio tra furto e truffa aggravata non c'è un rapporto di specialità, poiché nonostante entrambe le fattispecie siano poste a tutela del patrimonio, seguono modalità di condotta differenti, e di conseguenza non è rinvenibile un concorso apparente tra le stesse).

L'Autore individua l'esistenza di due tipi di specialità: unilaterale, che coinciderebbe in tale impostazione con la “subordinazione”, quando una norma contiene interamente l'altra

³³⁵ Mario Romano ha posto la sua analisi sulle teorie naturalistiche, alla ricerca di una “sistemazione dogmatica” più rigida, basata sul principio di legalità e sul testo normativo, nella sua celebre opera: *"Commentario sistematico del Codice penale"* prova a dare una diversa lettura dell'art. 15 c.p.. Egli critica la specialità in concreto, ponendosi a favore della specialità in astratto, che intende come un rapporto logico-strutturale di *genus ad speciem* tra le fattispecie astratte di reato. Il rischio che egli rileva con riferimento all'utilizzo del criterio della specialità in concreto è quello che esso sfoci in un'eccessiva discrezionalità del giudice.

Romano, tuttavia, ammette l'utilizzo dei criteri di sussidiarietà e consunzione per risolvere la convergenza di norme, dove opera logico-formale della specialità non riesca a coprire l'intera area di sovrapposizione tra le condotte. Così la tesi di M. Romano, come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 60ss

³³⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 61

e in più possiede elementi specializzanti; bilaterale, quando ciascuna norma presenta elementi specializzanti.³³⁷

La specialità bilaterale è stata oggetto di critiche quanto alla sua riconduzione al concorso apparente, l'Autore sostiene che queste non siano convincenti, poiché il giudizio di specialità deve riguardare solo gli elementi normativi singolarmente, e in tal senso anche la specialità bilaterale può dirsi compatibile col sistema. Un esempio significativo che porta Siniscalco sta nel rapporto tra truffa aggravata e concussione, dove vi siano elementi che si sovrappongono e altri che si differenziano, ma tale differenza non impedirebbe di verificare i rapporti di identità o specialità tra i singoli elementi delle norme.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autore afferma che il reato complesso può essere ricondotto al rapporto di specialità, con riferimento alla sua configurazione, poiché comprende al suo interno elementi che, se presi singolarmente possono costituire dei reati semplici. La cd. “continenza esplicita” può emergere dalla formulazione della norma, oppure questa può essere “implicita” e derivare dalla struttura e dalla natura del reato complesso. In quest'ultimo caso l'assorbimento di una fattispecie nell'altra non dipenderebbe dal dato letterale, ma dall'inclusione del disvalore del reato minore in quello complesso. Ad esempio, se guardiamo il rapporto tra riduzione in schiavitù e sequestro di persona, quest'ultimo può essere ricompreso nel primo, poiché costituisce solo una modalità necessaria della sua realizzazione, dato che la limitazione della libertà personale è già implicitamente contenuta nella struttura del reato più grave.

La cd. “continenza implicita” è soggetta a maggiori difficoltà interpretative rispetto a quella “esplicita”, nonostante il meccanismo logico resti lo stesso, cioè preveda il criterio di specialità, quale accentramento degli elementi costitutivi del fatto in una fattispecie più ampia.

In tale prospettiva viene ricondotto anche il reato progressivo, il quale, secondo Siniscalco, non costituirebbe una categoria autonoma, ma rappresenterebbe in sostanza un'ipotesi di reato complesso e quindi di continenza implicita.

Il presupposto indispensabile del concorso apparente è l'unicità naturalistica del fatto, e ciò implica che il problema di risoluzione dello stesso, emerge solo quando un unico fatto

³³⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 122; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 62

storico sembra integrare più fattispecie incriminatrici; sarà solo in tal caso necessario verificare se esista un rapporto di specialità, così da individuare la norma applicabile ed evitare duplicazioni sanzionatorie. Al di fuori dell'unicità del fatto, l'assorbimento non può essere affermato in via generale, ma opera solo nei casi eccezionali previsti dalla legge, quali progressione criminosa, postfatto e antefatto non punibili.³³⁸

Siniscalco si era posto critico nei confronti delle teorie valoriali, però egli stesso vi ricade quando nella sua elaborazione sostiene che, quando vi sono delle ipotesi in cui non vi sia possibilità di rinvenire una norma speciale, in quanto non sia rilevabile un rapporto di specialità, individua per la specialità bilaterale quale norma prevalente, quella che prevede il trattamento sanzionatorio più severo. Appare a questo punto manifesto come non si tratti più di un giudizio basato strettamente sulla logica, ma ricada comunque in un rapporto di valore, portando Pagliaro³³⁹ a formulare tale critica alla teoria proposta da Siniscalco, chiedendosi se non fosse equivalente, al posto di ricostruire il principio della specialità bilaterale, ammettere l'esistenza di un criterio valoriale, che sia quindi autonomo e diverso dalla specialità. Il risultato, in conclusione, riprendendo la critica mossa da Mantovani³⁴⁰, sarà quello di un Autore che si prefigge di aderire alle tesi moniste, quando in realtà attraverso le stesse non risulta essere in grado di risolvere il fenomeno del concorso apparente di norme, con l'unico criterio di specialità ricavato dal dato normativo.

Siniscalco proporrebbe tale impostazione come una valida alternativa rispetto alle impostazioni che prevedono l'utilizzo dei criteri di specialità e di sussidiarietà, fondata su un giudizio di valore, sostenendo che la sua tesi abbia il “merito di evitare l'elasticità tipica dell'inafferrabile criterio della sussidiarietà, e di ricomprendere nel concorso apparente quei casi di specialità bilaterale”, mantenendo però il confronto ancorato al testo legislativo; inoltre tale teorica non andrebbe ad annullare il concorso di reati, come invece accade nelle teorie della specialità in concreto, poiché per queste ultime, qualsiasi ipotesi di interferenza sarebbe riconducibile al concorso apparente.

³³⁸ Così è espressa la teoria elaborata da M. Siniscalco, in SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit.

³³⁹ La cui critica viene riportata in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 123

³⁴⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 152ss

Alcune visioni critiche a tale impostazione in dottrina sostengono, a differenza di quanto affermato dall'Autore, come la sua tesi non si discosti dalle altre sulla specialità in concreto; inoltre, andrebbe solo a complicare il criterio di specialità, estendendone il perimetro, facendo una commistione di criteri logici, naturalistici e valoriali.

La critica, dunque, si rivolge all'incongruenza tra le premesse da cui muove Siniscalco, e i risultati da questo ottenuti: promettendo di muoversi lungo il piano logico, ma giungendo a quello valoriale.³⁴¹

2.6.5 La specialità autenticamente in concreto

Giacomo Delitala porta un contributo che evidenzia lo “stesso identico fatto materiale”, integrante più fattispecie penali, per determinare il concorso apparente di norme.³⁴²

Il meccanismo della specialità, così come intesa dall'Autore, prevede di partire dall'esame della fattispecie concreta, verificando la effettiva riconduzione di tutti gli elementi concreti alla fattispecie legale, poiché “può accadere che due diversi modelli legali possano, per la loro astrattezza, adattarsi al medesimo fatto”.³⁴³

Bisogna però precisare che l'autore non aderisce completamente alla tesi monista, del concorso apparente, sostenendo come la “specialità in concreto” sia utilizzabile soprattutto in casi eccezionali, anche al di fuori dell'art. 15 c.p..

Delitala attribuisce un significato logico-formale rigoroso al concetto di specialità in senso stretto: tra le due fattispecie deve esistere un rapporto di “completa continenza”, nel quale una fattispecie contiene tutti gli elementi dell'altra e presenta, rispetto a questa, elementi ulteriori, trattandosi di una relazione di specialità unilaterale. Per tale motivo, l'Autore esclude la figura del reato eventualmente complesso dalla nozione di specialità.

³⁴¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 123ss

³⁴² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 65

³⁴³ DELITALA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 109

Allo stesso tempo, Delitala aderisce all'impostazione pluralista di Grispigni, per il quale la disciplina del concorso apparente non può essere ricondotta solo all'art 15 c.p., ma dev'essere integrata tramite altri criteri, quali sussidiarietà, consunzione, alternatività.³⁴⁴

L'Autore, nella sua elaborazione dottrinale, non figura mai un ancoramento al testo normativo, poiché è a conoscenza del fatto che questo non vi sia, cioè non vi sia un riferimento al "fatto in concreto", però ritiene che questo possa essere ricavato attraverso un'"estensione analogica" dell'art. 15 c.p..³⁴⁵

Delitala affianca ai tradizionali criteri valoriali un'ulteriore ipotesi, riconducibile alla specialità in concreto, la quale ricorrerebbe quando un fatto storico realizza contemporaneamente tutti gli elementi di una pluralità di fattispecie penali, le quali però non sono legate da alcuna relazione di specialità, sussidiarietà o consunzione. Si tratta di una situazione di concorso apparente di norme, che prescinde da un "confronto normativo astratto", dove il fatto materiale integra "contemporaneamente e ugualmente" le fattispecie, poiché nessun elemento del fatto può rilevare per solo una norma, e quindi ciascun elemento tipico rileva per entrambe le norme ai fini della loro tipicità.

Tale tesi ha sostanzialmente carattere eccezionale, poiché muove da uno specifico caso: il reato di truffa realizzato attraverso l'utilizzo di una cambiale falsificata, dove la medesima condotta può presentare sia gli elementi della truffa che del falso; il falso cambiario si perfeziona solo con l'utilizzo del documento falsificato, mentre nella truffa l'artificio è solo l'uso della cambiale falsa.

La giurisprudenza ha cercato di risolvere il problema in modi differenti, qualificando in taluni casi il rapporto come reato complesso o come specialità del falso, e la Cassazione come concorso formale.

Delitala esclude, per la risoluzione dello specifico caso di apparente concorso, sia il reato complesso che l'utilizzo della specialità, ed individua che la particolarità del caso è che le due fattispecie non sono necessariamente contenute l'una nell'altra, potendosi queste rappresentare come due cerchi che si intersecano parzialmente, dove in tale intersezione talvolta si trova il fatto concreto, che possiede gli elementi di entrambe le fattispecie. Per

³⁴⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 65

³⁴⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 115

questo motivo sarebbe da escludersi che il concorso reale di norme poiché si andrebbe a punire due volte il medesimo autore materiale per lo stesso identico fatto.

L'Autore si è quindi posto la seguente domanda, ovvero se sia possibile che lo stesso fatto concreto realizzi contemporaneamente due fattispecie diverse senza che tra queste vi sia un rapporto di specialità. Risponde positivamente, perlomeno sul piano teorico, ed il motivo è il cd. “procedimento d'astrazione”, cioè il procedimento di ogni norma penale, la quale nella sua disposizione astraie dalla realtà concreta.

Questo in dottrina rappresenta l'approccio più radicale in senso naturalistico al concorso apparente se non addirittura l'unico a non sottostare a valutazioni valoriali, anche se, la conclusione è raggiunta da Delitala, comunque, sarebbe da sottoporre ad un vaglio valoriale. Delitala giustifica la sua impostazione teorica, nonostante la critica per la diversità degli eventi, con quella che potrebbe apparire una forzatura: egli sostiene che l'evento delle due fattispecie sarebbe lo stesso, ovvero la “spendita della cambiale falsa”, ma si può sostenere che l'evento truffa non è presente nel falso cambiario, ma è solo una conseguenza dello stesso.

Inoltre, l'Autore sostiene che il falso e la truffa possono presentare una certa sovrapposizione, perché il reato di falso cambiario, oltre a tutelare direttamente la genuinità del documento, può proteggere indirettamente anche un interesse patrimoniale. Ciò significa che si possa avere una sovrapposizione degli interessi tutelati, anche se i due reati rimangono strutturalmente diversi.³⁴⁶

2.7 Teorie strutturali

La dottrina muove il tentativo di risolvere concorso apparente di norme in un'ottica logico-formale. A sostegno di tali teorie rinveniamo studiosi autorevoli, quali Siniscalco, Mantovani e De Francesco, i quali hanno elaborato analisi strutturali, basate su solide basi sistematiche e teoriche.³⁴⁷

³⁴⁶ DELITALA G., *Concorso di norme*, cit., 104ss

³⁴⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 66

Un importante antecedente di tale impostazione può rinvenirsi già nella ricostruzione di Frosali, il quale individua la specialità come un “rapporto” intercorrente tra fattispecie che, “escludendo il loro concorso effettivo”, impedisce conseguentemente anche un effettivo concorso di reati. L’Autore precisa, inoltre, che il significato tecnico della specialità rilevante ai fini dell’art. 15 c.p. deve essere distinto dagli ulteriori significati che le espressioni “legge generale” e “legge speciale” possono assumere nel linguaggio giuridico, non essendo sufficiente la mera qualificazione di una legge come speciale a integrare il rapporto di specialità tra fattispecie. Su tali premesse, Frosali esamina il rapporto di specialità tanto sotto il profilo formale quanto sotto quello sostanziale, ponendo comunque al centro dell’indagine il raffronto tra le fattispecie concorrenti.³⁴⁸

Le teorie proposte dagli illustri Autori citati, sono tra loro differenti ma comunque caratterizzate dall’intento di muoversi su un piano logico-formale, andando però allo stesso tempo a estendere il perimetro della specialità, ponendosi oltre la specialità unilaterale, fino ad arrivare a quella reciproca o bilaterale.³⁴⁹

Le teorie strutturali, o della cd. “specialità bilaterale”, propongono di fornire un criterio discrezionale, rigido e tassativo al fine di definire il perimetro del concorso apparente con un confronto strutturale tra i reati concorrenti per lo stesso fatto.³⁵⁰

È ad oggi noto in dottrina, come l’interpretazione del principio di specialità, affermata nel nostro ordinamento è quella della cd. “specialità in astratto”, che prevede quindi il confronto tra fattispecie in astratto, senza tenere in considerazione il fatto concreto, andando a verificare se esista un rapporto di *genus ad speciem*, dove una norma sia contenuta nell’altra. È stato proprio il graduale superamento delle elaborazioni naturalistiche e valoriali a condurre dottrina e giurisprudenza ad “assestarsi sulla posizione della necessaria relazione tra le norme in astratto”.

³⁴⁸ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 227-239

³⁴⁹ Questo è l’intento che i penalisti cercano di perseguire, secondo la lettura di Silva (in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 135) e di Ambrosetti (in AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 452)

³⁵⁰ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 504

Si prenderanno in considerazione per analizzare l'argomento, il susseguirsi delle ricostruzioni dottrinali, le quali “non appaiono sempre del tutto convincenti”, prevedendo talvolta delle commistioni con le “teorie da cui intendono rifuggire”.³⁵¹

La scelta di muoversi esclusivamente su un piano astratto, non è una recente invenzione della dottrina italiana, ma risale già alla dogmatica tedesca in materia di specialità, dove, secondo la teoria di Edmund Mezger, “solo il *Tatbestand* può consentire un giudizio di simile tipologia e l'individuazione della norma prevalente” e per quanto riguarda la specialità, egli afferma che questa “risulta sempre da per sé confrontando le fattispecie dei reati astratti”.³⁵²

Nelle teorie strutturali la dottrina pone attenzione all'analisi del rapporto tra fattispecie legislative abbandonando ogni altro criterio, muovendo anche dalla spinta della giurisprudenza dominante di procedere con un confronto “tra strutture delle fattispecie”. Si tratta proprio dell'approccio strutturale che evidenzia la relazione logica sussistente tra le due norme, che fa emergere il “vincolo tra le fattispecie”, senza quindi dover ricorrere ad altri criteri. Attraverso tale metodologia si dovrebbe riuscire ad individuare il rapporto di *genus ad speciem* tra norme nel rapporto di specialità unilaterale, dove si individuerà la “classe più ampia di accadimenti” individuata dalla norma generale, e la classe “più ristretta” individuata dalla norma speciale, ed in tale ipotesi, secondo la dottrina di Pagliaro, qualora non vi fosse la norma speciale, tutti i casi previsti da questa rientrerebbero nella norma generale.³⁵³

La decisione della dottrina sarebbe quindi di muovere l'analisi, sulla risoluzione del concorso di norme, su un piano logico, e questo ha portato le varie ricostruzioni a seguire tre diverse strade: la prima, percorsa dai sostenitori della impostazione monista, riconduce tutte le ipotesi che vanno al di là della specialità unilaterale nel concorso di reati; la seconda, percorsa dai sostenitori dell'impostazione pluralista, riconduce nel concorso apparente diverse ipotesi che vengono però risolte con l'utilizzo di ulteriori criteri; la

³⁵¹ Così si esprime l'Autrice, in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 125

³⁵² Così il noto penalista tedesco E. Mezger nella prima metà del 1900, (così come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 125)

³⁵³ PAGLIARO A., *Relazioni logiche*, cit., 218

terza, percorsa dai sostenitori delle teorie strutturali, riconduce la specialità bilaterale o reciproca all'interno del perimetro della specialità stessa.³⁵⁴

2.7.1 La teoria della “convergenza normativa” di Ferrando Mantovani

Mantovani nella sua monografia del 1966 ricostruisce il sistema penale in maniera sistematica, partendo dal concetto di “convergenza normativa” sul medesimo fatto, quale presupposto per potersi configurare il concorso apparente. Parliamo di convergenza normativa quando il fatto produce più effetti giuridici poiché rientra in più fattispecie concorrenti; ciò avviene quando sul piano strutturale le norme si trovano in una relazione di identità, specialità unilaterale, specialità bilaterale o reciproca. Il giudizio è tra fattispecie astratte e non tiene conto del fatto naturalistico.³⁵⁵

Il rapporto di specialità bilaterale tra fattispecie è stato ampiamente elaborato da Mantovani, che lo rappresenta come un “sottoinsieme” delle relazioni di interferenza (caratterizzato da almeno un elemento tipizzante comune e uno proprio, dove l’interferenza è una categoria generale che non dà automaticamente luogo alla convergenza di norme, ma descrive un rapporto logico-formale tra due disposizioni), qualora un “fatto giuridico” sia comune o produca effetti giuridici in diverse fattispecie concorrenti, definite quindi “convergenti”. Sarebbe proprio tale “fatto giuridico” a configurare la “categoria della sottofattispecie”, la quale può essere individuata solo nelle relazioni tra norme che teoricamente sarebbero riconducibili al concorso apparente.

La sottofattispecie consisterebbe quindi nello “stesso fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme”, o nel “medesimo fatto giuridico”, e rappresenterebbe il presupposto stesso della convergenza.³⁵⁶

A differenza della relazione di specialità bilaterale, nell’interferenza, non sarebbe possibile individuare la categoria della sottofattispecie di una norma penale, che possa sul piano astratto “configurare come sottofattispecie o elemento costitutivo o elemento

³⁵⁴ Così si esprime l’Autrice, in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 127

³⁵⁵ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 433ss

³⁵⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit. 228ss

particolare di un'altra norma". Il significato dell'"elemento particolare" richiamato da Mantovani trova un antecedente diretto nella distinzione elaborata da Frosali tra "fattispecie costitutiva" e "fattispecie particolare". Quest'ultima viene considerata in rapporto alla prima, in quanto introduce una particolare determinazione di uno o più degli elementi che compongono la fattispecie costitutiva, senza assumere per ciò solo necessariamente autonoma rilevanza quale distinta fattispecie di reato. È in questo senso che il contenuto di un elemento costitutivo può presentarsi in una forma particolare, destinata ad assumere rilievo nel rapporto tra fattispecie.³⁵⁷

2.7.1.1 La specialità bilaterale: nucleo comune, elementi propri di ciascuna fattispecie, assenza di piena relazione genus-species e conseguente estensione del concorso apparente oltre la specialità unilaterale

Per Mantovani la specialità bilaterale è rappresentata da un rapporto tra reati convergenti sullo stesso fatto, quando il nucleo della condotta è comune a più norme penali e vi siano degli elementi costitutivi propri di ciascuna norma. In questa relazione non vi sarebbe un perfetto rapporto *genus ad speciem*, poiché, infatti, non necessariamente la realizzazione di una fattispecie comporta anche l'altra, diversamente dalla specialità unilaterale, la quale è rappresentata da un rapporto di piena e completa continenza normativa della fattispecie speciale con quella generale.

La distinzione viene ulteriormente precisata dall'Autore attraverso il confronto tra i singoli elementi delle norme concorrenti: nella specialità unilaterale gli elementi speciali risultano tutti concentrati in una fattispecie e quelli generali nell'altra, mentre nella specialità bilaterale gli elementi speciali e generali risultano distribuiti tra entrambe. Proprio perché entrambe le relazioni sono caratterizzate dalla corrispondenza o dal rapporto di genere a specie tra i singoli elementi normativi, esse risultano riconducibili, secondo l'Autore, al concetto di specialità assunto dall'art. 15 c.p.³⁵⁸

³⁵⁷ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 81-85; MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 209ss

³⁵⁸ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 150-151

In quest'ottica la specialità bilaterale comporterebbe il riconoscimento del concorso apparente nonostante non vi sia un'ipotesi rientrante nella relazione di specialità unilaterale.³⁵⁹

Le ricostruzioni di Mantovani partono dal presupposto -al quale poi riescono anche a dare dimostrazione- che “la specialità non esaurisca la risoluzione del concorso apparente di norme”.³⁶⁰

Parlando di specialità bilaterale, quindi, deve esistere almeno una “sottofattispecie astratta”, integrante contemporaneamente due fattispecie concorrenti. Ciò comporta autonomia funzionale alla specialità bilaterale rispetto all'interferenza.

Da questo inquadramento del rapporto di specialità bilaterale, Mantovani sostiene che la convergenza normativa, si possa rinvenire non solo in ipotesi di identità (coincidenza tra fattispecie) o specialità unilaterale, ma anche di specialità reciproca, data dalla “coincidenza tra sottofattispecie e sottofattispecie”, poiché è individuabile una “sottofattispecie comune” alle norme penali convergenti sul medesimo fatto, o dalla “coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare”, o, infine, dalla “coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare”.³⁶¹

Oltre alle appena citate ipotesi di convergenza normativa, Mantovani rileva ulteriori relazioni strutturali tra norme: la già citata interferenza, e le ipotesi di eterogeneità e incompatibilità.³⁶²

Seguendo le tesi di Mantovani si rinverrebbe una “mera interferenza”, e non specialità bilaterale, e quindi, non vi sarebbe concorso apparente, ad esempio, tra le fattispecie di violenza sessuale e incesto, poiché di elementi caratterizzanti dell'una, violenza, e dell'altra, la parentela, non sono comuni, perciò solo il nucleo è rinvenibile ugualmente in entrambe ed è dato dalla “coniunzione sessuale”, il quale non è un fatto produttivo di effetti: perciò si può dire non sia rinvenibile alcuna sottofattispecie comune.

Secondo Mantovani, l'individuazione dei confini del concorso apparente di norme non può essere affidata alla sola elaborazione di un principio generale, astrattamente desunto

³⁵⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 504

³⁶⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 167

³⁶¹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 434-437

³⁶² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 444

dal *ne bis in idem*. Il riferimento a tale principio, infatti, non sarebbe di per sé sufficiente a stabilire quando la convergenza di più fattispecie sul medesimo fatto debba tradursi in un'unica qualificazione giuridica e quando, invece, debba dar luogo ad un concorso reale.

L'Autore muove, dunque, da una premessa metodologica fondamentale: il criterio per distinguere l'unità dalla pluralità del reato deve essere ricavato dall'ordinamento positivo, attraverso l'esame complessivo delle disposizioni che disciplinano le diverse forme di convergenza normativa. Per Mantovani l'interprete avrebbe il compito di “desumere dal sistema penale il principio in base al quale stabilire, di fronte all'eterogeneo intersecarsi delle fattispecie legali, quand'è che si ha unità di reato o pluralità di reati”.³⁶³

Ne consegue che il problema del concorso apparente non può essere risolto assumendo il *ne bis in idem* come una regola automaticamente operante ogni volta che un medesimo fatto risulti riconducibile a più fattispecie. Bisogna, al contrario, verificare in concreto quale estensione normativa il legislatore abbia riconosciuto all'apparenza del concorso, attraverso l'analisi delle singole disposizioni che vengono in rilievo.³⁶⁴

È proprio tale indagine sistematica che, nella ricostruzione di Mantovani, consente di riconoscere il concorso apparente come un fenomeno unitario, nel quale confluiscono differenti relazioni tra fattispecie penali astratte, tutte riconducibili ad un comune paradigma logico-strutturale.³⁶⁵

La finalità di tale teorica è quella di elevare il concorso apparente di norme quale “principio generale” della convergenza normativa.

Per tale finalità, assumono particolare rilievo l'art. 15 c.p., quale disposizione generale in materia di concorso apparente di norme, le clausole di riserva presenti nell'ordinamento penale, l'art. 84 c.p., relativo al reato complesso e al suo rapporto con il reato semplice, e gli art. 61, 62³⁶⁶ e 68 c.p., concernenti il concorso tra le circostanze del reato. L'analisi

³⁶³ Viene così chiarito il metodo seguito dall'Autore: il criterio dell'unità o pluralità del reato deve essere desunto dal sistema penale positivo e non costruito esclusivamente sulla base di un principio generale, MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 431

³⁶⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 427

³⁶⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 469ss

³⁶⁶ Art. 61 c.p.: Circostanze aggravanti comuni: “1. Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: [...]”

Art. 62 c.p.: Circostanze attenuanti comuni:

“1. Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: [...]”

sistematica di tali disposizioni permette, infatti, di individuare il contenuto effettivo della disciplina positiva della convergenza normativa e, conseguentemente, di delimitare l'ambito entro il quale una pluralità di fattispecie conduce ad una sola qualificazione penale del fatto.

All'interno della ricostruzione di Mantovani, l'art. 15 c.p. rappresenta il principale punto di riferimento normativo. Si rende necessario "ricostruire analiticamente il contenuto precettivo e funzionale" di tale disposizione.³⁶⁷

Tramite questa interpretazione sistematica del codice, viene riconosciuta l'esistenza del principio del *ne bis in idem* sostanziale, il quale troverebbe il suo nucleo strutturale nella relazione logico-formale della specialità bilaterale.³⁶⁸

Rilevano tre importanti questioni dal testo normativo: l'estensione del concetto "stessa materia", il significato da attribuire alla specialità tra leggi penali o più disposizioni della medesima legge, l'importanza sistematica della clausola "salvo che sia altrimenti stabilito".³⁶⁹

2.7.1.2 I criteri strutturali della specialità e l'ampliamento dell'art. 15 c.p.: "stessa materia"; specialità tra fattispecie; specialità tra leggi; specialità tra disposizioni

La prima questione che Mantovani affronta riguarda la individuazione del perimetro del concetto di "stessa materia".

Nel ricostruire la portata della locuzione "stessa materia", Mantovani non trasforma il giudizio di specialità in un confronto naturalistico tra fatti concreti. La situazione concretamente verificatasi costituisce piuttosto il punto di partenza per individuare le norme che vengono in considerazione, mentre il raffronto decisivo resta condotto in astratto tra gli elementi normativi legislativamente descritti. In questa prospettiva, la "stessa materia" viene riferita alla medesima ipotesi criminosa concretamente verificatasi,

³⁶⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 76

³⁶⁸ SCOLETTA M., Concorso di norme e concorso di reati, cit., 504

³⁶⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 77

qualora essa risulti contemporaneamente riconducibile a più norme tra loro legate dalla pertinente relazione strutturale di specialità.³⁷⁰

Tale conclusione, secondo Mantovani, trova conferma nella scelta legislativa di utilizzare all'art. 15 c.p. l'espressione "stessa materia" anziché quella di "stesso fatto"³⁷¹. La formula utilizzata dal legislatore sarebbe infatti sufficientemente ampia da ricomprendere non soltanto il rapporto di specialità tra singole fattispecie incriminatrici, ma anche ulteriori forme di convergenza normativa.³⁷²

L'operatività del principio di specialità assume così una funzione direttamente selettiva rispetto alle norme convergenti: una volta individuata la disposizione prevalente, l'altra norma non viene autonomamente applicata, evitando che la medesima situazione giuridica riceva una duplicazione di qualificazioni e di conseguenze sanzionatorie.³⁷³

Da questa premessa deriva una conseguenza di particolare rilievo: la specialità prevista all'art. 15 c.p. non può essere ridotta alla sola specialità unilaterale tra fattispecie incriminatrici, come emerge, secondo l'Autore, dalla lettura del testo normativo, con riferimento alle "più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale".³⁷⁴

La stessa formulazione dell'art. 15 assume, nella ricostruzione di Mantovani, valore sistematico: il riferimento alle "leggi" e alle "disposizioni" impedisce di esaurire il giudizio nel confronto unitario tra due fattispecie incriminatrici, consentendo di spostare l'analisi sui rapporti intercorrenti tra i rispettivi elementi normativi.

Bisognerebbe quindi tenere distinte le ipotesi di specialità con riferimento, ai fini del concorso apparente, al confronto tra "fattispecie legali astratte", e nel confronto tra "distinti corpi legislativi".³⁷⁵

³⁷⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., pp. 434ss

³⁷¹ Si ricorda come tale terminologia, viene invece utilizzata all'art. 9 della Legge 689 del 1981

³⁷² L'Autore richiama, a sostegno della propria ricostruzione, la Relazione accompagnatoria al progetto definitivo del Codice penale, la quale, facendo riferimento alla "identità essenziale" e non anche a quella accidentale, viene posta in relazione con la scelta legislativa della formula "stessa materia" MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., pp. 434-435

³⁷³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518-519

³⁷⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 434ss

³⁷⁵ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 441ss

Mantovani riconduce tanto la specialità unilaterale quanto quella bilaterale al concetto di specialità dell'art. 15 c.p., in quanto entrambe risultano caratterizzate, nel raffronto tra i singoli elementi delle norme, da relazioni di corrispondenza o di genere a specie.³⁷⁶

2.7.1.3 La specialità per specificazione e per aggiunta: limiti e critiche

Prima di esaminare l'ampliamento teorizzato da Mantovani, occorre evidenziare come la dottrina maggioritaria circoscriva la specialità unilaterale ex art. 15 c.p. alle sole ipotesi di “specialità per specificazione” (in cui un elemento della fattispecie generale è specificato in quella speciale) e di “specialità per aggiunta” (in cui alla struttura della norma generale si aggiunge un elemento nuovo), le quali sono comunque riconosciute anche da Mantovani, e come si vedrà, da De Francesco. In tale prospettiva tradizionale, la continenza unilaterale richiede che tutti gli elementi della norma generale siano presenti nella norma speciale, oltre al profilo di specializzazione o all'elemento aggiunto. Tale ripartizione è anche riconosciuta in giurisprudenza e largamente utilizzata.³⁷⁷ Sono state però mosse delle critiche a riguardo, in particolare Silvia Zorzetto sostiene che questa distinzione è “sconosciuta alla logica e alla matematica: in un linguaggio formale come quello dell'insiemistica e delle teorie del calcolo delle classi logiche i singoli simboli, in generale, e le proposizioni, in particolare, non sono più o meno specifici/generici ma univocamente pre-determinati da regole di interpretazione”. Per l'Autrice quando si parla di specialità per specificazione o per aggiunta, viene realizzata una differenziazione che è solo terminologica, che riguarda cioè solo il modo di esprimersi e di formulare le norme e che quindi “attiene propriamente alle disposizioni e alle modalità di redazione dei testi giuridici”. Per Zorzetto già parlando di “elementi” non si troverebbe una collocazione sul piano logico, e, a maggior ragione non sussisterebbero “elementi aggiuntivi o di specificazione, ma solo concetti giuridici che potranno essere più o meno specifiche o generici”.³⁷⁸

Un'ulteriore critica è mossa da Pagliaro, il quale sostiene come “l'aggiunta sia di per sé una specificazione, e la specificazione consista in un'aggiunta di un requisito”, risultando

³⁷⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 146-151

³⁷⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 127ss

³⁷⁸ Così viene riportata la critica dell'illustre giurista e cassazionista Zorzetto in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 128

quindi le due essere “indistinguibili” o comunque sovrapponibili; l’aggiunta troverebbe una differenziazione rispetto alla specificazione solo “sul piano del fatto in concreto, e diviene allora un elemento di fatto in più”.³⁷⁹

Nella medesima direzione si colloca anche la valutazione di Scoletta, il quale individua proprio nella distinzione logica tra “specificazione” e “aggiunta” uno dei profili problematici delle costruzioni strutturali. Tale distinzione sarebbe infatti “tanto debole quanto, tuttavia, decisiva” ai fini del giudizio di assorbimento, contribuendo a rendere “sottili, complesse e talvolta opinabili” le valutazioni richieste all’interprete.³⁸⁰

Infine, a tal riguardo, Bartolomeo Romano sostiene che quando l’elemento in più non è compatibile con quanto previsto dall’altra norma, “allora nemmeno potrebbe porsi un problema di specialità”.³⁸¹

Per superare le difficoltà legate al modello tradizionale, nella ricostruzione di Mantovani la specialità viene ridefinita sul piano logico-sostanziale. La specialità può così emergere, innanzitutto, attraverso il confronto tra gli elementi costitutivi di due fattispecie. In tale ambito, la relazione di continenza strutturale può manifestarsi non solo nella “coincidenza tra una fattispecie e sottofattispecie”, ma anche nei rapporti tra “fattispecie ed elemento costitutivo” ovvero tra “sottofattispecie ed elemento costitutivo”. Tale prospettiva conduce ad un ampliamento dell’area applicativa dell’art. 15 c.p., poiché consente di considerare come forme di specialità anche rapporti che non coinciderebbero perfettamente con il tradizionale schema della fattispecie generale contenente integralmente quella speciale. Diversa è l’ipotesi nella quale entrambe le fattispecie presentino elementi specializzanti rispetto all’altra. In tal caso, nessuna delle due può essere considerata generale rispetto alla concorrente, poiché ciascuna contiene elementi che non sono presenti nell’altra.

Mantovani riconduce tale situazione alla “specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie”. Le due fattispecie, pur distinguendosi per alcuni elementi, convergono infatti su una medesima sottofattispecie comune. È tale coincidenza che consente di

³⁷⁹ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 189; PAGLIARO A., *Concorso apparente di norme incriminatrici*, cit., 1389

³⁸⁰ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 506

³⁸¹ B. Romano, illustre penalista, (così come citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 129)

individuare una relazione di specialità anche laddove non sussista una piena continenza unilaterale. La fattispecie comune rappresenta, quindi, il punto di convergenza delle due incriminazioni: ciascuna norma presenta elementi ulteriori e differenti, ma entrambe ricomprendono una medesima porzione strutturale.³⁸²

Il valore attribuibile alla specialità bilaterale deve essere ridimensionato, riconoscendo al “rapporto di reciproca specializzazione di elementi costitutivi” un ruolo soltanto “indiziario della possibile unità normativa del fatto”. Il dato strutturale non assume, dunque, valore di per sé decisivo, ma deve essere integrato attraverso “un più attendibile test di coerenza assiologica e teleologica”, così da attribuire al confronto strutturale tra fattispecie legali astratte il “giusto peso”, solo “eventuale e relativo”, nella valutazione dell'apparenza del concorso di norme penali. In questa prospettiva, il paradigma della specialità bilaterale consente di “incanalare il giudizio strutturale” all'interno di uno schema significativo nell'ottica del *ne bis in idem* sostanziale, orientando la verifica rispetto alla duplice valutazione dei medesimi elementi di fatto, senza tuttavia determinare “alcun rigido automatismo normativo”, possibile invece solo entro lo schema logico della specialità unilaterale.³⁸³

2.7.1.4 La specialità tra leggi e la prevalenza della legge speciale

La specialità, nella seconda ipotesi, assume un carattere differente, risultando “determinabile in funzione della sfera dei destinatari della normazione contenuta in testi legislativi o in complessi normativi distinti”. Risulterebbe così essere speciale “la legge penale che vale per una determinata categoria di persone o per particolari situazioni in cui i soggetti operano”, mentre generale quella che “vale nei confronti di chiunque o comunque nei confronti di una più ampia cerchia di persone”. Con questa impostazione Mantovani considera quali “leggi speciali” quelle cd. complementari, sul piano funzionale, al Codice penale, e che per quanto riguarda la convergenza normativa sugli stessi fatti assumerebbero tale carattere.

³⁸² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 451-454; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 79-81

³⁸³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 531

Grazie a questa impostazione, sarebbe ammissibile, in ipotesi di convergenza normativa sul medesimo fatto, far prevalere la norma contenuta nella legge speciale “per il solo fatto di appartenere ad essa”, poiché questo sarebbe espressione della logica della specificazione.³⁸⁴

Per l'Autore sarebbe ricompresa nella *ratio* della legge speciale “la *voluntas legis* di sottrarre i fatti, ivi contemplati, alla regolamentazione della legge generale”, poiché il legislatore avrebbe voluto positivizzare un'ulteriore legge che contemplasse delle situazioni giuridiche che trovassero già disciplina in una legge più ampia, ciò comporterebbe che la specificità delle norme, contenute nella legge speciale, si è già ricompresa nella specialità del carattere della legge di appartenenza, che attribuirebbe tale carattere alle stesse.³⁸⁵ Da questa considerazione discende che nell'ipotesi in cui le norme convergenti siano previste da una legge speciale, ed è una legge generale, logicamente il principio di specialità troverebbe applicazione, nonostante l'inesistenza di un rapporto di specialità tra le singole fattispecie. Si porta ad esempio il rapporto tra aggio comune e aggio soggettario, dove, qualora non si ricorra all'utilizzo di criteri valoriali, seguendo la logica della specialità unilaterale si imporrebbe il concorso formale. Le due fattispecie non sarebbero solo inquadrabili in un rapporto di *genus ad speciem*, poiché ciascuna presenta elementi propri; tuttavia, esse convergono sul medesimo nucleo di fatto e possono quindi essere ricondotte allo schema della specialità reciproca per coincidenza di sottofattispecie.³⁸⁶

L'apparenza del concorso dovrebbe comunque ritenersi rinvenibile solo nelle ipotesi di “specialità in senso stretto” della legge, cioè quando il fatto che rileva nella legge speciale rientra in tutti i suoi elementi nella legge generale, ricomprendendo così nell'ipotesi di concorso apparente anche quella di “specialità reciproca per coincidenza di sottofattispecie”, oltre che ovviamente l'ipotesi della “legge speciale che corrisponde a una sottofattispecie della legge generale”. Si può richiamare l'esempio precedentemente fatto, come riconducibile a tale schema, dell'aggio, dove “una sottofattispecie di aggio comune coinciderebbe con una di aggio societario”.³⁸⁷

³⁸⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 443-444

³⁸⁵ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 446-448

³⁸⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 79-80

³⁸⁷ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 451ss

2.7.1.5 I limiti della convergenza normativa: la necessaria relazione strutturale tra fattispecie

La medesima logica consente di comprendere altre ipotesi nelle quali la convergenza normativa non si esaurisce nella specialità unilaterale.

È necessario, tuttavia, evitare di estendere il concetto di specialità ad ogni situazione nella quale una fattispecie presenti un elemento coincidente con una parte dell'altra. Mantovani evidenzia infatti come non sia sufficiente che un elemento costitutivo di una fattispecie coincida con una parte della struttura dell'altra per poter affermare l'esistenza di un rapporto di specialità.

In tal senso, si richiama l'esempio dell'emissione di assegni a vuoto e della truffa, dove l'emissione dell'assegno a vuoto può rappresentare una particolare modalità attraverso la quale si realizza l'artificio o il raggirio tipico della truffa, ma ciò non significa che la relativa fattispecie costituisca una semplice *species* della truffa. Non è, quindi, sufficiente la coincidenza di un singolo elemento per determinare l'esistenza della specialità ai sensi dell'art. 15 c.p.

Il fatto concretamente verificatosi può dunque costituire l'occasione per porre a confronto determinate norme, ma non è sufficiente a fondarne la convergenza: il problema del concorso apparente sorge soltanto quando sia previamente individuabile, sul piano astratto, una relazione strutturale tra le fattispecie concorrenti.

La specialità deve quindi essere accertata, considerando la struttura complessiva delle fattispecie e la relazione che esse instaurano rispetto al medesimo fatto.³⁸⁸

2.7.1.6 La specialità tra leggi e il rapporto con la clausola di riserva

Un ulteriore profilo significativo della ricostruzione di Mantovani concerne il riferimento contenuto nell'art. 15 c.p. non soltanto alle "disposizioni di legge", ma anche alle "leggi".

³⁸⁸ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 454ss

Secondo l'Autore, tale formulazione impedisce di circoscrivere la specialità al solo rapporto tra singole disposizioni appartenenti allo stesso *corpus* legislativo. L'art. 15 c.p. riconosce infatti rilevanza anche alla cd. "specialità tra leggi", e ciò consente di ricomprendere nell'ambito del concorso apparente ipotesi nelle quali le norme convergenti appartengano a distinti complessi legislativi. Per portare degli esempi, la specialità tra leggi ricorrerebbe quando una norma configurerebbe un reato proprio, come nel rapporto tra appropriazione di cose smarrite, la quale può essere commessa solo dall'inventore della cosa, e appropriazione indebita, caratterizzata dal fine del profitto. Mantovani sostiene che tale concettualizzazione, non solo risponda alla logica della specificazione normativa, ma della stessa si possa trovare anche conferma in varie disposizioni normative. La scelta del legislatore di introdurre una norma particolare, diretta a specifici soggetti, e rappresentativa di un'operazione di specificazione, rendendo evidente la scelta di sottrarre tale ipotesi dalla "comune regolamentazione".³⁸⁹

Alcuni indici legislativi sono ad esempio gli art. 61 e 62 c.p., in tema di circostanze dove vi è rilievo espresso di una specialità che non risulterebbe applicabile ad altre ipotesi aventi la stessa struttura (ad esempio il rapporto tra pubblicazioni delle deliberazioni segrete del Senato e rivelazione di segreti d'ufficio da parte del pubblico ufficiale).

Risulta essere manifestazione dello schema logico della specificazione anche l'ipotesi di "convergenza di sottofattispecie", dove una norma presenti elementi specializzanti rispetto all'altra (ad esempio maltrattamenti, quale legge speciale, rispetto al sequestro di persona).³⁹⁰

Per Mantovani sarebbero quindi individuabili tre ipotesi di specialità riconducibili all'art. 15 c.p.: la specialità tra fattispecie legali, caratterizzata dalla piena continenza normativa propria della specialità unilaterale; la specialità tra leggi, riferibile alle ipotesi di specialità bilaterale per coincidenza di sottofattispecie tra norme appartenenti a distinti complessi legislativi; e, infine, la specialità tra disposizioni, relativa alle medesime relazioni strutturali tra norme appartenenti allo stesso *corpus* legislativo. Secondo questo schema, non rientrerebbero nel perimetro della specialità quella ipotesi di specialità reciproca per coincidenza di sottofattispecie ed elemento costitutivo o particolare. Da tali

³⁸⁹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 457ss

³⁹⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 455ss; 461

considerazioni, si deduce che il concetto di specialità non sia esclusivamente riferibile alla struttura interna delle fattispecie penali, ma possa riguardare anche il rapporto sistematico tra discipline normative differenti.³⁹¹

2.7.1.7 La clausola di riserva come criterio di prevalenza nella specialità bilaterale

Se ci si fermasse a questa ricostruzione, non apparirebbero speciali secondo tali criteri, determinate disposizioni cui le stesse clausole di riserva attribuiscono prevalenza in ipotesi di concorso di norme, (ad esempio la soppressione di documenti concernenti la sicurezza dello Stato e la soppressione di corrispondenza). Seguendo tali affermazioni si giungerebbe in determinate ipotesi a determinare l'applicazione di norme punite meno severamente, la cui prevalenza risulterebbe “controintuitiva” se non addirittura è “irragionevole” (ad esempio tra rivelazione di segreti d'ufficio e relazione di segreti di Stato). In tali casi, le clausole legislative che attribuiscono la prevalenza alla norma comune o a quella contenente determinati elementi specializzanti confermano che il sistema non si limita ad applicare meccanicamente un criterio quantitativo, ma consente di ricavare la prevalenza dalla complessiva disciplina legislativa.

Tali problematiche risulterebbero però risolte secondo una ricostruzione dell'art. 15 c.p. completata attraverso l'analisi della clausola finale, secondo cui il principio di specialità opera “salvo che sia altrimenti stabilito”.³⁹²

Secondo Mantovani, tale inciso non può essere interpretato nel senso di rendere derogabile la regola della specialità unilaterale. Se così fosse, la norma speciale non potrebbe trovare applicazione ogni volta che una diversa disposizione stabilisse una disciplina incompatibile con essa, con la conseguenza di svuotare di significato la regola generale contenuta nell'art. 15 c.p.. Più complesso si presenta, invece, il problema nelle ipotesi di specialità bilaterale, quando si verifica una convergenza tra norme rispetto alla quale non risultino applicabili né il criterio gerarchico, né quelli relativi all'efficacia spaziale e alla specialità. In tali ipotesi, con riferimento alle restanti situazioni di specialità reciproca, cioè quelle intercorrenti tra norme appartenenti al medesimo testo legislativo,

³⁹¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit. 82-83;

³⁹² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 463ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit. 83

ovvero a testi diversi non legati da un rapporto di specialità, nelle quali nessuna delle due fattispecie risulti maggiormente qualificata in relazione ai soggetti destinatari, né presenti un maggior numero di elementi specializzanti, assume rilievo il criterio della maggiore gravità della sanzione. L'Autore precisa, tuttavia, che tale criterio non può assumere valore assoluto, dovendo essere considerato come solamente un indice della scelta operata dal legislatore.³⁹³

2.7.1.8 La prevalenza nella specialità bilaterale tra specializzazione e gravità della sanzione

La “clausola di salvezza” assume invece particolare rilievo con riferimento alle ipotesi di specialità bilaterale, nelle quali la semplice relazione strutturale tra le fattispecie non consente di individuare automaticamente la norma prevalente.

In tali situazioni, secondo Mantovani, la regola della prevalenza della norma speciale o della disposizione “maggiormente speciale” può incontrare deroghe normative. Una prima ipotesi si verifica quando la prevalenza di una fattispecie sia espressamente stabilita da una clausola di riserva; una seconda può invece ricorrere quando, nell'ambito della specialità bilaterale, la norma che presenta il maggior numero di elementi specializzanti sia assistita da una sanzione meno severa rispetto all'altra fattispecie concorrente.³⁹⁴

Nelle ipotesi di specialità bilaterale, la relazione strutturale tra le fattispecie non offre, di per sé, il criterio necessario per individuare la norma prevalente. Mantovani osserva che la soluzione può allora essere ricercata nel trattamento sanzionatorio, assumendo come prevalente la fattispecie più gravemente punita; precisa, tuttavia, che tale criterio non può essere ricavato automaticamente dal concetto stesso di specialità, poiché l'art. 15, nei termini in cui è formulato, non contiene una simile regola. In questa prospettiva acquistano particolare rilievo le clausole espresse attraverso le quali il legislatore impone, nei singoli rapporti, la prevalenza di una determinata disposizione.³⁹⁵

³⁹³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 478ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 137-138; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit. 83

³⁹⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 477ss

³⁹⁵ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 478ss

2.7.1.9 Le clausole di riserva come espressione della convergenza normativa

Un rilevante “indice sistematico” del concorso apparente è individuato da Mantovani nella disciplina delle clausole di riserva, le quali assumono rilievo in quanto consentono di verificare la portata che il principio di specialità può assumere al di là della tradizionale ipotesi di specialità unilaterale. L’Autore muove, infatti, dall’osservazione secondo cui le clausole di riserva costituiscono uno degli strumenti attraverso i quali il legislatore regola i rapporti tra fattispecie concorrenti, individuando quella destinata a trovare applicazione nel caso concreto.

Tale ricostruzione parte dalla distinzione tra le diverse forme che può assumere la clausola di riserva. Essa può essere formulata in termini più o meno determinati, indicando espressamente la disposizione destinata a prevalere oppure rinviando in maniera generica, ad altra disposizione. Ciò che interessa a Mantovani è tuttavia il rapporto strutturale che sta alla base della convergenza tra le norme.

L’analisi delle clausole di riserva conduce, infatti, l’Autore a riconoscere come esse possano essere espressione di una relazione di specialità reciproca, “sia per coincidenza tra fattispecie, sia per coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare”. In tale ipotesi, le fattispecie concorrenti non si pongono secondo un rapporto di semplice *genus ad speciem*, poiché ciascuna presenta elementi che la rendono, sotto un determinato profilo, speciale rispetto all’altra.

Le clausole di riserva possono dirsi determinate, dove la clausola “fa rinvio a specifiche norme espressamente indicate per individuare la norma prevalente”, o indeterminate, dove la clausola “rinvia ad altre disposizioni dell’ordinamento non già specificamente selezionate dal legislatore”.

Mantovani opera, all’interno delle clausole di riserva indeterminate, un’ulteriore distinzione tra riserva assoluta e riserva relativa. La prima ricorre quando l’operatività della clausola prescinde dalle caratteristiche della diversa fattispecie concorrente, essendo sufficiente che il fatto integri un altro reato; la seconda, invece, subordina l’esclusione della norma ad una particolare qualificazione del reato concorrente, come avviene nelle clausole che fanno salva l’ipotesi in cui il fatto costituisca un “più grave reato”. L’indeterminatezza della riserva può assumere, quindi, una diversa intensità, lasciando all’interprete un ambito più o meno ampio nell’individuazione della disposizione

destinata a prevalere.³⁹⁶ Analizzando in maniera sistematica tali clausole, emerge come queste facciano riferimento allo stesso “rapporto strutturale tra fattispecie convergenti”, estendendo il campo applicativo del concorso apparente, il quale talvolta mostra la prevalenza della fattispecie meno grave, non limitandosi quindi la sua risoluzione alle fattispecie più gravi.

Concentrando l'analisi sulla originaria impostazione del legislatore, erano oggetto di clausola di riserva quelle disposizioni nelle quali emerge una relazione di specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie, configurando ipotesi di concorso apparente, portando Mantovani a ritenere che quindi non si tratti di una “eccezione” posta dal legislatore con riferimento alla generale previsione del concorso formale, ma della “regola che disciplina tale tipologia strutturale di convergenza normativa”.³⁹⁷

A sostegno di tale ricostruzione, Mantovani rileva inoltre che circoscrivere l'operatività delle clausole di riserva alle sole ipotesi già riconducibili alla specialità unilaterale finirebbe per privarle di un'autonoma funzione, riducendole sostanzialmente ad una ripetizione della regola già posta dall'art. 15 c.p.. Il loro specifico rilievo sistematico emerge, invece, proprio in quanto consentono al legislatore di predeterminare la prevalenza anche in rapporti tra fattispecie non risolvibili attraverso la sola relazione di specialità unilaterale.³⁹⁸

L'attenzione per le clausole di riserva era già emersa nello studio delle teorie valoriali, le quali però avevano posto quale presupposto del principio di sussidiarietà la “comune natura dei beni giuridici tutelati”, risultando ciò contraddittorio, poiché vi sono previsioni legislative in cui sono presenti relazioni tra fattispecie distinte per quanto attiene agli interessi tutelati. La critica mossa a tale concezione quella per la quale fondare il concorso apparente tra norme concorrenti poste a tutela del medesimo bene giuridico, non trova riscontro concreto, a causa dell’eterogeneità delle vicende oggetto di clausole di riserva”.³⁹⁹ Inoltre, nell'ipotesi della sussidiarietà tacita, non vi sono criteri sufficientemente determinati per individuare sul piano sostanziale l'interesse che

³⁹⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 480-483

³⁹⁷ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 486ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 84

³⁹⁸ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 490-491

³⁹⁹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 506; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 84-85

dovrebbe risultare assorbito nella fattispecie prevalente. Il tentativo di fondare il concorso apparente sulla continuità dell'oggetto di tutela si rivelerebbe perciò inidoneo a spiegare la varietà delle situazioni concrete nelle quali il legislatore stabilisce la prevalenza di una norma sull'altra. Il limite dell'impostazione emerge con particolare evidenza nelle ipotesi di specialità reciproca: Mantovani rileva; infatti, che l'accentramento della tutela in una sola fattispecie risulta “inequivocabilmente provato dal rapporto di specialità reciproca”, indipendentemente da una considerazione sostanziale relativa alle rispettive oggettività giuridiche. In altri termini, non è necessario che le fattispecie concorrenti siano riconducibili alla tutela del medesimo bene giuridico affinché possa riconoscersi l'effetto di prevalenza di una norma sull'altra.

L'Autore critica, dunque, un'impostazione che pretenda di ricavare l'unità della tutela esclusivamente dalle disposizioni codicistiche delle fattispecie. Una simile operazione, se condotta al di fuori dei “parametri legali”, rischierebbe infatti di condurre a conclusioni “incerte e imprevedibili”. In riferimento all'oggettività giuridica non può dunque essere utilizzato in maniera meramente formalistica, attribuendo un valore decisivo alla denominazione o alla rubrica della fattispecie.

Da questa considerazione emerge quella che Mantovani definisce una “interdipendenza tra fattispecie e tutela”, cioè tra forma e sostanza. La relazione tra questi due piani non deve essere tuttavia ricostruita nel senso che si ha l'oggettività giuridica a determinare autonomamente la prevalenza di una fattispecie. Al contrario, è proprio dalla struttura delle fattispecie che può essere ricavata la concreta estensione della tutela perseguita dal legislatore.

Secondo Mantovani infatti “la prevalenza attribuita dalla clausola ad una norma non può che significare la volontà del legislatore di includere nella sfera di tutela della norma prevalente anche il bene tutelato dalla norma soccombente, pur se rubricato sotto un'oggettività giuridica di natura completamente diversa.”

La prevalenza di una norma costituisce un indice della volontà legislativa di ricomprendere nella tutela assicurata dalla fattispecie prevalente anche l'interesse protetto dalla norma che è, nel rapporto tra le due, risulta soccombente. Ciò può verificarsi anche quando le rispettive fattispecie siano riferite, secondo le relative rubriche, ad oggettività giuridiche completamente differenti.

A questo punto, Mantovani trae una conseguenza metodologica particolarmente importante. Una volta riconosciuto il valore sistematico delle clausole di riserva, deve essere “capovolta” la tradizionale impostazione non è dalla sostanza ossia dall'oggettività giuridica che deve essere individuata la relazione tra le norme, bensì dalla forma, cioè dalla struttura della fattispecie, che deve essere dedotto l'accentramento della tutela.

L'autore afferma che “è dalla relazione strutturale tra fattispecie (la forma) che si può dedurre l'accentramento della tutela (la sostanza)”. La struttura normativa assume quindi una funzione prioritaria nell'indagine attraverso il rapporto tra le fattispecie è possibile ricostruire la scelta legislativa relativa alla concentrazione della tutela in una sola norma.

Tale conclusione viene ulteriormente sviluppata da Mantovani attraverso il riferimento all' “oggettività giuridica complessa”, propria delle ipotesi nelle quali ci si trova di fronte ad un “reato plurioffensivo”, dove la fattispecie può essere posta a tutela di una pluralità di interessi, sicché non è possibile individuare l'ambito della tutela sulla base di un'unica e semplice oggettività giuridica.

In tale contesto secondo Mantovani, la specialità unilaterale svolge una funzione di oggettività giuridica “necessariamente complessa”, poiché la fattispecie speciale prevalente “abbraccia l'interesse tutelato dalla norma generale”. La specialità bilaterale invece svolge una funzione di “oggettività giuridica eventualmente complessa”, dove la norma prevalente solo un'ipotesi di sotto fattispecie coincidenti, comprende anche l'interesse tutelato dall'altra norma, anche qualora essi fossero eterogenei.

Secondo Mantovani nei casi di complessità della tutela, plurioffensività del fatto, sarebbe dato riconoscimento degli stessi sul piano sanzionatorio, in particolare all'art. 133 c.p..

In tale prospettiva, la clausola di riserva non rappresenta un fenomeno isolato, ma si inserisce nella più generale disciplina del concorso apparente. Essa costituisce un ulteriore elemento dal quale ricavare la rilevanza sistematica della specialità reciproca.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 5047-509; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 85-86

2.7.1.10 Il reato complesso quale conferma della convergenza normativa, il reato eventualmente complesso e l'estensione dell'assorbimento

Mantovani sostiene che può essere data un'interpretazione dell'art. 84 c.p., con riferimento alla “struttura del reato complesso”, che possa far emergere l'estensione del concorso apparente a tutte le ipotesi in cui sia rinvenibile un rapporto di specialità bilaterale tra fattispecie concorrenti.

La problematicità in materia deriva dal perimetro del reato complesso, in particolare al dibattuto riconoscimento del reato eventualmente complesso. Facendo riferimento ad una “prospettiva della convergenza normativa”, con riferimento al reato necessariamente complesso è rinvenibile la logica della specialità unilaterale” per coincidenza tra fattispecie o sottofattispecie ed elemento costitutivo”; con riferimento al reato eventualmente complesso, non emerge alcun “rapporto logico di implicazione necessaria” tra norme in concorso, non essendo quindi individuabile la specialità, fino a quando non si fa riferimento alla specialità reciproca, dove “per coincidenza tra fattispecie o sotto fattispecie ed elemento particolare”, dove la prima andrebbe a costituire la particolare modalità di realizzazione di una parte della fattispecie complessa.

Il reato eventualmente complesso assume, quindi, una specifica rilevanza sistematica, in quanto consente di ricondurre nell'ambito dell'art. 84 c.p. anche ipotesi nelle quali il rapporto tra le fattispecie non si esaurisce nello schema della specialità unilaterale, ma si configura secondo una relazione di specialità reciproca, per “coincidenza tra fattispecie o sottofattispecie ed elemento particolare”. In tal senso, la disciplina del reato complesso offre una conferma della più ampia operatività del concorso apparente nelle diverse ipotesi di convergenza normativa.

Mantovani individua quindi una serie di considerazioni sistematiche che confermano la rilevanza dell'art. 84 c.p..⁴⁰¹

Innanzitutto, limitare la disposizione alle sole ipotesi di “necessaria complessità” ne restringerebbe fortemente la sfera operativa, dal momento che gli effetti dell'assorbimento potrebbero già essere riconosciuti, in tali casi, sulla base dell'art. 15 c.p.. La figura del reato eventualmente complesso assume, invece, una propria autonomia

⁴⁰¹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 510-519

proprio perché consente di spiegare quelle situazioni nelle quali l'assorbimento non è riconducibile alla semplice specialità unilaterale.⁴⁰²

Mantovani richiama inoltre la figura del “reato complesso aggravato”, cioè quello che “contiene (e assorbe) una circostanza aggravante”, la quale viene normalmente riconosciuta in relazione a “fattispecie aggravanti”, che non risultano “necessariamente contenute nello schema legale”, evidenziando come anche tale figura sia riconducibile a una relazione di specialità, perché le fattispecie aggravanti sarebbero in rapporto di specialità rispetto alla previsione aggravante del reato semplice (ad esempio nell'ipotesi di furto aggravato dalla violenza sulle cose, costituisce reato complesso nell'eventualità in cui il fatto integri il reato di danneggiamento).⁴⁰³

Ulteriore considerazione può farsi con riguardo l'art. 581 co.2 c.p.⁴⁰⁴, dove si parla di assorbimento delle percosse nei reati caratterizzati da violenza, nonostante le percosse siano solo un elemento eventuale della condotta; si parla inoltre di assorbimento nella violenza personale passibile di estendersi ad altri reati che presentano modalità violente della condotta. Il legislatore ha voluto prevedere una previsione unitaria, per ragioni di uguaglianza di trattamento, riconoscendo il “carattere eventualmente complesso di tutti i reati che presentano modalità violente della condotta”.

Ulteriore riferimento viene fatto all'art. 301 c.p.⁴⁰⁵, dove emerge la volontà del legislatore di riferirsi all'eventualità della complessità del reato, poiché prevede la scomposizione del reato complesso, con conseguente concorso materiale di reati, nel caso in cui il reato assorbito sia uno di quelli volti a tutela della personalità dello Stato; ad esempio in ipotesi di un reato comune, come la rapina, eventualmente commesso contro un soggetto passivo

⁴⁰² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 296ss

⁴⁰³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 531ss

⁴⁰⁴ Art. 581 c.p.: Percosse:

co.2 “Tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato”

⁴⁰⁵ Art. 301 c.p.: Concorso di reati:

“1. Quando l'offesa alla vita, alla incolumità, alla libertà o all'onore, indicata negli articoli 276, 277, 278, 280, 281, 282, 295, 296, 297 e 298, è considerata dalla legge come reato anche in base a disposizioni diverse da quelle contenute nei capi precedenti, si applicano le disposizioni che stabiliscono la pena più grave.

2. Nondimeno, nei casi in cui debbono essere applicate disposizioni diverse da quelle contenute nei capi precedenti, le pene sono aumentate da un terzo alla metà.

3. Quando l'offesa alla vita, alla incolumità, alla libertà o all'onore è considerata dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, questo cessa dal costituire un reato complesso, e il colpevole soggiace a pene distinte, secondo le norme sul concorso dei reati, applicandosi, per le dette offese, le disposizioni contenute nei capi precedenti.”

qualificato, il quale viene tutelato in via anticipata nei delitti contro la personalità dello Stato. La disciplina dettata dall'art. 301 c.p. sarebbe quindi quella di prevedere una deroga al concorso apparente, imponendo il concorso reale, in seguito al riconoscimento del reato eventualmente complesso, che ai sensi dell'art. 84 c.p. avrebbe dovuto trovare applicazione.⁴⁰⁶

Possono rinvenirsi ulteriori riferimenti codicistici al reato eventualmente complesso, come le ipotesi degli art. 131 c.p.⁴⁰⁷ e 68 c.p.⁴⁰⁸, ma è bene ora volgere l'attenzione alle critiche che sono state mosse alla configurabilità del reato eventualmente complesso.

La dottrina penalistica ha mosso forti obiezioni teoriche alla configurabilità del reato eventualmente complesso, e alla sua portata derivante dal confronto strutturale tra fattispecie.⁴⁰⁹ I critici, muovendo da un'impostazione "valoriale", orientata a limitare la complessità giuridica ai soli casi di effettiva omogeneità tra oggettività giuridiche, contestano l'automatismo con cui si riconosce la complessità. In particolare, ciò che si contesta è l'impostazione secondo cui una fattispecie possa assorbirne un'altra pur trovandosi fuori dal rapporto strutturale di specialità, e pur tutelando un bene giuridico distinto rispetto alla fattispecie principale.⁴¹⁰

Secondo Mantovani tale approccio, che vorrebbe limitare la complessità ai soli casi di "omogeneità tra oggettività giuridiche", finisce per incorrere in un'inversione metodologica.

Le tesi che si oppongono all'ampia configurabilità del reato complesso, basandosi sulla distinzione dei beni giuridici tutelati, vengono accusate dall'autore di operare un "processo di esasperazione e triturazione dell'oggettività giuridica". Mantovani evidenzia come tali critiche muovano da presupposti teorici aprioristici, pretendendo innanzitutto di negare l'assorbimento nei casi in cui il reato minore tuteli un bene giuridico distinto da quello della fattispecie maggiore (ad esempio omicidio o lesioni colpose in ambito di

⁴⁰⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 532ss e 296ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 87-89

⁴⁰⁷ Art 131 c.p.: Reato complesso. Procedibilità di ufficio:

"Nei casi preveduti dall'articolo 84, per il reato complesso si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio."

⁴⁰⁸ Approfonditi nella teoria di Mantovani, (come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 89)

⁴⁰⁹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 522ss e 534ss

⁴¹⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 89

circolazione stradale), e infine ignorando che il sistema penale, attraverso l'art. 84 c.p., prevede esplicitamente il reato eventualmente complesso come forma di concorso apparente.

Sostenendo che non sia la dogmatica dell'oggettività giuridica dover dettare i confini della fattispecie, ma sia il giudizio legislativo a definire il perimetro dell'assorbimento, poiché “l'interpretazione sistematica dell'art. 84 c.p., dimostra che il reato eventualmente complesso assorbente è anche il disvalore del reato minore”.

Mantovani muove il suo ragionamento a partire dal superamento del formalismo: il reato eventualmente complesso è realtà “solennemente codificata”. L'assorbimento non deve essere misurato sulla “omogeneità dei beni”, ma sulla constatazione che il reato minore viene “risucchiato” dal disvalore del reato maggiore.

In conclusione, l'Autore chiarisce che la relazione strutturale tra le fattispecie convergenti risolve il concorso apparente il problema del disvalore trova la sua sede naturale nella commisurazione della pena: “il *surplus* di disvalore, conseguente all'assorbimento, trova rilevanza sul piano della commisurazione della pena in concreto. La relazione strutturale tra fattispecie convergenti sulla stessa fattispecie dimostra decisamente la convergenza di interessi nella fattispecie complessa.”⁴¹¹

La conclusione raggiunta attraverso l'esame delle clausole di riserva e del reato eventualmente complesso trova, secondo Mantovani, un'ulteriore conferma nella disciplina generale del concorso di norme.

Un'ulteriore attestazione della tesi strutturale viene ricavata da Mantovani dall'analisi della disciplina codicistica in materia di concorso di circostanze, la quale “comprova la regola del concorso apparente” non soltanto tra fattispecie poste in rapporto di identità e di specialità unilaterale, ma anche di specialità reciproca, “in tutte le sue declinazioni strutturali”.⁴¹²

L'Autore osserva, infatti, che la tipologia dei rapporti strutturali tra circostanze ripete sostanzialmente quella riscontrabile tra fattispecie incriminatrici. In tale ambito trova

⁴¹¹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 542-545; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 90-92

⁴¹² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 548ss

generale applicazione, “in tutta la sua estensione sistematica”, l’art. 15 c.p., richiamato dallo stesso art. 68 c.p. e utilizzato per sostenere l’assorbimento tra circostanze poste in rapporto di specialità reciproca, soprattutto nel rapporto tra circostanze speciali e circostanze comuni di cui agli art. 61 e 62 c.p.

Proprio l’interpretazione sistematica degli art. 61 e 62 c.p. mostra, secondo Mantovani, come la loro autonoma funzione di “disciplina” consista nello stabilire una gerarchia tra i criteri denotativi della specialità diversa da quella normalmente prevista dall’art. 15 c.p.: non assume infatti prevalenza la fattispecie “speciale” che integri una circostanza comune, bensì quella “generale” che integri una circostanza speciale.⁴¹³

La disciplina dell’art. 68 c.p. “completa poi il quadro sistematico”, comprendendo ipotesi di concorso tra circostanze diverse da quelle già risolvibili ai sensi dell’art. 15 c.p. e, perciò, poste in rapporto di specialità reciproca per coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare. Nella formula della “circostanza che comprende in sé un’altra” troverebbe così rilevanza la figura della “circostanza eventualmente complessa”, individuabile tanto nella coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare, quanto nella coincidenza tra sottofattispecie; in quest’ultima ipotesi si rimane “pur sempre di fronte ad un fenomeno di continenza, anche se parziale e reciproca”, per cui, limitatamente ad una determinata ipotesi, una delle fattispecie può dirsi comprensiva dell’altra.⁴¹⁴

2.7.1.11 La progressione criminosa tra convergenza normativa e connessione fattuale

La progressione criminosa trova, secondo Mantovani, una propria collocazione normativa “ai confini” della teoria della convergenza strutturale. In tale prospettiva vengono in rilievo soprattutto le ipotesi nelle quali tra le fattispecie concorrenti sussista una relazione di specialità o di specialità reciproca. A questo schema possono essere ricondotti alcuni dei tradizionali esempi di progressione criminosa, quali la lesione personale seguita dall’omicidio e il sequestro di persona seguito dalla riduzione in schiavitù. Tali ipotesi risultano, sul piano dei rapporti strutturali tra fattispecie, assimilabili agli altri casi di

⁴¹³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 533ss

⁴¹⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 558ss e 561ss

concorso apparente, differenziandosene, tuttavia, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, poiché i reati in progressione sono oggetto non di una sola, ma di una "pluralità di risoluzioni volitive". Sotto quest'ultimo profilo, la progressione risulta quindi maggiormente affine al concorso materiale di reati e non può essere pienamente ricondotta al fenomeno della convergenza di norme.

La distinzione assume rilievo anche rispetto alla figura del reato progressivo, dove Mantovani osserva, infatti, che quest'ultimo si caratterizza per l'unitarietà della risoluzione criminosa, pur nel progressivo intensificarsi dell'offesa, mentre nella progressione criminosa intervengono più determinazioni volitive successive. La differenza tra le due figure non può, in ogni caso, essere ricavata dal solo "dato psicologico", dovendo essere coordinata con la struttura dei rapporti intercorrenti tra le fattispecie coinvolte.⁴¹⁵

La progressione criminosa, inoltre, non trova nel Codice penale una disciplina espressa; perciò, le conseguenze del fenomeno devono essere ricostruite nel senso dell'"unicità o della pluralità di reati", a seconda che la progressione debba ritenersi, per "*ratio* di disciplina", maggiormente assimilabile alle ipotesi di concorso apparente oppure a quelle di concorso di reati. Mantovani attribuisce, tuttavia, valore preponderante all'analogia con le relazioni strutturali proprie del concorso apparente rispetto al ruolo, definito "marginale", dell'elemento soggettivo; ne deriva che la soluzione dell'assorbimento normativo appare quella sistematicamente più coerente e, al contempo, maggiormente conforme alle esigenze sostanziali sottese al principio generale del *ne bis in idem*. In simili ipotesi, infatti, la "coscienza giuridica si ribella" alla configurazione di un concorso reale di reati, poiché "una sola norma basta ad esaurire interamente il contenuto antigiusdittico", ferma restando la possibilità di valorizzare il maggiore disvalore della progressione attraverso l'art. 133 c.p..⁴¹⁶

L'assimilazione alle ipotesi di convergenza risulta, tuttavia, più complessa in alcuni casi tipici di progressione criminosa. Mantovani osserva che una situazione assimilabile alla convergenza può ravvisarsi anche quando le fattispecie si trovino, sul piano legale, in un

⁴¹⁵ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 586, 345ss; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 94

⁴¹⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 587 e 334

rapporto di incompatibilità strutturale, purché siano configurate in modo tale che, “eliminando” l’elemento incompatibile presente nella fattispecie descritta da una delle norme, sia possibile riconoscere tra esse un rapporto di continenza. L’Autore richiama, a titolo esemplificativo, il rapporto tra gli atti di libidine e la violenza carnale, nonché quello tra le percosse e le lesioni personali, rilevando, rispetto a quest’ultimo, che per la configurabilità delle percosse è necessario che alla vittima non sia derivata una malattia.

Vi sono, infine, ipotesi di progressione che non possono essere ricondotte allo schema strutturale della convergenza neppure attraverso tale argomentazione estensiva. Anche in questi casi, tuttavia, l’assorbimento normativo viene sistematicamente riconosciuto sulla base di “istanze valoriali”. È quanto avviene nei cosiddetti reati “di passaggio”, come nel caso del precedente reato di minaccia rispetto alla successiva realizzazione del reato minacciato: quest’ultimo assume carattere assorbente nonostante tra le fattispecie sussista una “relazione strutturale di eterogeneità”, la quale dovrebbe, sul piano teorico, comportare il concorso di reati.⁴¹⁷

2.7.1.12 Antefatto e postfatto non punibili: la distinzione tra rapporto tra fatti e rapporto tra norme

Un problema strettamente collegato alla progressione criminosa è quello dell’antefatto e del postfatto non punibili. Mantovani prende in esame la tradizionale configurazione di tali fenomeni, evidenziando come essi siano stati spesso ricondotti ad una regola di carattere eccezionale, volta ad escludere la punibilità della condotta antecedente o successiva rispetto al reato principale.

Tale ipotesi, secondo l’Autore, si porrebbero “al di fuori dalla convergenza normativa”, poiché si tratterebbe di fattispecie autonome rispetto agli altri casi di concorso di norme, proprio perché sarebbero caratterizzate dall’“assenza di un rapporto di convergenza tra fattispecie concorrenti”, ma si tratterebbe invece di un rapporto fondato sul “dato esperienziale/criminologico dell’*id quod plerumque accidit*”, dove una fattispecie rappresenta “la normale premessa o il reale sbocco di un altro reato”.

⁴¹⁷ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 334, 346ss, 584; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 95-96

Sono ipotesi, quelle di antefatto e postfatto, che fanno riferimento semplicemente ad un “rapporto tra fatti”, mentre il concorso apparente fa riferimento ad un “rapporto tra norme” su un “piano normativo-strutturale”.⁴¹⁸

Una distinzione analoga era stata già formulata da Frosali nella critica all'utilizzo *dell'id quod plerumque accidit* quale criterio generale di assorbimento. La circostanza che un fatto costituisca normalmente il mezzo, il presupposto, l'antefatto o lo sbocco di un altro reato non è, di per sé, sufficiente a ricondurre il rapporto alla sussidiarietà. Il dato della normale successione criminologica deve essere distinto dalla relazione giuridica tra le fattispecie, evitando di trasformare il mero rapporto cronologico o fattuale in una regola generale di esclusione del concorso di reati.⁴¹⁹

Mantovani osserva che il principio del *ne bis in idem* non può essere utilizzato in modo generico per escludere la punibilità di ogni fatto che presenti un collegamento con un altro reato.⁴²⁰ La stessa esigenza di evitare una duplicazione della valutazione penale deve essere ricondotta alla struttura delle norme.⁴²¹ Da questo punto di vista, l'Autore valorizza anche il concetto di incompatibilità normativa: quando le fattispecie sono incompatibili, l'applicazione di una può impedire quella dell'altra non perché quest'ultima costituisca necessariamente un postfatto non punibile, ma perché la struttura delle due norme non consente una loro contemporanea applicazione. La distinzione permetterebbe di evitare di trasformare l'antefatto e il postfatto non punibili in una categoria generale e indeterminata.

Mantovani richiama inoltre il problema delle ipotesi nelle quali il fatto successivo costituisca una conseguenza normale della precedente condotta criminosa. Anche in tali situazioni, la semplice connessione materiale non basta a determinare l'assorbimento. Occorre invece verificare se la seconda fattispecie rappresenti una modalità di realizzazione della prima oppure se conservi una propria autonoma dimensione normativa.⁴²²

⁴¹⁸ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 586ss

⁴¹⁹ FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*, 430-433

⁴²⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 100

⁴²¹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 577 e 582

⁴²² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 330ss e 589-590; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 100-101

La ricostruzione di Mantovani porta quindi a distinguere tra convergenza normativa e semplice connessione fattuale, dove solo la prima può giustificare il concorso apparente.⁴²³

Ne deriva che le categorie dell'antefatto e del postfatto non punibili non possono essere elevate ad autonomi e generali criteri di assorbimento. Quando tra le fattispecie sia già ravvisabile una relazione di identità, specialità o specialità reciproca, l'esclusione del concorso discende direttamente dai criteri propri della convergenza normativa e il richiamo all'antefatto o al postfatto risulta superfluo. Al di fuori della convergenza normativa, invece, viene meno il presupposto strutturale per l'operatività del *ne bis in idem* sostanziale e non può essere invocato un principio generale idoneo, di per sé, a fondare il riconoscimento del concorso apparente.⁴²⁴

2.7.1.13 La convergenza normativa quale fondamento generale del concorso apparente

A questo punto dell'analisi, Mantovani ricava dalle diverse figure esaminate una conclusione generale: il substrato strutturale del concorso apparente è costituito dalla convergenza normativa.

La conclusione che emerge all'esito dell'analisi sistematica del codice “sulle ipotesi di convergenza normativa sullo stesso fatto”, è quella per cui le disposizioni agli art. 15, 84, 61, 62, 68 c.p., e le clausole di riserva, “pur nella loro molteplicità ed eterogeneità, roteano attorno ad un comune concetto unificante, rappresentato dalla contemporanea previsione di una medesima ipotesi, criminosa o circostanziante, da parte di più norme”, sarebbero cioè secondo l'impostazione di Mantovani, volte ad “un'unica materia, cioè la convergenza di norme penali”, il rapporto di identità, specialità e specialità reciproca.

Ciò che accomuna le ipotesi di concorso apparente non è quindi necessariamente l'identità dei beni giuridici tutelati, né la maggiore gravità di una fattispecie rispetto all'altra, ma l'esistenza di una determinata relazione tra le rispettive strutture normative, A tutte queste ipotesi il sistema riconduce il medesimo effetto dell'assorbimento, in

⁴²³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 318-323

⁴²⁴ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 336-337, 577, 582, 590; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 100-101

quanto esse rispondono alla comune esigenza di non addebitare più volte al medesimo autore uno stesso fatto, capace, per i medesimi elementi, di produrre effetti giuridici in forza di più norme penali.

Mantovani insiste proprio sulla necessità di distinguere il piano della struttura normativa da quello della valutazione assiologica. La struttura costituisce il punto di partenza dell'indagine; la valutazione del disvalore rappresenta invece la conseguenza che può essere ricavata dall'individuazione della relazione normativa. In questa prospettiva assume particolare rilievo che il principio del *ne bis in idem* non costituisce un criterio meramente astratto, ma trova una concreta espressione nelle diverse forme di assorbimento predisposte dal legislatore. Tale principio risulta essere codificato all'art. 12 co.2 Prel.⁴²⁵, dove risponderebbe di un'esigenza ermeneutica di risoluzione dei casi dubbi, con l'utilizzo dello schema dell'argomentazione analogica.⁴²⁶ Si ricorda che per Mantovani non vi sarebbe alcuna differenza tra analogia *legis* e *iuris*, anche se, per parte della dottrina, come ad esempio per Norberto Bobbio⁴²⁷, l'analogia *iuris* “non ha niente a che vedere col procedimento per analogia”, mentre, sempre per Mantovani, il “*ne bis in idem* costituirebbe un *principium iuris*”. Questa conclusione andrebbe ad avvalorare l'ipotesi della specialità reciproca per coincidenza di sottofattispecie, tra norme appartenenti alla medesima legge, cioè l'unica ipotesi di convergenza normativa che non rientra nel concetto di specialità così come letto estensivamente. Risulterebbe il principio del *ne bis in idem* sostanziale, ai sensi dell'art. 138 c.p.,⁴²⁸ di un'estensione tale da

⁴²⁵ Art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale: Interpretazione della legge:

Co.2: “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.”

⁴²⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 571ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 101. Il richiamo all'analogia *iuris* deve essere coordinato con il divieto costituzionale di analogia *in malam partem*. Palazzo sottolinea che tale divieto deriva dall'art. 25, comma 2, Cost. e dai principi di separazione dei poteri e prevedibilità delle conseguenze giuridiche: anche un'interpretazione teleologica o costituzionalmente orientata non può attribuire alla disposizione penale un significato estraneo alla sua possibile portata letterale. Così PALAZZO F., *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Diritto penale e processo*, n. 9/2021, 1218-1224

⁴²⁷ Si fa riferimento al filosofo e giurista del '900 N. Bobbio, (come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 101)

⁴²⁸ Art 138 c.p.: Pena e carcerazione preventiva per reati commessi all'estero:

“Quando il giudizio seguito all'estero è rinnovato nello Stato, la pena scontata all'estero è sempre computata, tenendo conto della specie di essa; e, se vi è stata all'estero carcerazione preventiva, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente.”

ricomprendervi il “rapporto tra norme incriminatrici di ordinamenti diversi”, grazie alla sua “portata generale”.⁴²⁹

È possibile evidenziare la distinzione tra concorso formale di reati e concorso apparente di norme, grazie al confronto strutturale tra norme concorrenti: nel concorso apparente “il substrato logico-strutturale” viene rappresentato dalla relazione di identità, specialità e specialità reciproca tra norme, mentre nel concorso formale è rappresentato dalla relazione d'interferenza alla condotta. Per quanto attiene invece al concorso materiale di reati, questo è caratterizzato dal rapporto di eterogeneità tra fattispecie legali.

La tesi della convergenza normativa, per quanto attiene la sua reale fruibilità, si baserebbe sulla distinzione strutturale tra specialità bilaterale e interferenza, dove questa sia recepibile dai giudici e porti alla formazione di una prassi che possa portare con sé certezza, ragionevolezza, adeguatezza e verificabilità.⁴³⁰

La tesi di Mantovani si proporrebbe di rispettare anche sul piano assiologico-valoriale le istanze relative al principio del *ne bis in idem* sostanziale, ai fini di una “piena attuazione della disciplina legislativa del concorso di norme”. La valutazione del disvalore non deve precedere l'analisi della struttura normativa, ma è, al contrario, dalla relazione strutturale tra le fattispecie che è possibile ricavare la corrispondente valutazione sul piano sostanziale. In altri termini, la struttura normativa costituisce il dato oggettivo dal quale l'interprete deve muovere per ricostruire la scelta compiuta dal legislatore.⁴³¹

Per Mantovani nel concorso apparente coinciderebbero la sua dimensione giuridica e logica del principio di *ne bis in idem* sostanziale, poiché nel momento in cui due norme risultino convergenti, “la *ratio* del principio sussiste, esiste nel presupposto della identità del fatto contemplato da più norme”; mentre tale presupposto non vi sarebbe “quando il fatto oggetto del duplice giudizio di tipicità è integrato da elementi totalmente o

⁴²⁹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 579-582; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 101

⁴³⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 590ss; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 101-102

⁴³¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 102-103

parzialmente differenti, ovvero non ricompresi nelle fattispecie legali concorrenti”, risultando così queste essere “interferenti”, e non “convergenti”.⁴³²

A questo punto dell'indagine si può ben affermare come le teorie strutturali abbiano superato l'approccio utilizzato in quelle valoriali, e la conseguente prevalenza delle tesi moniste su quelle pluraliste. La particolarità della elaborazione dottrinale di Mantovani è quella per cui l'utilizzo dell'approccio strutturale non va completamente a negare quello valoriale, ma “l'assorbimento di valore, anziché il punto di partenza, costituisce il punto di arrivo dell'indagine, la giustificazione sostanziale postuma anziché il criterio risolutivo del concorso apparente”.

La dimensione valoriale non risulta, quindi, estranea alla teoria di Mantovani, ma interviene soltanto dopo l'individuazione del rapporto strutturale tra le fattispecie. L’“assorbimento di valore” non costituisce il criterio attraverso il quale viene risolto il concorso, bensì la giustificazione sostanziale dell'effetto già ricavato dal confronto normativo. In tal modo, secondo l'Autore, l'interprete non sostituisce una propria valutazione alla scelta legislativa, ma ricostruisce il giudizio di valore già espresso nella struttura delle fattispecie concorrenti.⁴³³

2.7.1.14 Le critiche alla specialità reciproca e all'estensione dell'art. 15 c.p.

A conclusione di questa complessa ricostruzione, occorre tuttavia evidenziare come l'ambizioso tentativo di Mantovani di estendere l'ambito applicativo dell'art. 15 c.p. alla c.d. specialità reciproca (o bilaterale) e all'interferenza non sia esente da obiezioni anche sul piano logico-dogmatico.

La dottrina maggioritaria ha infatti rilevato come la categoria della specialità bilaterale configuri un’“aporia” sul piano formale. Per Pagliaro, sostenere che due fattispecie siano reciprocamente speciali l'una rispetto all'altra significa ammettere l’“assurdo logico, secondo cui ciascuna delle due norme dovrebbe risultare sottoinsieme dell'altra”. L'Autore afferma che tale espressione sia caratterizzata da una certa fragilità, poiché

⁴³² MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 583; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 103

⁴³³ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 592; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 103-104

ponendo come giustificazione della specialità reciproca il “rapporto genere-specie-genere”, si andrebbe ad indicare il “rapporto tra l'insieme universale e ciascuno dei suoi insiemi”, e si tratterebbe quindi di una relazione presente in tutte le figure di “insieme, sottoinsieme insiemi intersecantisi e insiemi disgiunti”⁴³⁴. Nell'analisi strutturale e insiemistica, la relazione di continenza da *genus ad speciem* può configurarsi esclusivamente in termini di specialità unilaterale; ne consegue che le complesse ipotesi di sovrapposizione parziale o di sottofattispecie incrociate individuate dall'Autore ricadono propriamente nella figura dell'interferenza, rispetto alla quale l'art. 15 c.p. non appare idoneo ad escludere il concorso formale di reati.

Secondo l'orientamento rigorista, tali obiezioni confermerebbero la necessità di limitare l'art. 15 c.p. alla sola specialità unilaterale, escludendo che la categoria della specialità bilaterale possa essere ricavata dal rapporto di continenza proprio del principio di specialità.⁴³⁵

Ne deriva che l'esigenza, prospettata da Mantovani, di evitare ingiustificate duplicazioni sanzionatorie non può essere risolta forzando i confini strutturali del principio di specialità, ma affidando la soluzione del concorso apparente alle sole clausole di riserva espresse o alla rigorosa applicazione del reato complesso ex art. 84 c.p.⁴³⁶

La soluzione proposta da Mantovani con riguardo alla categoria della sottofattispecie è stata criticata dalla dottrina, in particolare De Francesco afferma che “il medesimo fatto capace di effetti giuridici per entrambe le fattispecie” non emerge in alcun modo dallo studio della fattispecie, ma solo nell'ipotesi di una “situazione concreta in cui siano presenti anche gli elementi ulteriori che appartengono all'altra norma convergente”. Per l'Autore infatti gli elementi che caratterizzano le norme penali nella specialità bilaterale, “non sono specifici, ma ulteriori e diversi” rispetto all'altra: così non risulta possibile individuare gli elementi della “sottofattispecie comune” partendo esclusivamente dalle fattispecie astratte, ma si rende necessaria la formulazione di un'ipotesi di situazione concreta ove siano presenti “tutti gli elementi di entrambe le fattispecie”, anche quelli

⁴³⁴ Così Pagliaro in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 133

⁴³⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 136-138

⁴³⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 133-135

“ulteriori ed estranei all'altra”.⁴³⁷ Seguendo la correzione proposta alla teoria di Mantovani dalla presente critica, ci si allontana dal piano dell'astrattezza, ricadendo su quello della concretezza, cui l'Autore voleva rigettare.⁴³⁸

Sempre De Francesco rileva come “viene realizzata una sorta di mediazione tra astratto e concreto, tra la dimensione naturalistica del fatto e la qualificazione normativa”.⁴³⁹

B. Romano muove una critica la teoria di Mantovani per quanto riguarda la “fase di individuazione della norma prevalente”, con riferimento alla fattispecie che prevede la sanzione più severa, poiché si troverebbe contraria alle premesse mosse dallo stesso Autore. Dunque, per Romano dovrebbe esistere un rapporto strutturale anche nelle ipotesi di specialità reciproca elaborate da Mantovani, dove sarà necessario stabilire una “norma prevalente speciale in base al rapporto strutturale”, oppure si starà facendo riferimento ad un rapporto inesistente, dove “non potranno ricondursi tali ipotesi nell'ambito della specialità”. Infatti, l'automatismo della prevalenza della fattispecie che prevede il trattamento sanzionatorio più grave, non può essere ricondotto all'utilizzo del criterio di specialità, poiché alla base dello stesso non mi sarebbe alcun giudizio sul piano logico.⁴⁴⁰

Occorre precisare che tali obiezioni non mettono in discussione la bontà del metodo strutturale seguito dall'Autore, che sul piano metodologico ha condivisibilmente superato l'approccio valoriale, bensì contestano l'eccessiva dilatazione che Mantovani opera all'interno del paradigma strutturale stesso. Anche nell'alveo delle tesi rigorosamente formali, la dottrina maggioritaria ribadisce infatti che l'art. 15 c.p. può accogliere la sola specialità unilaterale, considerata l'unica logicamente coerente con il concetto di continenza.⁴⁴¹

2.7.2 La teoria della “specialità bilaterale” di Giovannangelo De Francesco

⁴³⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 26-27; Critica mossa da De Francesco, in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 138

⁴³⁸ Osservazione dell'Autrice, SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 138

⁴³⁹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 40

⁴⁴⁰ B. Romano, (citato in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 139-140)

⁴⁴¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 138-143

De Francesco nella sua monografia del 1980 parte dal presupposto per il quale le altre elaborazioni dottrinali, volte alla risoluzione del concorso apparente su un piano astratto, finiscono sempre per spostarsi su un piano concreto, prevedendo l'utilizzo di un "terzo elemento"⁴⁴², per le quali la caratteristica del concorso apparente di norme è costituita da un "fatto concreto, tipico e comune per due norme penali su di esso convergenti". Questo fatto viene individuato "aggiungendo degli elementi ulteriori alle fattispecie convergenti", compatibili ma non tipizzati, risultando così semplicemente degli elementi aggiuntivi senza alcuna base normativa ad avvalorarli. Questo porta De Francesco a trarre la conseguenza per la quale il fatto viene individuato, "non sul piano del confronto normativo astratto" ma attraverso la "mediazione di un fatto concreto che include tali elementi aggiuntivi."⁴⁴³

Ciò farebbe emergere l'inadeguatezza delle teoriche formulate in dottrina, le quali si basano su un "fatto comune" privo di ogni appiglio normativo.

L'autore rileva come il "fatto comune", oltre che ad essere inadeguato, sia rinvenibile unicamente in ipotesi di "identità strutturale". Secondo tale ricostruzione teorica, in ogni norma sarebbero presenti degli "elementi propri", che possono essere "specificativi di quelli presenti nell'altra". Nonostante ciò, attraverso un raffronto tra fattispecie emerge come tutti gli elementi di entrambe si trovino in un rapporto di *genus ad speciem*, quale specialità bilaterale per specificazione, per l'Autore non si potrebbe parlare automaticamente di "fatto comune", ma sarebbe sempre rinvenibile una "diversità fattuale", poiché la "*species* non coincide con il *genus*", e quindi sarebbe da escludere la "comunanza di elementi" tra fattispecie.⁴⁴⁴

L'indagine intrapresa da De Francesco muove dal concetto di "diversità strutturale tra fattispecie astratte", per individuarne il "tipo", che si pone in "antitesi con il concorso apparente", in modo da far emergere il "limite giuridico" entro il quale la diversità strutturale tra norme "interferenti" sia riconducibile al concorso apparente, ed entro il quale, al concorso di reati.⁴⁴⁵

⁴⁴² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 46-47; Sul punto anche SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 104

⁴⁴³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 46-49

⁴⁴⁴ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 47-49

⁴⁴⁵ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., pp. 48-49; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 105

La ricostruzione di De Francesco si muove, dunque, all'interno di una prospettiva dichiaratamente monista. Come osserva Silva, l'Autore impiega le proprie argomentazioni al fine di dimostrare come il concorso apparente "possa e debba esaurirsi nell'alveo dell'art. 15 c.p.", risultando in tal senso coerente con tale premessa anche l'apertura nei confronti della specialità bilaterale.⁴⁴⁶

2.7.2.1 La "stessa materia" come perimetro normativo del concorso apparente

De Francesco rileva come l'art. 15 c.p. sia scomponibile in due proposizioni, dove, con riferimento alla prima, analizza il concetto di "stessa materia".

Nel ricostruire il significato della formula legislativa, l'Autore prende preliminarmente in esame le differenti letture prospettate in ordine al concetto di "stessa materia", escludendo che esso possa essere identificato tanto con l'identità del bene giuridico tutelato, quanto con la mera coincidenza del fatto concretamente realizzato. Il primo criterio non risulta infatti idoneo a delimitare il concorso apparente, potendo il rapporto di specialità ricorrere anche tra fattispecie poste a tutela di interessi differenti; il secondo, spostando l'indagine sul piano dell'accadimento storico, rischierebbe invece di ricondurre al concorso apparente anche ipotesi che l'ordinamento qualifica come concorso formale di reati. La "stessa materia" deve essere pertanto ricostruita sul piano normativo, attraverso l'individuazione di un "medesimo fatto giuridico", risultante dal confronto diretto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte.⁴⁴⁷

Egli rinviene come, nel susseguirsi delle diverse elaborazioni dottrinali, non sia mai stata data sufficiente estensione alla stessa materia: per quanto riguarda le teorie naturalistiche, il concetto di "stessa materia" avrebbe unicamente la funzione di ampliare la specialità oltre quella unilaterale; per quanto riguarda le teorie strutturali, avrebbe la funzione di indicare la convergenza normativa, la quale, costituendo il presupposto del concorso apparente, è definita dal rapporto di specialità stesso, grazie al quale viene individuato se "le norme convergenti sanzionano il medesimo fatto giuridico".

⁴⁴⁶ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 48-49; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 142

⁴⁴⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 51-56

Secondo la tesi di De Francesco, la specialità sarebbe utile solo con riferimento all'individuazione della norma prevalente “tra quelle convergenti sulla stessa materia”, mentre sarebbe proprio quest'ultima a costituire il presupposto “necessario e sufficiente” a risolvere il concorso apparente. Secondo questo ragionamento la “stessa materia” è un mero dato normativo, in accordo con la definizione stessa di concorso apparente quale “relazione tra fattispecie astratte”. Risulta così possibile individuare il perimetro della “materia regolata” da più norme, attraverso un “confronto strutturale, diretto e astratto”, tra fattispecie penali, il quale deve avere ad oggetto i “singoli elementi costitutivi di ciascuna fattispecie”. Sarebbe proprio a partire dal giudizio sulla “omogeneità” dei singoli elementi, che si può giungere alla “omogeneità tra disposizioni normative nel loro complesso”.⁴⁴⁸

La verifica, tuttavia, non può arrestarsi alla mera individuazione di elementi comuni alle fattispecie concorrenti. De Francesco rileva, infatti, come la presenza di un nucleo coincidente non costituisca, di per sé, un indice sufficiente dell'esistenza di un concorso apparente, potendo ricorrere anche tra fattispecie destinate a concorrere realmente. L'indagine deve quindi rivolgersi soprattutto agli elementi che non si trovano in rapporto di identità, al fine di verificare se la differenza tra essi sia riconducibile ad una relazione di specificazione oppure esprima una vera e propria diversità strutturale tra le fattispecie. È proprio quest'ultima, e non la semplice presenza di elementi comuni, a consentire di tracciare il limite della “stessa materia”.⁴⁴⁹

Da un primo sguardo, la “stessa materia”, verterebbe su un rapporto di “identità tra elementi costitutivi”, ma con uno sguardo complessivo è possibile affermare che, grazie alla specialità, così come qualificata nella seconda parte dell'art. 15 c.p., la “stessa materia” possa esistere anche in ipotesi in cui non vi sia perfetta identità.

Si possono dunque affermare due casi in cui è rinvenibile la “stessa materia”: il primo è quello nel quale questa si rinviene nell'ipotesi in cui “tutti gli elementi costitutivi sono in rapporto reciproco” di *genus ad speciem*, in tal caso si parla di “specialità per specificazione”, dove ciascun elemento sarà “generico” o “specifico” rispetto quello

⁴⁴⁸ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 51-56

⁴⁴⁹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67

dell'altra norma. In tale ipotesi non sarebbe riferibile alcun profilo di diversità strutturale tra le fattispecie, che possa rilevare ai sensi dell'art. 15 c.p..⁴⁵⁰

Con specifico riferimento alla “specialità per specificazione bilaterale”, secondo l’idea di Scoletta, tale relazione ricorre quando nelle fattispecie concorrenti siano rinvenibili soltanto elementi meramente specificativi di un comune nucleo di condotta. In simili ipotesi si avrebbe sempre l’apparenza del concorso, in quanto le due fattispecie finirebbero per punire lo “stesso fatto”, ossia la “stessa materia” cui fa riferimento l’art. 15 c.p.. Si cita, ad esempio, il rapporto tra violenza per costringere a commettere un reato e la violenza a pubblico ufficiale. Le due fattispecie sono accomunate dalla condotta violenta, differenziandosi in quanto, nella prima, essa è specificata dal fine di costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato, mentre nella seconda dalla particolare qualificazione del soggetto nei cui confronti viene esercitata e dalla finalità di costringerlo a compiere un atto contrario ai propri doveri.⁴⁵¹

Il secondo caso è quello dove una fattispecie, sia caratterizzata da “uno o più elementi aggiuntivi”, che non presentino quindi un'equivalente nell'altra fattispecie, ed in tal caso si parla di “specialità per aggiunta”. Nemmeno in tale ipotesi sarà rinvenibile alcuna diversità strutturale tra le fattispecie, non essendo presente il “termine di raffronto” nei confronti del quale “l'elemento aggiuntivo possa dirsi diverso”. Questa, per De Francesco, sarebbe una conclusione logica, poiché “un giudizio di comparazione presuppone sempre, invero, i termini, tra cui esso si instaura”; sarebbe invece riscontrabile nel caso in cui l'elemento aggiuntivo sia presente in entrambe le fattispecie, risultando così, in un raffronto tra tali elementi, “reciprocamente diversi”.⁴⁵²

Con riguardo alla specialità per aggiunta, Scoletta precisa che essa sarebbe espressiva del concorso apparente soltanto qualora assumesse la forma della “specialità bilaterale per aggiunta unilaterale”, ossia quando soltanto una delle fattispecie concorrenti presenti “elementi aggiuntivi”, mentre l'altra sia caratterizzata esclusivamente da “elementi specificativi”. Ad esempio, ciò è rinvenibile nel rapporto tra spendita di monete false e truffa: la prima costituisce una specifica ipotesi della condotta artificiosa sulla quale

⁴⁵⁰ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 56-59

⁴⁵¹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 106-107; DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67

⁴⁵² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67

convergono entrambe le fattispecie, mentre la truffa presenta gli ulteriori elementi dell'induzione in errore, del danno altrui e del profitto ingiusto.⁴⁵³

De Francesco definisce la stessa materia “in negativo”, cioè nei casi in cui non possa rinvenirsi una relazione di diversità all'esito del confronto tra gli elementi costitutivi delle norme convergenti.⁴⁵⁴

L'Autore individua l'esistenza di sottocategorie rispetto alla specialità bilaterale in senso lato, riferibili alla specialità bilaterale in senso stretto: la cd. specialità bilaterale “per specificazione” e “per aggiunta unilaterale”. Il concorso apparente sulla base di questa interpretazione del concetto di “stessa materia” non risulterebbe essere quindi limitato alla sola categoria generale della specialità bilaterale in senso lato, per la quale si fa riferimento a quella relazione strutturale dove entrambe le fattispecie presentano degli elementi comuni e degli elementi propri.⁴⁵⁵

Non sarebbe invece configurabile, nel concorso apparente di norme, una specialità bilaterale “per aggiunta bilaterale”, costituendo questa ipotesi la “categoria dell'interferenza”, la quale caratterizza la “relazione strutturale tipica del concorso di reati”.⁴⁵⁶

La specialità “per aggiunta bilaterale” descriverebbe, infatti, “fatti diversi” e condurrebbe per tale ragione al concorso di reati. Scoletta richiama come esempio il rapporto tra rapina e lesioni personali, nel quale, rispetto al comune nucleo rappresentato dalla condotta violenta, entrambe le fattispecie risultano caratterizzate dalla presenza di propri elementi aggiuntivi.⁴⁵⁷

In tal modo De Francesco propone una considerazione unitaria dei rapporti strutturali, nella quale l'interferenza “altro non è che un tipo della più ampia categoria di specialità bilaterale”, distinguendosi tuttavia dalla specialità bilaterale in senso stretto in quanto la

⁴⁵³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 67-68

⁴⁵⁴ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67.

⁴⁵⁵ Da questa definizione è immaginabile la raffigurazione tramite i cerchi concentrici di cui si è già ampiamente fatto riferimento.

⁴⁵⁶ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 67-68

⁴⁵⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 108; SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505

prima segna una “diversità di materia”, mentre nella seconda rientrano le sole relazioni di specialità bilaterale per specificazione e unilateralmente per aggiunta.⁴⁵⁸

Le fattispecie poste nei rapporti strutturali di specialità bilaterale così delimitati convergerebbero, dunque, sullo “stesso fatto”, corrispondente alla “stessa materia” nel testo dell’art. 15 c.p.; la loro contemporanea applicazione comporterebbe quindi la punizione del medesimo fatto due volte, in violazione del divieto di *bis in idem*.⁴⁵⁹

Da tale ricostruzione deriva altresì una conseguenza sul piano dei rapporti con il concorso formale: una volta accertata la “stessa materia”, la convergenza non può essere ricondotta all’art. 81, co. 1, c.p., il quale presuppone una reale pluralità di reati. L’identità della materia regolata impone, al contrario, l’applicazione di una sola delle norme convergenti; il concorso di reati resta quindi circoscritto alle ipotesi nelle quali il raffronto strutturale faccia emergere una “diversa materia”, come avviene nei rapporti di interferenza.⁴⁶⁰

Questa tesi evidenzia come, sulla sola base della definizione fornita per il concetto di “stessa materia”, risultino indistinte le ipotesi di specialità unilaterale e specialità bilaterale in senso stretto, e proprio per questo è necessario compiere un passaggio ulteriore, bisogna tenere in considerazione anche la seconda parte dell’art. 15 c.p.. In questa accezione la specialità ha una funzione differente rispetto a quella di “indicare la relazione normativa di completa continenza di una fattispecie nell’altra”, e risulta evidente nella sua diversa struttura, raffrontandosi con i singoli elementi costitutivi delle norme convergenti e risultando così “indipendente dall’effetto di completa continenza normativa tra figure criminose”.⁴⁶¹

La seconda proposizione dell’articolo 15 c.p. prevede la specialità come se fosse un “criterio di selezione della norma prevalente”.⁴⁶²

⁴⁵⁸ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 106-108

⁴⁵⁹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505

⁴⁶⁰ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 67-68

⁴⁶¹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 59-67

⁴⁶² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 119ss

2.7.2.2 L'interferenza e l'eterogeneità delle fattispecie: la diversa materia e il rilievo della condotta nel concorso di reati

Secondo la ricostruzione di De Francesco, l'individuazione del concorso apparente di norme richiede, innanzitutto, un rigoroso confronto strutturale tra le fattispecie coinvolte, volto a verificare i rapporti intercorrenti tra le rispettive condotte e gli elementi che le caratterizzano. Tale confronto assume particolare rilievo nelle ipotesi in cui venga in considerazione il rapporto tra una fattispecie di evento e una fattispecie di mera condotta, anche quando una sottospecie della prima sembri coincidere con la seconda. L'Autore prende in considerazione, il rapporto tra truffa ed emissione di assegni scoperti. Un'analisi superficiale potrebbe infatti condurre a ravvisare nella seconda condotta una “*species* di quella di artifici o raggiri”. Tuttavia, un esame più attento della struttura delle due fattispecie esclude che tra esse possa individuarsi un rapporto di *genus ad speciem*, in quanto la principale connotazione tipica della condotta nella truffa consiste nel suo “orientamento causale”, ossia nella sua “idoneità rispetto alla induzione in errore del destinatario”. Tale elemento, invece, risulta estraneo alla condotta consistente nell'emissione di assegni.⁴⁶³

Ne consegue che l'elemento della condotta non può essere valutato in termini meramente naturalistici, ma deve essere considerato “nel contesto normativo nel quale si trova inserito”. La qualificazione giuridica della condotta, infatti, dipende dagli specifici elementi attraverso i quali il legislatore ne determina la rilevanza all'interno della singola fattispecie.

La medesima impostazione viene utilizzata da De Francesco con riferimento al rapporto tra omicidio e violazioni di norme cautelari in materia di circolazione stradale. Anche in tale ipotesi la condotta nell'omicidio appare, sul piano materiale, strutturalmente diversa dalla violazione cautelare considerata isolatamente, poiché la prima “contiene” il profilo della “idoneità causale”, elemento invece estraneo alla fattispecie di mera condotta. Quindi, “nella relazione tra fattispecie causalmente orientate e fattispecie di mera condotta”, le ultime sarebbero potenzialmente in grado di integrare una “modalità di

⁴⁶³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 69-73

realizzazione” della condotta causale, ma non possono, solo per questo, essere considerate ricomprese nella relativa fattispecie.⁴⁶⁴

La diversità strutturale tra le condotte assume, dunque, un rilievo decisivo ai fini della qualificazione del rapporto tra le fattispecie. In particolare, quando la “diversa materia” riguardi proprio la condotta, non può ravvisarsi quella necessaria coincidenza che consentirebbe di ricondurre le fattispecie ad un rapporto di specialità, dovendosi invece riconoscere il concorso materiale di reati.⁴⁶⁵

La nozione di “diversa materia” costituisce, più in generale, il criterio attraverso il quale De Francesco individua l’eterogeneità delle fattispecie convergenti. Il rapporto di interferenza e, quindi, il concorso di reati, deriva infatti dal fatto che le norme “regolano” una “diversa materia”, determinata in ragione del rapporto di diversità intercorrente tra gli elementi strutturali caratteristici di ciascuna delle fattispecie.

Tale diversità può riguardare sia elementi costitutivi eterogenei, sia elementi costitutivi omogenei. Nel primo caso, vengono in considerazione fattispecie caratterizzate, rispettivamente, dalla presenza di un “dolo specifico, di un evento naturalistico o di un presupposto della condotta” che non trovi alcun corrispondente generico nell’altra fattispecie. Nel secondo caso, invece, la diversità riguarda elementi strutturalmente omogenei, ma diversamente tipizzati, come può accadere con riferimento al dolo specifico, all’evento naturalistico o ai presupposti della condotta.

Particolare rilievo assume, ancora una volta, la diversità riferita alla condotta, poiché, secondo l’Autore, in tale ipotesi deve essere riconosciuto il concorso materiale, in quanto non sarebbe presente l’“unicità della condotta”. La diversità degli elementi strutturali delle fattispecie impedisce di considerare unitariamente condotte che, pur potendo presentarsi in una stessa situazione concreta, risultano normativamente differenziate.⁴⁶⁶

In questa prospettiva, il concorso materiale può configurarsi anche quando la condotta sia “naturalisticamente unitaria” e vi sia “contestualità temporale”, qualora le fattispecie legali attribuiscano autonoma rilevanza giuridica ad “aspetti completamente autonomi della stessa condotta naturalistica”. In tal caso, quella che sul piano naturalistico appare

⁴⁶⁴ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 73-78

⁴⁶⁵ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 68.

⁴⁶⁶ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 68, 75-79

come un'unica condotta viene qualificata dal legislatore attraverso elementi normativi distinti, dando luogo a condotte normativamente differenti nell'ottica del concorso di reati.⁴⁶⁷

Una conferma di tale impostazione viene individuata nella disciplina del reato continuato. Il riferimento all'ipotesi in cui i fatti si realizzino “anche in tempi diversi” presuppone, infatti, che gli stessi possano realizzarsi anche contestualmente. La “contestualità temporale”, quindi, non è di per sé sufficiente a fondare “l'unicità del fatto” ai fini del concorso apparente, quando le fattispecie attribuiscano rilevanza a profili strutturalmente autonomi.

La conclusione cui perviene De Francesco, fondata su una “stringente analisi strutturale delle condotte tipiche”, conduce quindi a negare il concorso apparente nei rapporti tra fattispecie causalmente orientate e fattispecie di mera condotta. Tale soluzione viene ricondotta alle esigenze di “giustizia sostanziale” e di “congruità del sistema nel suo complesso”, evitando un'eccessiva estensione del concorso apparente che deriverebbe dall'adesione a criteri differenti da quello strutturale. L'importanza della distinzione emerge anche considerando l'ipotesi dei reati di falso, di gravità molto diversa, come nel rapporto tra falso in certificati e falso in atto pubblico. Secondo l'Autore, l'assenza di una effettiva considerazione della differenza strutturale tra le fattispecie potrebbe determinare effetti “sistematici scompensati e irragionevoli”. La diversa struttura delle fattispecie deve dunque essere valorizzata proprio al fine di individuare correttamente il rapporto intercorrente tra le norme convergenti.

La teoria di De Francesco individua nell'eterogeneità strutturale delle fattispecie e nella conseguente “diversa materia” da esse regolata un criterio fondamentale per distinguere le ipotesi di concorso apparente da quelle di concorso di reati. Il dato decisivo non è rappresentato dalla “mera coincidenza materiale o temporale delle condotte”, ma dalla “verifica della loro qualificazione normativa” e degli elementi che ciascuna fattispecie assume come propri e autonomamente rilevanti.⁴⁶⁸

Proprio il tentativo di ricondurre ad unità l'interferenza e la specialità bilaterale, facendo rientrare la prima nella più ampia categoria della seconda, non risulta tuttavia priva di

⁴⁶⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 78-79

⁴⁶⁸ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., pp. 75-78

problematiche. Tale “*reductio ad unum*” non sembra offrire un vero e proprio aiuto sul piano sistematico, poiché rischia, al contrario, di “confondere ancora di più i due settori” e, conseguentemente, di rendere ancora più incerto il già sottile confine tra concorso apparente di norme e concorso di reati.⁴⁶⁹

2.7.2.3 La ricostruzione di De Francesco del reato complesso e l'emersione dei limiti strutturali dell'assorbimento

Con riferimento alla figura del reato complesso, De Francesco prende in considerazione innanzitutto l'impostazione di Mantovani, secondo la quale l'assorbimento, nell'ipotesi di “coincidenza tra fattispecie o sottofattispecie ed elemento particolare”, sarebbe ammissibile per la sua riconduzione all'art. 84 c.p.; ciò giustificherebbe anche l'assorbimento tra una fattispecie o sottofattispecie e un elemento particolare, tipizzando così il “reato eventualmente complesso”.⁴⁷⁰ Ricordiamo l'esempio dell'omicidio aggravato dalla violazione delle regole sulla circolazione stradale, nel quale la violazione potrebbe integrare autonomamente anche una fattispecie contravvenzionale, venendo quest'ultima assorbita quale “elemento particolare” dell'omicidio colposo aggravato. La stessa logica ricorrerebbe qualora una fattispecie incriminatrice prevedesse la “violenza” tra i propri elementi costitutivi, determinando l’“assorbimento” delle fattispecie di violenza privata o di percosse.⁴⁷¹

De Francesco ricostruisce diversamente il fondamento del reato complesso, il quale configura una “sintesi normativa di una pluralità di fattispecie penali”, che può trovare riconoscimento solamente qualora tale sintesi emerga sul piano della fattispecie legale astratta. Per l'Autore, infatti, “quel che sembra indispensabile è, dunque, che a livello di fattispecie complessa sia presente il dato astratto con il quale possano essere confrontate le fattispecie che vanno a comporre, in qualità di elementi semplici, il reato complesso”; solo attraverso tale dato strutturale può giustificarsi “la sintesi legale cui è preordinata la disposizione dell'art. 84 c.p.”. Il reato complesso deve quindi essere individuato

⁴⁶⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., pp. 142-143

⁴⁷⁰ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 538ss; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 110

⁴⁷¹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 546-547; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 111

attraverso il confronto diretto tra le fattispecie astratte che lo compongono, senza che possa assumere rilievo la relazione emergente nella concreta realizzazione del fatto.⁴⁷²

Da tale premessa deriva che la categoria del reato complesso “in senso lato”, caratterizzata da “un nucleo costituente reato e da un *quid* ulteriore che non è tale”, sarebbe per De Francesco priva di un’autonoma rilevanza teorica e sistematica. Le ipotesi di concorso apparente tradizionalmente ricondotte a tale figura costituirebbero, infatti, “normalissime ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta”, e solamente entro questi precisi limiti strutturali sarebbe possibile sostenere che l’art. 84 c.p., combinato con le singole fattispecie incriminatrici di natura complessa, dia origine ad ulteriori ipotesi di specialità.⁴⁷³

In tal senso, la conclusione di De Francesco si confronta con la precedente impostazione di Antolisei, il quale riconduceva espressamente anche il reato complesso in senso lato al principio generale di specialità, ritenendo che la fattispecie che contiene necessariamente il reato meno grave sia speciale rispetto a quest’ultimo e ne escluda, conseguentemente, l’autonoma applicazione.⁴⁷⁴ L’esempio portato dall’Autore è quello dell’estorsione rispetto alla violenza privata, dove, facendo un confronto con il “reato complesso in senso stretto”, emerge come viene meno la “prospettiva di sintesi” tra norme diverse, non avendo più alcun senso parlare di reato complesso.⁴⁷⁵

Di conseguenza, quando il “reato semplice” non sia espressamente ricompreso nella fattispecie che si ritiene complessa, ma costituisca soltanto un “modo di realizzazione” del fatto, senza emergere sul piano degli “elementi costitutivi”, non potrebbe configurarsi un’ipotesi di convergenza apparente di norme ai sensi dell’art. 84 c.p..

De Francesco attribuisce particolare rilevanza al dato testuale della disposizione, per la quale il reato destinato ad essere assorbito deve emergere nella fattispecie complessa

⁴⁷² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, 75ss; anche DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 616-617

⁴⁷³ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 540-541, il quale individua il fondamento del reato complesso in senso lato nel “principio generalissimo di specialità” di cui all’art. 15 c.p.; per il richiamo operato da De Francesco anche alla posizione di Neppi Modona e per la precisazione relativa al differente significato attribuito alla specialità nelle rispettive ricostruzioni, SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 112; DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 83

⁴⁷⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 540-541

⁴⁷⁵ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 84

come “elemento costitutivo” o come “circostanza aggravante”, e deve dunque risultare “espressamente” previsto nella relativa fattispecie.

La “funzione del reato complesso” viene così individuata nella tipizzazione di quella “intima connessione di carattere strumentale” che, secondo il principio *dell'id quod plerumque accidit*, può sussistere tra singole condotte costitutive di differenti fattispecie di reato. L'Autore fa riferimento a condotte tra loro eterogenee, rispetto alle quali non sarebbe altrimenti configurabile né il concorso apparente, né quello formale, ma per le quali il legislatore ha “ritenuto opportuno” procedere ad una vera e propria “sintesi normativa” mediante la previsione della fattispecie complessa.

Tale ricostruzione emerge con particolare chiarezza nel rapporto tra furto e rapina: le condotte di percosse o minacce, mediante le quali può essere realizzato l'“impossessamento”, non potrebbero essere assorbite nel furto, in ragione dell'eterogeneità tra i rispettivi elementi costitutivi; è soltanto attraverso la loro espressa previsione all'interno della fattispecie legale della rapina che tale assorbimento può realizzarsi. Sul piano strutturale, infatti, le percosse rappresentano una “specificazione” della violenza, mentre gli ulteriori elementi della rapina risultano aggiuntivi, configurandosi così un rapporto di specialità bilaterale per aggiunta unilaterale; rispetto al furto, invece, la rapina si pone in un rapporto di specialità unilaterale per aggiunta.⁴⁷⁶

2.7.2.4 Il reato progressivo e la progressione criminosa nei limiti della specialità bilaterale

La stessa impostazione strutturale viene utilizzata da De Francesco per delimitare le figure del reato progressivo e della progressione criminosa. Tali categorie possono essere riconosciute solo nella misura in cui il concorso apparente trovi una propria giustificazione sul piano della “specialità unilaterale” (come nel rapporto tra sequestro di persona e riduzione in schiavitù oppure tra furto e saccheggio), o della specialità bilaterale per aggiunta unilaterale (come nel rapporto tra ingiuria e contravvenzione di molestia o disturbo delle persone). Anche in tali ipotesi, quindi, il riconoscimento del concorso

⁴⁷⁶ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 85-87

apparente non discende autonomamente dalla qualificazione del fenomeno come reato progressivo, ma dalla relazione strutturale intercorrente tra le fattispecie.

Al di fuori di questi rapporti di specialità, anche qualora vengano in considerazione ipotesi comunemente ricondotte alla figura del reato progressivo, per De Francesco, deve essere riconosciuto il concorso materiale di reati, (come nel caso del rapporto tra detenzione di pesi illegali e il loro successivo uso, rispetto al quale assume rilevanza l'eterogeneità strutturale esistente tra “detenzione” e “uso”, tale da impedire l'assorbimento di una fattispecie nell'altra).⁴⁷⁷

Risulta ancora più restrittiva è la conclusione raggiunta dall'Autore con riguardo alla “progressione criminosa”, caratterizzata dalla presenza di “distinte e successive deliberazioni criminose” (come nell'ipotesi di una condotta inizialmente diretta alla lesione personale che solo successivamente si modifichi nella decisione di uccidere). La “pluralità dei processi deliberativi” farebbe venire meno quella “unicità di azione” necessaria per poter riconoscere l'apparenza del concorso. Per questa ragione la progressione criminosa, intesa come istituto dotato di una propria autonomia strutturale e funzionale, risulterebbe “difficilmente giustificabile alla stregua dei principi generali accolti nel nostro ordinamento penale”.⁴⁷⁸

2.7.2.5 L'art. 68 c.p. tra interferenza strutturale e assorbimento delle pene

L'impostazione sostenuta da De Francesco sembrerebbe trovare un problema nella disciplina dell'art. 68 c.p., relativo ai “limiti al concorso di circostanze”, il quale, salvo quanto disposto dall'art. 15 c.p., prevede l'applicazione della sola circostanza che ne “comprende in sé” un'altra. Ad un primo sguardo, si potrebbe ricondurre tale previsione ad una particolare ipotesi di concorso apparente tra norme circostanziali; tuttavia, l'analisi strutturale delle fattispecie normalmente ricomprese nella sfera applicativa dell'art. 68 c.p. evidenzia una significativa “disomogeneità”. Questo perché sarebbero rinvenibili rapporti di specialità unilaterale (ad esempio l'omicidio dell'ascendente quando è operato un mezzo venefico o insidioso, o ricorrono le circostanze da uno a quattro dell'art. 61 c.p.,

⁴⁷⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 87

⁴⁷⁸ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 89

o vi è premeditazione, il legislatore prevede una circostanza speciale rispetto a quella dell'omicidio dell'ascendente senza specificazione delle modalità o di altre circostanze), di specialità bilaterale (ad esempio “l'aggravante della finalità di commettere altro reato e l'aggravante dei motivi abietti”⁴⁷⁹), ma anche ipotesi di interferenza e perfino di eterogeneità (“ad esempio il furto su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro, pignoramento etc., in riferimento alla circostanza comune dell'abuso della relazione d'ufficio”).

In molte di queste ipotesi non sarebbe possibile riconoscere la sussistenza di una “stessa materia” e, mantenendo ferma l'impostazione strutturale adottata da De Francesco, neppure un concorso apparente di norme. Se l'art. 68 c.p. fosse interpretato solo in questa prospettiva, la disposizione risulterebbe inutile, poiché i confini del concorso apparente sarebbero già individuati attraverso l'art. 15 c.p.. Per assicurare coerenza sistematica, l'Autore attribuisce quindi all'art. 68 c.p. una funzione differente, diretta a disciplinare non il concorso apparente di circostanze, bensì il loro concorso formale.⁴⁸⁰

Non sarebbe neppure possibile ricostruire un parallelismo tra l'art. 68 e l'art. 84 c.p., considerando il primo come una fattispecie volta a tipizzare una sorta di “circostanza complessa”. L'art. 84 c.p., infatti, opera esclusivamente rispetto a situazioni di “complessità” rilevanti sul piano strutturale e astratto e, quindi, riconducibili alla specialità, ossia alla “stessa materia”. L'autonomia funzionale dell'art. 68 c.p. deve essere invece individuata proprio attraverso il rapporto di “interferenza” tra le fattispecie circostanziali e il particolare significato attribuito alla loro “comprensione”.

De Francesco distingue, a tale riguardo, il diverso significato dell'interferenza sul piano astratto e su quello concreto. Sul piano astratto l'interferenza esprime una diversità tra fattispecie e comporta, nell'ottica dell'art. 15 c.p., un concorso reale di norme; sul piano concreto, invece, essa può tradursi in una parziale comunanza di elementi. Se rispetto alle fattispecie incriminatrici il “piano concreto” non può essere valorizzato, in quanto incompatibile con il concetto di “stessa materia”, una differente conclusione può essere raggiunta rispetto alle circostanze, la cui funzione consiste nel valorizzare quei profili fattuali che emergono dalle concrete modalità di realizzazione del fatto tipico. Secondo

⁴⁷⁹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 91-92; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 114

⁴⁸⁰ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 106-117

l'Autore, "il significato della circostanza, oltre che sul piano normativo-astratto, si evidenzia, altresì e soprattutto, sul piano concreto, nella rappresentazione fenomenica della condotta illecita".

È proprio in questa dimensione concreta che deve essere interpretata quando la disposizione parla di circostanza che "comprende in sé" l'altra. Sul piano strutturale tale rapporto si traduce nell'"interferenza" normativa, cioè nell'esistenza di un "punto di contatto" tra le fattispecie circostanziali, "in modo tale che l'integrazione dell'una porti con sé l'integrazione dell'altra". De Francesco precisa, infatti, che "sul piano dell'accadimento concreto il significato dell'interferenza consiste proprio nel porre in contatto le fattispecie considerate", così da poter affermare che una circostanza "comprende in sé" l'altra, perché la realizzazione della prima ha, in fatto, "recato in sé" la realizzazione della seconda.

Il venir meno di tale relazione di interferenza individua, viceversa, le ipotesi di concorso materiale di circostanze. In conclusione, la "comprensione in concreto" cui attribuisce rilievo l'art. 68 c.p. giustifica l'applicazione della sola fattispecie circostanziale più comprensiva, individuata in quella che comporta il maggiore aggravamento o la maggiore attenuazione della pena. Tale risultato, secondo De Francesco, non costituisce un effetto del concorso apparente di norme, ma deriva da un particolare e diverso istituto, definito di "assorbimento" delle pene.⁴⁸¹

2.7.2.6 L'individuazione della norma prevalente nelle ipotesi di specialità reciproca

Quando si è accertata l'esistenza di un concorso apparente di norme, e quindi si è verificata la sussistenza di uno dei rapporti strutturali tra fattispecie riconducibili alla "stessa materia" disciplinata dall'art. 15 c.p., si pone, secondo De Francesco, un problema logicamente distinto e successivo, consistente nell'individuazione della norma che debba essere concretamente applicata. Assume a tal proposito rilievo la già citata distinzione tra le due proposizioni contenute nell'art. 15 c.p.: la prima consentirebbe di verificare, attraverso l'analisi dei "rapporti strutturali" tra le fattispecie, se vi sia identità o diversità di materia e, quindi, quali norme possano concorrere apparentemente; la seconda, invece,

⁴⁸¹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 114-116

attraverso il “principio di specialità”, sarebbe diretta ad individuare quale tra le norme concorrenti debba prevalere.⁴⁸²

La selezione della disposizione prevalente deve, inoltre, consentire una valutazione integrale del disvalore giuridico espresso dal fatto, evitando che l’applicazione di una sola norma determini, a sua volta, la perdita di rilevanza di un elemento dotato di autonomo significato normativo.⁴⁸³

Una volta tracciato sul piano strutturale il perimetro del concorso apparente, Scoletta osserva come la “specialità” espressamente richiamata dall’art. 15 c.p. assuma, nelle impostazioni strutturali, la sola funzione di individuare la norma prevalente, ossia l’unica fattispecie destinata a trovare applicazione. In questa seconda fase, il concetto normativo di “specialità” viene ad assumere “necessariamente un significato sostanziale”.⁴⁸⁴

Tale distinzione risulta particolarmente importante nelle ipotesi di specialità bilaterale. Mentre, infatti, nella specialità unilaterale la prevalenza della fattispecie speciale rispetto a quella generale non pone particolari problemi, nel caso in cui entrambe le fattispecie contengano elementi speciali rispetto all’altra non sarebbe possibile ricavare dalla sola struttura delle norme una ragione decisiva per attribuire prevalenza all’una o all’altra. La specialità reciproca “comporta, per sua stessa natura, un’incertezza in merito alla norma cui assegnare la prevalenza”, rendendo necessario ricercare ulteriori criteri capaci di sciogliere tale dubbio.⁴⁸⁵

Secondo Silva, proprio in ciò risiede la maggiore problematicità della specialità bilaterale: mentre nel rapporto di specialità unilaterale la necessità di applicare la norma speciale risulta “pacifica e incontrastata”, nell’ipotesi in cui entrambe le norme siano reciprocamente speciali non è altrettanto univoca la soluzione del conflitto.⁴⁸⁶

Un primo elemento viene individuato da De Francesco nella distinzione operata dall’art. 15 c.p. tra “legge” e “disposizione”. Se con il secondo termine deve intendersi una singola norma giuridica contenuta all’interno di un determinato testo o complesso legislativo, il riferimento alla “legge” non potrebbe essere considerato “superfluo”. L’ipotesi della

⁴⁸² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 119ss

⁴⁸³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 121-123

⁴⁸⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 116-117

⁴⁸⁵ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 121-123

⁴⁸⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 140-143

specialità della legge assumerebbe, infatti, una propria autonomia proprio con riferimento alla relazione tra diversi complessi legislativi, consentendo di attribuire rilievo alla natura speciale del testo legislativo nel quale la disposizione è contenuta. In questa prospettiva, la specialità intercorrente tra complessi legislativi diviene un possibile criterio di soluzione delle ipotesi di specialità bilaterale: nel dubbio sulla norma applicabile, potrebbe essere attribuita prevalenza alla disposizione contenuta nel complesso legislativo speciale. Il riferimento alla “legge” contenuto nell’art. 15 c.p. acquisterebbe così una funzione autonoma, consentendo anche di giustificare quelle situazioni nelle quali una fattispecie “apparentemente generale” prevalga, proprio in quanto contenuta in una legge speciale, su una “fattispecie strutturalmente più specifica” contenuta nella disciplina generale.⁴⁸⁷

De Francesco precisa, tuttavia, che tale criterio non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui tra le fattispecie sussista un rapporto di specialità unilaterale, ma opera “esclusivamente nei casi di specialità bilaterale in senso stretto”, proprio al fine di evitare i “risultati aberranti” cui potrebbe condurre una generalizzata prevalenza della disposizione appartenente alla legge speciale.⁴⁸⁸

Diversa è la situazione prospettata quando le norme reciprocamente speciali siano contenute nella medesima legge, poiché in tale caso non è possibile utilizzare il criterio della specialità del complesso legislativo. De Francesco ritiene allora necessario individuare, attraverso il “principio di specialità”, la disposizione che maggiormente “si adatta” alla situazione oggetto del giudizio di convergenza, ricercando tra gli elementi specializzanti delle fattispecie un rapporto in grado di giustificare la prevalenza di una delle due. L’indagine che suggerisce l’Autore viene condotta in una prospettiva “funzionale”, verificando se tra gli elementi speciali delle norme concorrenti possa rinvenirsi un rapporto gerarchico idoneo ad attribuire maggiore rilievo ad uno di essi.⁴⁸⁹

Qualora non sia possibile ricorrere alla specialità tra leggi, De Francesco ricerca quindi una specialità di carattere “qualitativo”, attribuendo prevalenza alla norma che presenti

⁴⁸⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 121-123 e 132

⁴⁸⁸ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 126-127

⁴⁸⁹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 131-139

un elemento specializzante ritenuto “maggiormente significativo” rispetto a quelli previsti dalla fattispecie concorrente.⁴⁹⁰

Nella sintesi della criteriologia propria delle impostazioni strutturali, Scoletta attribuisce particolare rilievo anche al “carattere proprio del reato”, destinato a prevalere rispetto alla corrispondente fattispecie di reato comune.⁴⁹¹

A tale riguardo, può assumere particolare rilevanza la maggiore specificità con riferimento ai destinatari della disciplina. De Francesco richiama il rapporto tra la somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi e la determinazione in altri dello stato di ubriachezza: mentre la seconda fattispecie aggiunge il requisito della causazione dell’ubriachezza, la prima presenta una specificazione dei soggetti cui le bevande vengono somministrate e, soprattutto, una particolare qualificazione del soggetto attivo.⁴⁹² In tali situazioni può quindi emergere un criterio di specialità “qualitativa” capace di orientare la scelta della norma prevalente. Qualora, invece, non sia possibile individuare ulteriori elementi “qualitativamente” più rilevanti, De Francesco sposta la scelta sul piano quantitativo, attribuendo prevalenza alla fattispecie che presenta un maggior numero di elementi speciali rispetto all’altra. È in questa prospettiva che “la quantità si rende anche qualità”, poiché la fattispecie “maggiormente specifica” risulterebbe “più aderente al fatto oggetto di convergenza” e maggiormente idonea a riassumerne il “significato giuridico”.⁴⁹³

Nel ricostruire complessivamente la criteriologia delle impostazioni strutturali, Scoletta colloca soltanto “da ultimo” il criterio della maggiore severità della pena, successivamente alla specialità del *corpus* legislativo, al carattere proprio del reato e alla maggiore quantità degli elementi specializzanti.⁴⁹⁴

I criteri così elaborati per individuare la norma prevalente nelle ipotesi di specialità bilaterale non risultano, tuttavia, privi di profili problematici. Da un lato, viene rilevata la difficoltà di giustificare che, mentre nelle ipotesi di specialità unilaterale il raffronto viene

⁴⁹⁰ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 133-139; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 141-142

⁴⁹¹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 118-120

⁴⁹² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 135ss

⁴⁹³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 139; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 142

⁴⁹⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 119-120; SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505

compiuto esclusivamente tra le singole disposizioni, nei casi di specialità bilaterale in senso stretto possa invece assumere rilievo “la relazione tra leggi”. Dall’altro, anche il criterio “qualitativo”, fondato sulla particolare rilevanza di uno degli elementi specializzanti, finisce per introdurre una gerarchia tra gli stessi; quanto, invece, al successivo criterio quantitativo, il riferimento alla norma “maggiormente” speciale appare “piuttosto indefinito” e, almeno in parte, “di stampo valoriale, più che strutturale”.

La specialità reciproca finisce, dunque, per determinare una inevitabile “riemersione di giudizi di valore”: proprio quando i criteri puramente logici non consentono di pervenire ad una soluzione soddisfacente, l’individuazione della norma prevalente richiede il ricorso a parametri che non appaiono più esclusivamente strutturali; al contrario, qualora si insistesse nell’individuazione di un criterio del tutto formale, si correrebbe il rischio di giungere a quei “risultati aberranti” che la ricostruzione mira ad evitare.⁴⁹⁵

Una diversa ricostruzione strutturale è proposta da Salvatore Camaioni, il quale individua la “medesima materia” attraverso il confronto tra gli elementi delle fattispecie astratte, procedendo “all’abbinamento” delle componenti tra loro omogenee. Nelle ipotesi di specialità reciproca, qualora non sia possibile individuare la norma prevalente valorizzando, anzitutto, la particolare qualificazione del soggetto attivo e gli ulteriori elementi presentino “pari dignità”, il criterio residuo dovrebbe essere individuato nel *favor rei*. Tale soluzione, pur rispondendo ad una finalità garantistica, viene tuttavia considerata estranea alla dimensione propria della specialità, trattandosi di un parametro avente carattere politico-criminale e inidoneo a fondare strutturalmente la prevalenza di una norma sull’altra.⁴⁹⁶

2.7.2.7 Le clausole di riserva tra specialità bilaterale, interferenza ed eterogeneità strutturale

Le clausole di riserva, che sono state spesso valorizzate dalle teorie valoriali per sostenere un’estensione del concorso apparente anche a fatti naturalisticamente diversi, trovano secondo la ricostruzione di De Francesco una coerente collocazione anche all’interno

⁴⁹⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 142-143

⁴⁹⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 142-143, che richiama S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza*, cit., 238 e 242

della teoria strutturale. L'analisi complessiva delle clausole codicistiche dimostra, infatti, che esse non sono riconducibili ad una categoria unitaria, presentando una "sostanziale eterogeneità funzionale" che deve essere ricostruita tenendo conto dei differenti rapporti strutturali intercorrenti tra le fattispecie cui esse si riferiscono.

De Francesco evidenzia, in particolare, come la funzione assolta dalle clausole debba essere ricostruita diversamente a seconda che il fenomeno interferenziale riguardi circostanze o fattispecie di reato. Mentre nel primo caso l'assorbimento costituisce la regola, nel secondo la disciplina ordinaria rimane quella del concorso, sicché l'applicazione di una sola pena rappresenta un'eccezione espressamente introdotta dal legislatore. La clausola interviene, pertanto, in presenza di fattispecie suscettibili di realizzazione congiunta, operando una "sintesi" dei relativi disvalori mediante l'applicazione della sola pena prevista per il reato più grave.⁴⁹⁷

Un primo gruppo di clausole riguarda fattispecie poste in un rapporto di specialità bilaterale, rispetto alle quali la "stessa materia" e, quindi, il concorso apparente risultano già individuabili indipendentemente dalla clausola. De Francesco prende come esempio la relazione tra usura e circonvenzione di incapace, dove la prima si applica "fuori dai casi previsti" dalla seconda e prevede la condotta di "farsi dare o promettere interessi o vantaggi usurari", nell'ipotesi in cui la condotta dell'incapace viene inquadrata più genericamente come un "atto che importi un qualsiasi effetto giuridico dannoso". Quest'ultima disposizione prevede "una specificazione del soggetto passivo" oltre che "l'elemento aggiuntivo della finalità di profitto". L'Autore sostiene che è rinvenibile una specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta nella relazione tra le due fattispecie. In queste ipotesi la riserva non serve a creare il concorso apparente, ma solo ad individuare la norma prevalente. Essa può, in particolare, derogare alla regola secondo la quale dovrebbe prevalere la fattispecie "maggiormente speciale", intesa come quella caratterizzata dal maggior numero di elementi specializzanti, attribuendo direttamente prevalenza ad una delle norme reciprocamente speciali.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 140 ss

⁴⁹⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 121-122; DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 178, 182-186

Un secondo gruppo di clausole riguarda fattispecie legate da una relazione di “interferenza”⁴⁹⁹. In tale situazione la clausola non potrebbe trasformare il rapporto in un concorso apparente, poiché la “stessa materia”, quale presupposto fondamentale dello stesso, non può essere “creata” autoritativamente dal legislatore. Il riferimento contenuto nella clausola alla “medesimezza del fatto” non riguarda quindi il “fatto in astratto”, ma il fatto concretamente realizzato, suscettibile di essere allo stesso tempo qualificato alla luce di più fattispecie interferenti. L’effetto prodotto dalla clausola, in simili ipotesi, non consiste allora nell’assorbimento di una norma incriminatrice nell’altra, come avviene nel concorso apparente, bensì in un particolare “trattamento punitivo” riferito ad un fatto suscettibile di una molteplicità di qualificazioni giuridico-penali. La clausola interviene, quindi, a mitigare le conseguenze derivanti dal concorso formale di reati attraverso un meccanismo di assorbimento delle pene.

Proprio la natura del rapporto strutturale preesistente tra le fattispecie consente, secondo De Francesco, di spiegare perché una medesima clausola, pur formulata in termini generici, possa assolvere funzioni differenti: qualora le norme regolino la “stessa materia”, essa può rendere sussidiaria la fattispecie di rinvio; quando, invece, le fattispecie siano legate da un rapporto di interferenza, non viene meno la pluralità dei reati, ma è soltanto il trattamento sanzionatorio ad essere ricondotto ad unità.⁵⁰⁰

Nel caso delle “clausole indeterminate”, inoltre, l’esigenza di coerenza impone di attribuire prevalenza alla fattispecie più severamente punita, non potendo il trattamento sanzionatorio meno grave “assorbire quello più severo”.

La prevalenza dell’assorbimento non consente, tuttavia, di ricavare una regola generale alternativa al cumulo. De Francesco insiste sul carattere eccezionale di tale soluzione: la disciplina ordinaria del concorso di reati rimane ispirata al cumulo sanzionatorio, mentre l’assorbimento può operare soltanto nei casi nei quali il legislatore abbia espressamente compiuto una diversa scelta di politica criminale.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ L’Autore specifica come una relazione di “mera interferenza” possa individuarsi nella relazione tra vendita di prodotti industriali con seni mendaci e frodi contro le industrie nazionali, dove, nonostante sia prevista la medesima condotta, le singole fattispecie presentano degli elementi aggiuntivi, costituendo così un rapporto di specialità bilateralmente per aggiunta. DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 178-181; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 121

⁵⁰⁰ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 183-186

⁵⁰¹ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 186 ss

Un terzo gruppo di clausole riguarda, infine, fattispecie incriminatrici poste in un rapporto di “eterogeneità” strutturale. La diversità delle rispettive condotte impedisce in tali casi una verifica dei fatti di reato allo stesso tempo, mediante la medesima condotta, con la conseguenza che il rapporto deve essere inquadrato nell’ambito del concorso materiale e non del concorso formale. Anche in questa situazione, quindi, la clausola non determina un concorso apparente tra norme.

La funzione di tali clausole viene piuttosto individuata nell’“assorbimento delle pene”, operante sul piano politico-criminale al fine di mitigare il cumulo sanzionatorio rispetto a reati che, per il principio dell’*id quod plerumque accidit*, risultano strettamente connessi nella loro concreta realizzazione. Il legislatore riconosce, quindi, l’esistenza di un “nesso di consequenzialità logica” tra fattispecie criminose strutturalmente distinte, senza che ciò determini il venir meno della pluralità dei reati realizzati.⁵⁰²

Il collegamento tra tali fattispecie eterogenee assume, peraltro, una dimensione diversa da quella propria del reato complesso. Mentre nell’art. 84 c.p. la sintesi normativa investe fattispecie che il legislatore riunisce in una struttura unitaria, nelle clausole considerate viene in rilievo un vincolo di carattere funzionale tra condotte distinte, tale per cui l’una costituisce normalmente il mezzo per la realizzazione dell’altra. La deroga al cumulo trova allora la propria giustificazione nella stretta funzionalità tra le condotte e, in particolare, nella possibilità che l’antefatto delittuoso esaurisca sostanzialmente il contenuto offensivo della condotta consequenziale.⁵⁰³

2.7.3 La ricostruzione complessiva delle teorie sul concorso apparente

All’esito dell’analisi delle differenti ricostruzioni dottrinali, viene evidenziata la necessità di “relativizzare” alcune idee ormai consolidate nella trattazione del concorso apparente di norme. La dettagliata analisi delle teorie consente, infatti, di mettere in discussione

⁵⁰² DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 188 ss; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 122

⁵⁰³ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 194

alcune tradizionali contrapposizioni e di verificare più attentamente, tanto il loro effettivo fondamento, quanto la concreta distanza esistente tra i differenti criteri proposti.⁵⁰⁴

2.7.3.1 La componente valoriale della specialità in concreto

Con riferimento alle teorie della specialità in concreto, il punto di partenza è costituito dal “fatto concreto”, o dalla “situazione concretamente realizzata”, che risulti suscettibile di una pluralità di qualificazioni giuridiche. La medesimezza del fatto rappresenta quindi il “presupposto naturalistico” dell’indagine, ma non esaurisce il problema del concorso apparente: una volta individuate in concreto le norme astrattamente applicabili, il giudizio si trasferisce infatti sul piano normativo, nel quale devono essere confrontate le fattispecie concorrenti.

Il riconoscimento del concorso apparente dipende allora dalla verifica che una delle fattispecie concorrenti sia in grado di comprendere “tutto il disvalore del fatto concreto”, assumendo il ruolo di norma “speciale”, in quanto capace di assorbire anche il disvalore espresso dall’altra disposizione. Tale giudizio presenta perciò un’essenza “eminentemente valoriale”, poiché il “fatto concreto” viene posto in relazione con le norme concorrenti alla luce della loro funzione teleologica e della rispettiva “oggettività giuridica sostanziale”. Ciò che assume rilievo è, in particolare, il confronto tra i beni giuridici e le funzioni di tutela, al fine di individuare la fattispecie che esprima, rispetto al fatto concretamente realizzato, la valutazione sostanziale “più adeguata e completa”.

La specialità in concreto può quindi essere intesa come una forma di “specialità valoriale”, in quanto non si limita ad una relazione strutturale tra elementi normativi, ma ricerca la norma capace di realizzare la “comprensione di tutto il disvalore” della situazione concreta. Anche qualora il presupposto del concorso apparente venga individuato nella “stessa materia”, tale impostazione non perde necessariamente il proprio carattere naturalistico, poiché la “medesimezza materiale del fatto” svolge la funzione di delimitare in via preliminare la situazione rispetto alla quale dovrà essere condotto il giudizio normativo.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis*, cit., 194-195

⁵⁰⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 124-125

Sotto questo profilo, l'essenza delle teorie naturalistiche finisce per sovrapporsi, almeno in parte, a quella delle teorie valoriali e, in particolare, alla logica della sussidiarietà. Anche in questi modelli, infatti, il criterio decisivo ruota attorno al contenuto di disvalore espresso dalle norme concorrenti e alla possibilità che una fattispecie realizzi una comprensione normativa dell'altra con conseguente effetto di assorbimento. Le differenze riguardano soprattutto l'estensione del concorso apparente e la portata del giudizio valoriale: le teorie naturalistiche tendono a richiedere l'unità materiale del fatto, mentre quelle valoriali fanno riferimento ad una più ampia "unità normativa".

La specialità in concreto presenta, in particolare, una "maggiore affinità con la logica valoriale della sussidiarietà", differenziandosi "dai più ampi postulati" propri della consunzione. Una più rigorosa impostazione naturalistica, nella quale l'assorbimento venga fatto dipendere solo dal fatto concreto, è invece individuata nella ricostruzione di Delitala, che finisce per configurare una sorta di "quarto criterio" da affiancare, in una prospettiva pluralista, a specialità, sussidiarietà e consunzione.⁵⁰⁶

2.7.3.2 Il fondamento normativo della specialità reciproca nelle teorie strutturali

Per quanto riguarda le teorie strutturali, il loro fondamento non può essere individuato nella sola logica formale. La specialità bilaterale non assume rilevanza perché rappresenta necessariamente una relazione logica di subordinazione tra fattispecie, ma perché viene utilizzata, nell'elaborazione teorica, quale concetto "normativamente" significativo, fondato su precise argomentazioni ricavate dall'ordinamento positivo.

Nella teoria della "convergenza normativa" di Mantovani, la specialità bilaterale viene ricostruita come trasposizione sul piano logico-formale di un'operazione di *analogia iuris*. Le diverse ipotesi tipiche di concorso apparente, al di fuori della specialità unilaterale, possono essere ricondotte allo schema della specialità bilaterale, fino a ricavarne un "principio generale implicito di assorbimento". In questa prospettiva, la specialità reciproca costituisce la elaborazione logico-formale del principio generale del *ne bis in idem* ricavabile dal complesso dell'ordinamento.

⁵⁰⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 125

Diversa è la funzione attribuita alla specialità bilaterale nella teoria di De Francesco, che individua il perimetro normativo della “stessa materia” e, quindi, i confini entro i quali, secondo tale ricostruzione, deve essere impedita la duplicazione della valutazione punitiva. Ciò che emerge è che, qualora due norme penali convergano sullo “stesso fatto” nei limiti individuati attraverso la relazione strutturale di specialità bilaterale, deve trovare applicazione solo la norma destinata a prevalere.

La “specialità bilaterale” assume, in tale ricostruzione, una funzione diversa rispetto alla “specialità” espressamente richiamata dall’art. 15 c.p., con la quale presenta soltanto una “parziale omonimia terminologica”. La prima serve infatti ad individuare l’esistenza della “stessa materia” e, quindi, del concorso apparente; la seconda interviene successivamente, con la sola funzione di selezionare la norma prevalente, quando il concorso apparente è stato già riconosciuto attraverso il precedente confronto strutturale.

Il fatto che tali categorie non rappresentino il prodotto immediato di una relazione logico-formale non ne esclude, secondo la ricostruzione proposta, la razionalità sistematica. La loro validità deve essere valutata alla luce delle argomentazioni giuridiche che ne costituiscono il fondamento, evitando di concentrare la critica esclusivamente sulla possibilità di risolvere il problema mediante un confronto logico tra fattispecie. I principali rilievi rivolti alle teorie strutturali possono, in questa prospettiva, essere superati riportando l’attenzione sulle rispettive *rationes* e sui fondamenti giuridici che le sostengono.⁵⁰⁷

2.7.3.3 La plausibilità giuridica delle diverse teorie e i rispettivi profili di divergenza

L’alternativa viene individuata tra le teorie riconducibili ad un approccio “normativo-valoriale” e quelle fondate su un metodo “logico-strutturale”. Pur muovendo da presupposti diversi e adottando strumenti di giudizio diversi, entrambe le impostazioni vengono considerate dotate di una ragionevole “plausibilità giuridica”, poiché ciascuna cerca di ricostruire il concorso apparente attraverso un proprio percorso interpretativo dell’ordinamento positivo.

⁵⁰⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 125-127

Le teorie valoriali si basano sul fatto che una norma possa esprimere integralmente il disvalore già racchiuso nell'altra, individuando una "specialità valoriale" che consente di applicare solo la fattispecie maggiormente comprensiva. L'applicazione delle ulteriori norme determinerebbe, in questa prospettiva, una "ingiustificata duplicazione punitiva dello stesso fatto", già adeguatamente sanzionato da una sola disposizione. Tale impostazione risulterebbe plausibile in una lettura estensiva del concetto di specialità e, nella prospettiva pluralista, nella valorizzazione sistematica delle clausole di riserva, dalle quali ricavare attraverso *analogia iuris* i principi generali della sussidiarietà e della consunzione.

Anche le teorie strutturali utilizzano, tuttavia, strumenti ermeneutici non del tutto diversi: il dato letterale dell'art. 15 c.p., e in particolare i concetti di "stessa materia", "legge", "disposizione di legge" e "specialità", viene sottoposto ad una "reinterpretazione analitica" alla luce di un'analisi complessiva della disciplina del concorso di norme. Concetti quali "convergenza normativa", "stesso fatto giuridico" e "specialità bilaterale", nonostante costituiscano il risultato dell'elaborazione dottrinale e non trovando un espresso riconoscimento positivo, vengono fondati su argomentazioni sistematiche dirette ad offrire una lettura giuridicamente plausibile dell'art. 15 c.p. e dell'intero sistema.⁵⁰⁸

Dal punto di vista della "percorribilità ermeneutica", non sarebbe possibile considerare una delle ricostruzioni dottrinali come più valida dell'altra grazie ad una più ampia "base legale". Il rilievo formale conferito dal legislatore alla specialità non è sufficiente ad assicurare una posizione di rilievo alle teorie strutturali o a quelle naturalistiche rispetto alle teorie valoriali, le quali propongono comunque criteri alternativi sorretti da argomentazioni normative e sistematiche.

Non risulterebbe essere realistico immaginare che il legislatore, nel formulare l'art. 15 c.p., avesse in mente l'intera costruzione teorica successivamente elaborata dalla dottrina. Tanto le teorie valoriali quanto quelle strutturali costituiscono il risultato di un'interpretazione sistematica dell'ordinamento penale dalla quale vengono ricavate regole generali in materia di concorso di norme. Anche le teorie strutturali trovano una propria legittimazione nelle esigenze di "giustizia sostanziale", così come emerge dal

⁵⁰⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 127-128

principio del *ne bis in idem*, del quale intendono offrire una coerente attuazione all'interno del sistema.

La “sostanziale plausibilità” delle differenti teorie non implica, tuttavia, che esse conducano necessariamente agli stessi risultati. In alcuni casi le soluzioni possono coincidere, mentre in altri il “carattere maggiormente rigido” dei criteri strutturali conduce ad esiti differenti rispetto alla “maggiore flessibilità” delle valutazioni di carattere sostanziale.

Tale differenziazione emerge, soprattutto, nel modo in cui viene delimitato il perimetro entro il quale può operare il concorso apparente.⁵⁰⁹

Un'ulteriore precisazione deve essere fatta con riguardo alla funzione delle teorie strutturali. Secondo Scoletta, pur rimanendo importante il ricorso all'approccio valoriale attraverso i criteri di sussidiarietà e consunzione, il confronto logico-strutturale conserva una propria utilità nella delimitazione dell'area del concorso apparente rispetto al concorso formale di reati. Tale funzione, tuttavia, non consente di ritenere che la “mancata perfetta coincidenza materiale dei fatti” comporti, il concorso di reati: la relazione strutturale può costituire un indice dell'apparenza, ma non esaurisce la verifica del contenuto di disvalore espresso dalle fattispecie concorrenti.⁵¹⁰

La “rigidità del confronto strutturale” può infatti condurre, secondo Scoletta, a risultati inadeguati tanto “per eccesso” quanto “per difetto”: nel primo caso, la specialità bilaterale imporrebbe l'assorbimento anche tra fattispecie che comportano un'offensività autonoma; nel secondo, l'assenza della relazione strutturale impedirebbe di riconoscere l'“unità normativa” di fatti materialmente distinti, sebbene uno di essi costituisca una “modalità normalmente compresa nella realizzazione dell'altro”.⁵¹¹ Sotto questo profilo, la specialità bilaterale mostra un limite ulteriore rispetto alla specialità unilaterale, poiché in quest'ultima, alla “continenza normativa” corrisponde normalmente anche una “continenza assiologica”, poiché il disvalore espresso dalla fattispecie generale risulta ricompreso nella fattispecie speciale. Nella specialità bilaterale, invece, il rapporto non integra una vera relazione logica di continenza: la sua rilevanza deriva dal significato

⁵⁰⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 128-130

⁵¹⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 454-456

⁵¹¹ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505-506

normativo attribuito a tale relazione e, dunque, la semplice “geometria” del confronto strutturale tra le fattispecie non consente ancora di affermare che vi sia anche una coincidenza del “contenuto di illecito” e, quindi, una duplicazione del medesimo giudizio di disvalore.⁵¹²

È proprio la consapevolezza di tali limiti ad aver condotto le più recenti elaborazioni strutturali a introdurre dei “correttivi di carattere valoriale”. Il fondamento sostanziale viene ricondotto al principio del *ne bis in idem*, inteso, in particolare, quale “divieto di duplice valutazione degli stessi elementi di fatto”. Ciò che assume rilievo è quindi verificare se la medesima “concatenazione di elementi fattuali” venga utilizzata una prima volta per delineare una fattispecie e poi per integrare l’altra, o una parte necessaria di essa.⁵¹³ In tale prospettiva, il rapporto di specialità bilaterale può “fotografare”, sul piano astratto, proprio quelle ipotesi nelle quali gli stessi elementi del fatto rischiano di essere sottoposti ad una “duplicazione del giudizio di disvalore”.

Tale relazione mantiene, tuttavia, un carattere soltanto indiziario, poiché gli elementi “propri” di ciascuna fattispecie, anche qualora si presentino come “specificazioni o connotazioni di elementi comuni”, possono infatti avere un autonomo disvalore che non risulta ricompreso nell’altra norma. Per tale ragione, la sola specialità reciproca non è sufficiente ad affermare l’assorbimento, così come non può essere attribuito valore decisivo alla sola “medesimezza naturalistica del fatto”: una lettura eccessivamente rigida finirebbe per far dipendere automaticamente l’apparenza o il concorso reale dalla presenza, rispettivamente, di una sola o di una pluralità di condotte naturalistiche.⁵¹⁴

Il dato strutturale deve essere completato attraverso una “valutazione complessiva di coerenza teleologica e sistematica”. La specialità bilaterale può costituire un “indizio” esterno e formale di un “rapporto sostanziale di inclusione o subordinazione valoriale”, ma il giudizio di assorbimento deve rivolgersi anche agli interessi tutelati, alla cd. *voluntas legis*, al contesto sistematico nel quale la fattispecie è inserita, alle finalità della pena e alle previsioni edittali, queste ultime considerate non come “criterio assoluto”, ma come indice del disvalore attribuito dal legislatore. Soltanto attraverso tale valutazione

⁵¹² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 455-459

⁵¹³ Riferendo tale teorica all’elaborazione di Mantovani, quanto affermato corrisponderebbe alla “coincidenza tra elemento particolare e fattispecie o sottofattispecie”

⁵¹⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 460-466

può stabilirsi se una fattispecie sia effettivamente idonea a ricomprendere e retribuire anche il disvalore espresso dall'altra.⁵¹⁵

La distinzione assume rilievo, ad esempio, nel rapporto tra truffa e millantato credito, successivamente confluito nella fattispecie del traffico di influenze illecite. L'apparenza del concorso può essere riconosciuta quando gli elementi fattuali utilizzati per integrare la truffa risultino già interamente valorizzati ai fini della tipicità dell'altra fattispecie; qualora, invece, uno dei reati venga realizzato attraverso ulteriori condotte materialmente distinte, non sarebbe possibile utilizzare nuovamente tutti gli stessi elementi fattuali per fondare la tipicità dell'altra norma concorrente.⁵¹⁶

Le teorie strutturali e valoriali a carattere naturalistico condividono il presupposto dell'"unità naturalistica del fatto". Nell'approccio strutturale tale requisito deriva dalla necessità di rinvenire una "convergenza normativa" tra le fattispecie astratte, poiché le norme concorrenti, anche al di fuori della specialità unilaterale, devono convergere sulla "medesima condotta materiale". Le teorie valoriali, al contrario, possono fare riferimento ad una più ampia "unità normativa del fatto", suscettibile di ricomprendere anche situazioni nelle quali i fatti tipici previsti dalle norme concorrenti non siano "materialmente concomitanti".

Nemmeno l'"approccio strutturale" costituisce un tema del tutto unitario, proprio perché le diverse costruzioni elaborate al suo interno possono delimitare in maniera differente il concorso apparente: le teorie della "convergenza normativa" e della "specialità bilaterale" possono condurre a risultati applicativi diversi. La comune collocazione

⁵¹⁵ Con riferimento alla pena, prevista dalla singola disposizione normativa, per determinare il disvalore della stessa, si richiama W. Hassemer e R. Alagna, per i quali risulta molto importante la "cornice edittale" per quanto riguarda gli "scenari gradualistici ed ermeneutici" penalistici, poiché innanzitutto dalla posizione della cornice si ricava il precetto penale, cui deriva la classificazione, ma viene reso evidente anche quello che deve essere il "procedimento di individuazione e applicazione della pena concreta". Secondo tali autori, infatti, la cd. "forbice edittale" pone in relazione "fattispecie e pena". Anche Pelissero evidenzia la rilevanza delle previsioni edittali di pena, con riguardo alla "valutazione degli effetti di potenziale assorbimento". Mantovani, si mostra invece scettico con riguardo all'utilizzo di tale parametro, poiché secondo l'autore le pene vengono determinate per "scopri processuali", e quindi senza far riferimento al "disvalore oggettivo e soggettivo del fatto commesso", per sanzionare in maniera adeguata il fatto di reato. Sulla funzione della cornice edittale e sulla relazione tra fattispecie e pena, ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, cit., 286. Per i richiami a Hassemer, Pelissero e Mantovani, SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 466-467.

⁵¹⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 461-465

nell'ambito delle teorie strutturali non elimina quindi le differenze esistenti tra i singoli criteri attraverso i quali viene definito il perimetro dell'assorbimento normativo.

Le difficoltà applicative proprie dell'approccio strutturale trovano una specifica conferma nella limitata ricezione giurisprudenziale della specialità bilaterale elaborata da De Francesco, la cui ricostruzione ha trovato un espresso riconoscimento giurisprudenziale solo in poche occasioni. Significativa è, in particolare, una pronuncia relativa al rapporto tra l'art. 334 c.p. e l'art. 213 C.d.S., nella quale la Cassazione richiama espressamente la specialità bilaterale e i relativi criteri di soluzione, giungendo tuttavia, nell'individuazione della norma speciale, a quella che Silva qualifica come una sostanziale "inversione" del rapporto tra le fattispecie.⁵¹⁷

Più in generale, Scoletta rileva come l'approccio strutturale abbia trovato espresso riconoscimento in importanti decisioni delle Sezioni Unite, soprattutto in ragione delle prospettive di "legalità e certezza" che tali impostazioni astrattamente prefigurano. Il concreto utilizzo giurisprudenziale di tali criteri non avrebbe però prodotto risultati coerenti con i presupposti teorici e applicativi sui quali essi si fondano, né avrebbe contribuito a rendere maggiormente stabile e prevedibile la disciplina del concorso apparente nel diritto vivente.⁵¹⁸

La ricostruzione dei diversi criteri deve essere infine verificata alla luce delle "concrete modalità di realizzazione dei fatti" e delle soluzioni accolte nella prassi, così da accertare entro quali limiti il dato strutturale possa essere integrato da "indici naturalistici e valoriali".⁵¹⁹

2.7.3.4 La specialità autenticamente in concreto e il legame di stretta strumentalità

Nel complessivo giudizio valoriale di assorbimento possono assumere rilievo anche le concrete "modalità di realizzazione del fatto tipico". Scoletta distingue, in particolare, tra l'ipotesi in cui due fattispecie siano realizzate attraverso un'unica condotta materiale, con gli stessi elementi fattuali utilizzati per entrambi i "giudizi di tipicità", e quella in cui la realizzazione dei due fatti tipici avvenga attraverso una pluralità naturalistica di condotte.

⁵¹⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 148-150

⁵¹⁸ SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505

⁵¹⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 130

L'unicità o la pluralità naturalistica non costituiscono, tuttavia, un criterio automatico per distinguere il concorso apparente dal concorso di reati, ma assumono solo un "valore indicativo" all'interno di una più ampia valutazione.⁵²⁰

La distinzione può essere evidenziata considerando quelle ipotesi nelle quali un reato venga realizzato attraverso una condotta fraudolenta che costituisca contemporaneamente lo strumento di un'altra fattispecie. La valutazione sarà infatti diversa a seconda che la condotta materiale si esaurisca del tutto nello stesso segmento fattuale oppure risulti articolata in una pluralità di comportamenti ulteriori. Ad esempio, nel rapporto tra agiotaggio e false comunicazioni sociali, può distinguersi l'ipotesi in cui l'unica condotta manipolativa del mercato sia quella informativa, realizzata esclusivamente attraverso la falsificazione del bilancio, da quella in cui il fatto di manipolazione venga realizzato anche mediante ulteriori operazioni simulate o fraudolente.

La valorizzazione della "stretta compenetrazione fattuale" corrisponde a quella che Delitala definisce come "autentica" teoria della specialità in concreto, inserita, tuttavia, all'interno di una concezione pluralistica del concorso apparente, poiché tale criterio naturalistico non sostituisce, ma si aggiunge, a quelli di sussidiarietà e consunzione.⁵²¹ La *ratio* rimane infatti di carattere valoriale: l'assorbimento del complessivo disvalore del fatto storico da parte di una sola fattispecie risulta tanto più plausibile quanto più i fatti rilevanti siano gli stessi per entrambe le norme e non siano presenti ulteriori condotte materiali che assumano un'"autonoma rilevanza tipica" ai sensi di una delle disposizioni concorrenti.⁵²²

Il criterio viene ulteriormente precisato attraverso la "stretta funzionalità" di un fatto rispetto all'altro e l'"unicità di contenuto offensivo". In tale prospettiva, il "reato-mezzo" può essere assorbito nel "reato-fine", qualora costituisca l'unico strumento attraverso il quale quest'ultimo viene commesso e il "reato-fine" rappresenti il normale "esito offensivo" del primo. Anche tale rapporto, tuttavia, si può dire che abbia solo un "carattere indiziario" e deve essere integrato attraverso dei giudizi sistematici, relativi anche alle previsioni edittali e alla complessiva proporzionalità sanzionatoria.

⁵²⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 467-469

⁵²¹ DELITALA G., *Concorso di norme*, cit., 104ss

⁵²² SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 468-469

Proprio per tale ragione, non può escludersi che in alcune ipotesi possa verificarsi anche l'esito inverso, ossia che sia il "reato-mezzo" ad assorbire il "reato-fine", qualora il primo descriva e sanzioni un particolare disvalore della condotta e un "pericolo diffuso", mentre il secondo risulti incentrato esclusivamente sul disvalore dell'evento o del danno individuale. Anche in questo caso, perciò, la soluzione non deriva automaticamente dal rapporto cronologico o strumentale tra i fatti, ma dalla "complessiva valutazione del disvalore" che ciascuna fattispecie è in grado di esprimere e retribuire.⁵²³

Il criterio può operare anche rispetto ad una pluralità di fatti distinti, astrattamente riconducibili allo schema del concorso materiale. Scoletta ritiene infatti che l'assorbimento possa essere riconosciuto quando tra fatti "materialmente e strutturalmente eterogenei" sia ravvisabile un rapporto di "stretta e diretta strumentalità funzionale" o di "omogeneità assiologica", tale da consentire che il relativo giudizio di disvalore venga interamente ricompreso in una sola fattispecie. Si realizza così un'"unicità normativa" di fatti naturalisticamente distinti, poiché un solo "tipo criminoso" può comprendere in sé il disvalore di un fatto che sarebbe autonomamente e formalmente tipico ai sensi di un'altra fattispecie concorrente.⁵²⁴

L'individuazione di tale unità normativa richiede allora di valorizzare l'"unità e omogeneità di contesto", l'"unicità e omogeneità di lesione" e, soprattutto, la "compenetrazione funzionale e teleologica", più che quella meramente naturalistica, verificando se il fatto concorrente costituisca il "normale sviluppo offensivo" del reato principale o si inserisca nel normale "iter criminoso".⁵²⁵ La stessa logica si avrebbe anche rispetto al reato complesso e alla progressione criminosa: l'assorbimento dipende dalle "concrete modalità offensive dei fatti", dal loro "rapporto logico e cronologico" e dalla presenza di un "nesso funzionale", dovendosi verificare che il disvalore delle condotte

⁵²³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 469-470

⁵²⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 470-471

⁵²⁵ Si fa riferimento a quanto citato parlando di consunzione, dell'"*id quod plerumque accidit*" e della "stretta strumentalità funzionale", oltre che l'"omogeneità di contesto". Dalla teoria sulla consunzione di Pagliaro, Giacona ha valorizzato il concetto di "normale quadro di vita", dove però, secondo C. Pedrazzi, non assumerebbe rilevanza l'"unicità di lesione", la quale invece potrebbe a rilevare nell'individuazione della "unicità normativa del fatto", anche qualora non vi fossero il "normale quadro di vita e l'unicità di contesto". (Così come citati in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 474)

concorrenti non superi quello proprio della “normale successione offensiva del fatto principale”.⁵²⁶

2.7.3.5 La ridefinizione ermeneutica della tipicità tra confronto strutturale e criteri valoriali

Un ulteriore profilo di particolare interesse riguarda il modo in cui la giurisprudenza riesce talvolta a raggiungere risultati sostanzialmente riconducibili ai criteri di sussidiarietà e consunzione pur continuando formalmente a muoversi nell’ambito del confronto strutturale. Scoletta individua, infatti, una tendenza a ridefinire in via ermeneutica il perimetro della tipicità, così da ridurre l’autonomia delle fattispecie concorrenti e ricondurre ad unità situazioni che, sul piano strutturale, sembrerebbero invece da ricondursi al concorso di reati. Ciò si verifica ad esempio, nel rapporto tra indebita percezione, o truffa ai danni dello Stato, e successiva malversazione.⁵²⁷ Pur essendo stato escluso il concorso apparente sulla base della diversità naturalistica dei fatti e della conseguente impossibilità di applicare il criterio strutturale, Antonio Vallini rileva come possa giungersi all’applicazione della sola fattispecie di frode quando l’impossibilità di destinare effettivamente il finanziamento allo scopo dichiarato sia presente fin dall’origine, perché proprio “tale scopo puramente fittizio e la sua falsa ostentazione” abbiano costituito un passaggio dell’”artificio tipico”. In una simile situazione, la mancata destinazione dei fondi allo scopo concordato costituirebbe il “fisiologico e necessario sviluppo dell’originaria frode”, con la conseguenza che il risultato dell’assorbimento viene raggiunto attraverso una diversa individuazione del contenuto tipico delle norme in concorso.

Tale soluzione non viene quindi ricavata da una relazione strutturale di specialità tra le norme, ma attraverso un’interpretazione teleologicamente orientata della fattispecie, volta ad evitare che il medesimo disvalore venga nuovamente valorizzato ai fini dell’applicazione di una seconda norma incriminatrice. Ciò che assume rilievo è la singola fattispecie che comprende il complessivo disvalore del fatto storico, secondo una logica

⁵²⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 472-473

⁵²⁷ L’Autore ricorda come le Sezioni Unite della Cassazione si siano pronunciate su tale vicenda, escludendo il concorso apparente a causa della “diversità naturalistica dei fatti”, con la conseguenza per cui non sarebbe stato possibile l’utilizzo di un criterio strutturale.

riconducibile al *ne bis in idem* sostanziale e, sul piano dei criteri di risoluzione, alla sussidiarietà e alla consunzione.⁵²⁸

Più in generale, la prassi mostra come il confronto strutturale possa risultare almeno in parte “ingannevole” quando la stessa struttura delle fattispecie venga prima ricostruita in via ermeneutica, attraverso “l’aggiunta o la soppressione di elementi costitutivi impliciti”. In tali ipotesi, valutazioni di carattere assiologico vengono introdotte all’interno di un ragionamento che continua formalmente a presentarsi come strutturale, ridefinendo la tipicità del fatto alla luce dell’offensività espressa anche nel rapporto con la fattispecie concorrente. Ciò che deriva è che il risultato formalmente ricondotto alla specialità può costituire “un’applicazione implicita dei criteri valoriali”, in modo di evitare che norme concorrenti finiscano per reiterare e punire lo stesso giudizio di disvalore.⁵²⁹

2.7.3.6 Sussidiarietà e consunzione in concreto: dimensione tipologica e perimetro funzionale della fattispecie

La valutazione della sussidiarietà e della consunzione deve essere ulteriormente precisata alla luce della “dimensione tipologica” della fattispecie penale. Scoletta propone di verificare se i fatti autonomamente tipici concorrenti siano realizzati, nel caso concreto, secondo modalità coerenti con il “normale quadro di vita” del reato principale⁵³⁰. In questa prospettiva non assume valore decisivo la diversità naturalistica dei fatti, né la loro eterogeneità strutturale: ciò che rileva è stabilire se il contenuto di disvalore della condotta concorrente rimanga ricompreso in quello normalmente inerente alla realizzazione del “tipo di crimine”, oppure se, per le concrete modalità attraverso le quali si manifesta, presenti “un’autonoma eccedenza offensiva”.

Ne consegue che anche fatti, che formalmente sono tipici, e naturalisticamente sono diversi, possono essere assorbiti quando costituiscano “modalità collaterali, concomitanti o strumentali” rispetto alla realizzazione del reato principale e non esprimano un ulteriore

⁵²⁸ VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 532; SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 475

⁵²⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 475ss

⁵³⁰ L'esempio che pone Giacona fa riferimento al rapporto tra omicidio e danneggiamento; a norma della consunzione, si sostiene come il danneggiamento sia una normale conseguenza dell'omicidio, un “effetto collaterale”, “accessorio e concomitante” rispetto all'uccisione, ai sensi della logica dell’*id quod plerumque accidit*, (come citato in SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 479)

offesa. Il concorso di reati dovrà invece essere riconosciuto quando la concreta realizzazione del fatto concorrente “esorbiti” dal limitato disvalore normalmente ricompreso nella “prospettiva tipologica” della fattispecie principale. Il *discrimen* viene così individuato non nella successione o pluralità materiale delle condotte, ma nella loro appartenenza o estraneità al “quadro di vita comunemente inerente” alla concreta attuazione del fatto criminoso.⁵³¹

Proprio tale prospettiva permette di comprendere perché gli effetti dell’assorbimento risultino, nella prassi, più estesi rispetto ai casi nei quali la giurisprudenza richiama espressamente i criteri di sussidiarietà o consunzione. Scoletta parla, in questo senso, di una possibile “cifra nera” della consunzione normativa: diverse ipotesi che normalmente vengono ricondotte all’antefatto o al postfatto non punibili, alla progressione criminosa, al reato eventualmente complesso o ai cd. “reati di passaggio” vengono nella pratica sottratte al concorso di reati senza che sia esplicitata la criteriologia valoriale utilizzata.⁵³² L’autonomia della fattispecie concorrente torna invece ad emergere quando il fatto assuma in concreto una particolare “carica di disvalore oggettivo o soggettivo”, non più ricomprendibile nella sfera di tipicità e di disvalore della fattispecie principale.

Emblematiche sono, in tale prospettiva, le ipotesi nelle quali la condotta concorrente costituisca una modalità che normalmente è riferibile alla realizzazione del reato principale. Con riferimento alla rapina, ad esempio, l’assorbimento delle percosse può essere spiegato in ragione della loro funzione di modalità di esercizio della violenza tipica, mentre un fatto ulteriore che, per intensità o conseguenze, presenti una propria “autonomia offensiva” può giustificare il concorso di reati. Allo stesso modo, il sequestro di persona può perdere autonoma rilevanza quando la privazione della libertà rimanga strettamente funzionale alla realizzazione di un’altra fattispecie, mentre torna ad assumere un proprio disvalore quando la compressione della libertà personale presenti durata o modalità tali da superare quanto normalmente compreso nel reato principale.⁵³³

⁵³¹ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 479-481

⁵³² Paliero fa riferimento a un’ipotesi di “depenalizzazione impropria”, la quale sarebbe un “riconoscimento implicito e inconsapevole del concorso apparente di norme penali già nel momento dell’esercizio dell’azione penale”, PALIERO C. E., *Minima non curat praetor*, cit., 1ss.

⁵³³ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 481-485

Alla luce dell'analisi svolta, emerge come le diverse teorie elaborate in materia di concorso apparente si distinguano soprattutto per il piano sul quale collocano il relativo giudizio. Le teorie valoriali individuano il fondamento dell'assorbimento nel rapporto tra gli interessi tutelati e nel complessivo disvalore espresso dal fatto; quelle naturalistiche valorizzano, invece, la concreta modalità di realizzazione della vicenda criminosa e la capacità di una fattispecie di qualificare integralmente il fatto storico; infine, le teorie strutturali muovono dal confronto tra gli elementi costitutivi delle norme concorrenti, nel tentativo di ricondurre la risoluzione del concorso a criteri certi e controllabili.⁵³⁴

L'esame delle diverse ricostruzioni mostra, tuttavia, come nessuna di esse riesca, se isolatamente considerata, a fornire una soluzione pienamente soddisfacente per tutte le ipotesi di concorso apparente. Le teorie valoriali consentono di tenere conto dell'effettivo disvalore del fatto, ma sono state criticate per l'ampiezza della valutazione rimessa all'interprete; quelle naturalistiche permettono di attribuire rilievo alla concreta vicenda criminosa, rischiando però di rendere la soluzione dipendente dalle particolarità del singolo caso; le teorie strutturali, pur rispondendo alle esigenze di legalità, determinatezza e prevedibilità, possono condurre a risultati fin troppo rigidi quando il confronto tra le fattispecie astratte non consenta di rappresentare adeguatamente il complessivo disvalore del fatto.⁵³⁵

Un recente contributo di Giacona consente di qualificare tale convergenza come un'impostazione "sincretistica". In questa prospettiva, il criterio di consunzione conserva un ruolo centrale, mentre la specialità reciproca e la specialità in concreto non delimitano autonomamente il perimetro dell'assorbimento, ma operano come indici della capacità di una fattispecie di ricomprendere il disvalore dell'altra. La specialità bilaterale non può essere considerata né una condizione necessaria, poiché escluderebbe l'assorbimento tra fatti naturalisticamente diversi, né una condizione sufficiente, perché il confronto astratto non consente di graduare il disvalore concretamente espresso. L'integrazione dei criteri permette, invece, di valorizzare il nucleo offensivo comune, ferma restando la necessità

⁵³⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 124-130, per la ricostruzione comparativa delle teorie valoriali, naturalistiche e strutturali.

⁵³⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 454-466; SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 505-510

di verificare l'eventuale presenza di un *quid pluris* di disvalore nella fattispecie concorrente.⁵³⁶

Può quindi ritenersi acquisito che il problema del concorso apparente non sia risolvibile attraverso l'applicazione "meccanica" di un unico criterio. Il confronto strutturale tra le fattispecie conserva un ruolo necessario, poiché permette di individuare il rapporto esistente tra le norme e di delimitare l'ambito dell'attività lasciata all'interprete; esso deve, tuttavia, essere accompagnato dalla considerazione delle concrete modalità di realizzazione del fatto e dalla verifica dell'autonomia dei diversi profili offensivi. L'assorbimento risulta giustificato quando una sola fattispecie sia idonea a rappresentare integralmente il disvalore della vicenda, mentre il concorso di reati deve essere riconosciuto qualora la fattispecie concorrente esprima un *quid pluris* di disvalore non ricompreso nella norma prevalente.⁵³⁷

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale assume, in questa prospettiva, la funzione di impedire che il medesimo contenuto offensivo venga valutato e sanzionato più volte, senza però determinare l'assorbimento di fatti o profili di disvalore effettivamente autonomi.⁵³⁸ La distinzione tra concorso apparente e concorso di reati richiede, quindi, un giudizio capace di tenere insieme la struttura delle fattispecie, il cd. significato tipologico assunto dal fatto concreto e le esigenze di proporzione della risposta punitiva.

⁵³⁶ GIACONA I., *Considerazioni in tema di ne bis in idem sostanziale, a proposito del libro di Marco Scoletta, Idem Crimen, 2023*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 1/2025, 309-311 e 317-318

⁵³⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 472-485.

⁵³⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 527-535

3.

Il *ne bis in idem* sostanziale: fondamento, contenuto e rapporti con la garanzia processuale

3.1 Il *ne bis in idem* sostanziale quale principio generale del diritto

L'analisi svolta con riferimento al concorso apparente di norme consente ora di muovere dal problema dei suoi criteri risolutivi alla ricerca del fondamento unitario che li accomuna. Proprio il principio del *ne bis in idem* ha progressivamente assunto una posizione centrale quale “garanzia fondamentale della materia penale”, nonostante la riconducibilità del concorso apparente alle istanze del *ne bis in idem* sostanziale fosse già da tempo riconosciuta in dottrina. Come evidenzia Scoletta, tale collegamento era rimasto per lungo tempo generico e debole, poiché non era idoneo ad incidere sull'*an* e sul *quomodo* del concorso apparente, né a svolgere una vera funzione di vincolo per il legislatore o di guida per l'interprete. L'Autore rileva, infatti, come il principale effetto derivante dal richiamo al principio fosse inizialmente quello di porre in evidenza l'insufficienza della limitazione del concorso apparente alla sola “specialità unilaterale”, dalla quale sono derivate, da un lato, le ricostruzioni monistiche volte ad estendere la portata dell'art. 15 c.p. e, dall'altro, quelle pluralistiche che riconoscono l'operatività di ulteriori criteri, quali sussidiarietà e consunzione.⁵³⁹

In tal senso, Silva osserva come le teorie che ampliano l'area del concorso apparente oltre il solo criterio della specialità richiamino frequentemente il *ne bis in idem* sostanziale quale “principio fondante”, riconducendo ad esso l'esigenza di evitare che il medesimo contenuto di disvalore venga sottoposto ad una duplicazione sanzionatoria.⁵⁴⁰ Si tratta di un riferimento che trova riscontro anche nella ricostruzione di Tripodi, secondo il quale sul piano sostanziale la *ratio* del principio coincide con l'esigenza di impedire la “duplice qualificazione” e, di conseguenza, la “duplicazione della sanzione rispetto ad un medesimo fatto”, rispondendo ad un'esigenza di “giustizia individuale” fondata su

⁵³⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 7-8

⁵⁴⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 173

ragioni di “equità e proporzionalità”. Nel nostro ordinamento tale esigenza viene perseguita proprio mediante la criteriologia del concorso apparente, tanto secondo la tesi monista, che riconduce la relativa disciplina alla specialità di cui all’art. 15 c.p., quanto secondo le tesi pluraliste, che fanno leva anche sui criteri di sussidiarietà, assorbimento o consunzione.⁵⁴¹

Il richiamo al *ne bis in idem* sostanziale non costituisce un tema recente, ma alquanto discusso in dottrina. Silva ricorda come il principio sia stato variamente richiamato già da Delitala, Frosali e Antolisei e, con differenti formulazioni, sia stato ricondotto dalla dottrina ad esigenze di giustizia sostanziale. In particolare, Moro, riferendosi all’applicazione materiale del principio processuale del *ne bis in idem*, ne ravvisava il fondamento nell’esigenza che la punizione si mantenga “nei limiti di una effettiva giustizia”; Pagliaro lo qualificava come “elementare principio di giustizia”; M. Romano vi riconosceva una “istanza-guida di giustizia materiale”, mentre più recentemente Federico Consulich ne ha ricondotto l’origine ad un’esigenza equitativa, richiamando il brocardo “*suum cuique tribuere*”.⁵⁴² Tali affermazioni, però, non sono rimaste prive di obiezioni: la stessa Silva richiama Siniscalco, che si pone critico rispetto ad “affermazioni apodittiche” del principio, e Mantovani, sostenitore di tale principio, che non concorda con Siniscalco, poiché ritiene che debba essere fatta una “dimostrazione di stretto diritto positivo”.⁵⁴³

Si può affermare che il *ne bis in idem* non potrebbe essere assunto come principio “autodimostrante”, poiché richiederebbe di essere fondato e precisato nei suoi contenuti.⁵⁴⁴

Anche Ambrosetti riconduce tale problematica alla necessità di verificare se, accanto alla specialità, i criteri di sussidiarietà e consunzione possano trovare spiegazione

⁵⁴¹ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., n.3, 2017, 1048-1049

⁵⁴² L’Autrice richiama l’autorevole dottrina di Romano e Consulich, (così come citati in SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 174); MORO A., *Unità e pluralità di reati*, cit., 81ss; PAGLIARO A., *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in Riv. it. proc. pen., 2013, 1392

⁵⁴³ SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, cit., 61; MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 128

⁵⁴⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 175

nell'esistenza di un principio più ampio, capace di ricondurre ad unità le diverse ipotesi di esclusione del cumulo punitivo.⁵⁴⁵

Si è spesso parlato in dottrina di *ne bis in idem* sostanziale, senza però giungere ad un'univoca definizione, portando la varietà dei significati attribuitigli alla necessità di individuarne con precisione il contenuto. Silva evidenzia come la formula secondo cui “nessuno può essere punito due volte per lo stesso fatto concreto” non consenta da sola, di determinare i criteri mediante i quali debba essere risolto il concorso apparente: si potrebbe, infatti, muovere dai criteri già elaborati per ricostruire successivamente il significato del principio oppure, al contrario, partire dal *ne bis in idem* per ricavarne i canoni risolutivi. Tale indeterminatezza ha condotto una parte della dottrina a dubitare della reale esistenza di un generale *ne bis in idem* sostanziale, tanto che si richiama la posizione critica di Sotis, che ritiene non sia configurabile un principio generale autonomo rispetto ai problemi del concorso di norme e di reati.⁵⁴⁶

La rilevanza del canone non si presenta, come un tema discusso esclusivamente nel nostro ordinamento. Silva richiama il “generalissimo principio universalmente evocato” tanto nella dimensione sostanziale quanto in quella processuale, pur evidenziando come le diverse esperienze giuridiche gli attribuiscono contenuti differenti. Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, il principio viene distinto nelle due dimensioni del divieto di doppia valutazione, *Verbot der Doppelbewertung*, e del divieto di doppia punizione, *Verbot der Doppelbestrafung*; negli ordinamenti di *common law* assume rilievo la regola della *double jeopardy*. La diversa terminologia e la differente collocazione positiva confermano, secondo l'Autrice, come il principio possieda un “nucleo comune” ma presenti un'estensione non uniforme, potendo essere riconosciuto talvolta in entrambe le sue dimensioni e, in altri casi, prevalentemente in quella processuale.⁵⁴⁷

Tornando al nostro ordinamento, il problema fondamentale diviene allora quello di individuare una ricostruzione del *ne bis in idem* sostanziale che possa assumere un'effettiva capacità regolativa. Silva individua a tal riguardo due significativi tentativi di elaborazione dogmatica, riconducibili a Mantovani e Michele Papa, i quali, pur

⁵⁴⁵ AMBROSETTI E. M., *Materia regolata da più leggi penali*, cit., 440-441

⁵⁴⁶ SOTIS C., *Il “fatto” nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Indice penale*, 2017, 467

⁵⁴⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 176-178

seguendo percorsi profondamente differenti, muovono entrambi dall'esigenza di precisare il significato e la portata del principio. È proprio la ricostruzione di Mantovani a compiere per prima il tentativo di verificare, mediante un procedimento di carattere induttivo, se sia possibile individuare nel diritto positivo il fondamento legislativo di un principio generale capace di risolvere il concorso apparente di norme.

Come già emerso dall'analisi della teoria della convergenza normativa, Mantovani muove da una "considerazione unitaria ed armonizzatrice" di una pluralità di dati positivi presenti nell'ordinamento, rinvenendo nei riferimenti normativi degli art. 15, 84, 68 c.p. e nelle numerose clausole di riserva una comune esigenza giuridica: impedire che al medesimo autore vengano addebitati più volte un fatto, che per gli stessi elementi, produce molteplici effetti giuridici.⁵⁴⁸ Le diverse disposizioni sarebbero, in questa prospettiva, manifestazioni di "un unico principio giuridico sopraordinato", identificato proprio nel *ne bis in idem* sostanziale, che viene assunto quale "principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato". Attraverso il procedimento analogico previsto dall'art. 12 delle preleggi, la *ratio* espressa nelle singole norme potrebbe essere estesa alle situazioni non direttamente ricomprese nelle medesime disposizioni ma rispondenti alla stessa esigenza.⁵⁴⁹

Una differente impostazione è rinvenuta da Silva nella ricostruzione di Michele Papa, il quale muovendo dallo Schema di legge delega predisposto dalla Commissione Pagliaro del 1992, che riconosceva espressamente il principio del *ne bis in idem* sostanziale, approfondisce il significato della garanzia interrogandosi sull'"indeterminatezza tipica dei principi" e sulla possibilità di attribuirle un contenuto sufficientemente preciso. L'indagine viene condotta secondo una duplice direzione: da un lato, il principio viene riferito alla medesimezza del fatto, come "*ne bis in idem factum*"; dall'altro, viene ricostruito in relazione al disvalore sostanziale dell'illecito, come "*ne bis in idem crimen*", al fine di impedire che lo stesso giudizio di disvalore venga reiterato. In questa seconda prospettiva assume particolare rilievo la proporzionalità della risposta sanzionatoria rispetto al reato assorbente e al complessivo disvalore delle condotte realizzate.

⁵⁴⁸ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 430, 569ss

⁵⁴⁹ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 581ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 179-182

Silva evidenzia, tuttavia, i limiti di entrambe le possibili letture prospettate da Papa: il riferimento alla sola medesimezza storica del fatto rischierebbe di ricondurre il principio ad un divieto generale di molteplice qualificazione, la cui portata sarebbe difficilmente conciliabile con l'esistenza del concorso formale di reati; il riferimento esclusivamente valoriale, invece, pur presentando una maggiore capacità regolativa, continuerebbe ad esigere l'individuazione di criteri ulteriori, quali sussidiarietà, consunzione o progressione, mediante i quali stabilire quando vi sia effettivamente una reiterazione del medesimo giudizio di disvalore. Per l'Autrice, proprio questo dimostra come non sia sufficiente richiamare genericamente il *ne bis in idem*, ma sia necessario determinarne il contenuto precettivo e i presupposti di applicazione.

La diversa costruzione di Papa ha comunque il merito di mostrare come la portata del *ne bis in idem* sostanziale non possa essere confinata alle sole relazioni strutturali di specialità. La tradizionale critica ad un'estensione indiscriminata del principio, che determinerebbe l'annullamento del concorso formale, non esclude infatti che il canone possa assumere una funzione più ampia, purché venga individuato il rapporto in forza del quale la pluralità delle qualificazioni determinerebbe una duplicazione del medesimo disvalore. Il principio trova un significato effettivo soltanto quando sia in grado di costituire uno "strumento di individuazione di un ambito del concorso apparente di norme più ampio della sola specialità", poiché la disciplina della specialità esaurisce soltanto una parte delle ipotesi di concorso apparente.⁵⁵⁰

Proprio in tale prospettiva assume rilievo il passaggio, sottolineato anche da Scoletta, che ha condotto al riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale come "principio generale" dell'ordinamento. Tale affermazione, ricondotta in particolare a Mantovani, viene ottenuta induttivamente dall'insieme delle disposizioni che regolano il concorso normativo, tra le quali gli art. 15, 68 e 84 c.p. e le numerose clausole di riserva. Scoletta precisa, tuttavia, come il riconoscimento del principio non abbia automaticamente risolto il problema della delimitazione del concorso apparente, proprio perché per lungo tempo al *ne bis in idem* è stata attribuita soprattutto una funzione equitativa, rivolta ad evitare

⁵⁵⁰ PAPA M., *Le qualifiche giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 45-46 e 75ss

una risposta punitiva sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, senza che ne venisse adeguatamente precisato il contenuto normativo.⁵⁵¹

Silva muove da tale problematica per affermare che, pur in assenza nel nostro ordinamento di una disposizione che formuli espressamente il *ne bis in idem* sostanziale in termini analoghi alla sua corrispondente regola processuale, esso possa essere ricostruito come un vero e proprio principio generale del diritto. La sua dimensione sostanziale consiste nel “divieto di doppia valutazione del medesimo fatto”, da intendersi come divieto di una pluralità di qualificazioni giuridiche quando le fattispecie che sono integrate dallo stesso fatto siano tra loro in un rapporto tale da determinare la duplicazione del contenuto di disvalore. Il principio risponde, secondo l’Autrice, ad esigenze di “giustizia sostanziale e di equità”, ma deve al contempo trovare un contenuto normativo sufficientemente determinato da poter operare all’interno della disciplina del concorso apparente.

Per dare contenuto al *ne bis in idem* quale principio generale, Silva approfondisce la stessa categoria dei “principi generali del diritto”. Richiamando Bobbio, evidenzia innanzitutto come i principi non costituiscano una categoria semplice ed unitaria e come sotto la medesima espressione vengano frequentemente ricondotte realtà differenti. Il dibattito ha tradizionalmente riguardato la loro origine, la loro appartenenza al sistema e il fondamento della relativa validità, ma ciò non impedisce di riconoscere l’esistenza di principi espressi o inespressi. Questi ultimi non sono direttamente formulati in una disposizione, ma vengono, secondo Vassalli, ricavati mediante “il vecchio metodo delle progressive astrazioni da norme particolari ora da giudizi di valore assiologici ed ora da principii ormai saldamente acquisiti”. La natura penalistica non impedirebbe di ammettere l’esistenza dei principi inespressi. Il principio di legalità non escluderebbe, infatti, che nel diritto penale possano operare principi ricavati attraverso processi di “astrazione e generalizzazione” delle singole disposizioni legislative. A conferma Vassalli, parla di principi ormai acquisiti alla materia penalistica nonostante la loro originaria natura inespressa, quali la proporzionalità, la difesa sociale e, in particolare, il principio di offensività, richiamando il cd. “principio di materialità”. La possibilità di ricavare principi generali anche nella materia penale non comporta dunque il superamento

⁵⁵¹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 7-8

della legalità, ma richiede che essi siano ricostruiti a partire dal sistema normativo e utilizzati secondo una funzione coerente con esso.⁵⁵²

La funzione dei principi generali non si esaurisce, inoltre, nella mera integrazione delle lacune. Citando le ricostruzioni di Emilio Betti e Vezio Crisafulli, si può conferire loro anche una funzione interpretativa e costruttiva: i principi consentono di determinare la posizione delle norme particolari subordinate, costituendo le ragioni dalle quali queste possono essere ricavate e, inversamente, fungendo da criterio attraverso cui interpretarle. Il principio generale inespresso del *ne bis in idem* sostanziale, proprio in ragione della sua diretta rilevanza normativa, sarebbe quindi suscettibile tanto di essere ricavato dalle disposizioni particolari quanto, una volta individuato, di operare quale criterio interpretativo delle stesse. Riccardo Guastini distingue tra i “ragionamenti nei quali un principio funge da conclusione” e quelli nei quali esso “funge da premessa”, mostrando la circolarità che caratterizza il rapporto tra principio generale e norme particolari.

Alla luce di tale ricostruzione, la presenza nel nostro ordinamento degli art. 15, 68 e 84 c.p. e delle numerose clausole di riserva costituisce per Silva un importante dato positivo dal quale desumere il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale. Queste disposizioni non esauriscono però il suo significato, poiché il principio emerge dallo “spirito del sistema” e non soltanto da una “stretta deduzione” delle singole norme. Attraverso una ricostruzione che muove dalle esigenze di equità, certezza del diritto, legalità ed uguaglianza poste alla base della disciplina della duplicazione sanzionatoria, insieme alla lettura trasversale delle “norme codicistiche, della Carta costituzionale, delle norme sovranazionali, comprese quelle della CEDU”, il *ne bis in idem* acquista così una funzione sistematica autonoma, destinata a guidare l’individuazione dell’effettiva area del concorso apparente.⁵⁵³

Il riconoscimento del principio inespresso non ha, tuttavia, eliminato l’esigenza di una sua espressa codificazione; per questo Silva ricorda come proprio l’incertezza relativa alla sua portata e ai rapporti con il principio di specialità abbia determinato diversi tentativi di intervento legislativo. Il Progetto Grosso affiancava alla specialità un criterio valoriale volto ad applicare, quando il medesimo fatto fosse riconducibile a più

⁵⁵² SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 186-190

⁵⁵³ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 189-192

disposizioni, quella capace di esprimerne “per intero il disvalore”; il Progetto Nordio prevedeva che “nessuno possa essere punito più di una volta per il medesimo fatto”; allo stesso modo, il Progetto Pisapia riconosceva espressamente il *ne bis in idem* sostanziale, prevedendo l’applicazione della disposizione capace di esprimere per intero il disvalore del fatto quando questo fosse riconducibile a più fattispecie e non operasse una deroga legislativa. Tali progetti testimoniano, secondo l’Autrice, l’esigenza di dare al principio un ancoramento positivo e di chiarirne il rapporto con la specialità e con gli ulteriori criteri del concorso apparente.

Infine, il *ne bis in idem* sostanziale può essere ricostruito quale principio generale del diritto, volto ad impedire che lo stesso disvalore venga sottoposto ad una doppia valutazione e risposta punitiva. La sua funzione non si esaurisce nella specialità unilaterale, ma costituisce il fondamento dell’esigenza di individuare, nell’ambito delle fattispecie convergenti, i casi nei quali la pluralità delle qualificazioni si tradurrebbe nella reiterazione dello stesso giudizio di disvalore.⁵⁵⁴

La riconduzione del *ne bis in idem* sostanziale ad un principio generale consente così di dare una base unitaria alla disciplina del concorso apparente, pur non resolvendo il problema della determinazione del suo esatto contenuto precettivo e dei criteri attraverso i quali tale principio debba concretamente operare.⁵⁵⁵

3.2 Il fondamento costituzionale inespresso e la precettività del *ne bis in idem* sostanziale

Una volta ricostruito il *ne bis in idem* sostanziale quale principio generale dell’ordinamento, si pone il problema di individuarne il rango e, soprattutto, di verificare se esso possa assumere una dimensione costituzionale, nonostante l’assenza di una disposizione che lo preveda espressamente. Come osserva Silva, il riconoscimento di un principio generale non può infatti risolversi nella “mera evocazione di generiche esigenze di equità o di giustizia sostanziale”, ma richiede di individuare le ragioni normative della sua validità e il contenuto precettivo che da esso possa derivare. La questione investe

⁵⁵⁴ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 196-198

⁵⁵⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen.*, cit., 7-9

quindi, da un lato, il fondamento del principio e, dall'altro, la possibilità che questo venga utilizzato non soltanto per spiegare *ex post* le soluzioni previste dal legislatore in materia di concorso apparente, ma anche come autonomo parametro di interpretazione dell'ordinamento.

La presenza di alcune, già citate, disposizioni consente di desumere l'esistenza di una comune *ratio* di assorbimento; tuttavia, il riconoscimento di una dimensione propriamente costituzionale richiede un passaggio ulteriore, poiché non è sufficiente dimostrare che il principio sia ricavabile dal diritto positivo ordinario, dovendosi stabilire se le esigenze da esso espresse trovino una corrispondenza nei valori tutelati dalla Costituzione.⁵⁵⁶

Proprio su tale profilo si concentra la più recente dottrina, come il penalista Giacona, il quale ricostruisce il *ne bis in idem* sostanziale come principio strettamente connesso alla personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, Cost., alla finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, co. 3, Cost., al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e, più in generale, alla tutela dei diritti inviolabili riconosciuta dall'art. 2 Cost. Il principio, secondo l'Autore, ha inoltre assunto una particolare rilevanza attraverso il crescente riconoscimento del principio di proporzionalità, il cui fondamento viene a sua volta individuato negli art. 3 e 27, co. 3, Cost. e, sul piano sovranazionale, nell'art. 49, co. 3, CDFUE.⁵⁵⁷

Il collegamento con la proporzionalità trova una propria ragione nel fatto che la pena deve risultare adeguata al concreto disvalore dell'illecito. Quando la stessa condotta sia suscettibile di integrare più fattispecie incriminatrici, il cumulo delle relative conseguenze punitive deve quindi trovare una giustificazione ulteriore, poiché la reiterazione della valutazione del medesimo contenuto di illecito potrebbe tradursi in una risposta

⁵⁵⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 186-193

⁵⁵⁷ Art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene:

“1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”

sanzionatoria eccedente rispetto al fatto realizzato. Giacona osserva, sotto questo profilo, come il *ne bis in idem* sostanziale si presenti oggi quale “principio strettamente collegato alle istanze di proporzionalità”, dovendosi verificare se la pluralità delle qualificazioni giuridiche corrisponda effettivamente ad una pluralità di disvalori autonomi o se, al contrario, determini la duplicazione della valutazione di un medesimo fatto.⁵⁵⁸

Anche Scoletta individua proprio nel rapporto con il principio di proporzionalità uno dei possibili fondamenti costituzionali del *ne bis in idem* sostanziale. L’Autore muove però da una precisazione: non sarebbe sufficiente qualificare il principio quale “generica esigenza politico-criminale di equità”, poiché una simile affermazione non consentirebbe di trasformarlo in un vero parametro giuridico. La ricerca deve essere condotta, piuttosto, all’interno delle coordinate costituzionali del sistema penale, verificando se il divieto di reiterare il medesimo giudizio di disvalore possa ricavarsi da principi già riconosciuti a livello costituzionale e, in particolare, da quelli che impongono una risposta sanzionatoria proporzionata alla gravità effettiva dell’illecito.⁵⁵⁹

Il rapporto tra *ne bis in idem* e proporzionalità non deve, tuttavia, essere inteso come una completa coincidenza tra i due principi. Scoletta evidenzia come una risposta punitiva possa, astrattamente, rimanere proporzionata anche quando sia il risultato del cumulo di più sanzioni; ciò significa che il principio di proporzionalità, considerato isolatamente, non conduce necessariamente all’assorbimento di una delle fattispecie concorrenti. Il *ne bis in idem* sostanziale esprime invece un’esigenza ulteriore e più specifica, diretta ad impedire che il medesimo elemento di disvalore venga computato più volte nella qualificazione giuridica e nella risposta sanzionatoria. La proporzionalità costituisce quindi un importante fondamento del principio, ma non ne esaurisce interamente il significato.

In questa prospettiva, Scoletta pone in rilievo come il problema emerga soprattutto quando la pluralità delle qualificazioni giuridiche non corrisponda ad una effettiva pluralità di contenuti offensivi, ma porti a valorizzare più volte lo stesso elemento fattuale o lo stesso nucleo di disvalore. In tali ipotesi, l’ulteriore sanzione non rappresenterebbe

⁵⁵⁸ GIACONA I., *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sistema penale*, 2023, 12-13

⁵⁵⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 287

la reazione ad un autonomo illecito, ma finirebbe per duplicare una valutazione già integralmente compresa nella fattispecie destinata a prevalere. È qui che il *ne bis in idem* sostanziale assume una propria funzione prescrittiva, ponendosi come limite alla reiterazione del medesimo giudizio di disvalore e concorrendo, al contempo, alla realizzazione della “proporzionalità della pena”.⁵⁶⁰

Scoletta ritiene che la ricostruzione del principio non può comunque essere fondata solo sulla proporzionalità e nell’indagine dedicata al suo fondamento costituzionale, l’Autore evidenzia come le diverse costruzioni dogmatiche elaborate in materia di concorso apparente, reato complesso e assorbimento siano espressione di una pluralità di esigenze proprie del sistema penale, riconducibili non soltanto alla proporzionalità, ma anche alla personalità della responsabilità penale, all’offensività, alla colpevolezza e all’uguaglianza. Il *ne bis in idem* sostanziale può essere ricostruito attraverso la convergenza di una pluralità di principi costituzionali, ciascuno dei quali contribuisce a vietare che la medesima porzione di disvalore venga imputata e sanzionata più volte nei confronti dello stesso soggetto.⁵⁶¹

Una prospettiva in parte analoga, ma maggiormente ancorata alla tipicità, è proposta da Vallini, il quale riconduce il *ne bis in idem* sostanziale alla convergenza dei principi di legalità, ragionevolezza e proporzionalità. Secondo l’Autore, la duplicazione punitiva diviene problematica quando, per affermare la contemporanea integrazione di più fattispecie, sia necessario computare più volte i medesimi elementi strutturali del fatto, senza che ad essi corrisponda una effettiva pluralità di profili offensivi. Il divieto non esclude, quindi, ogni concorso fondato sulla medesima condotta, ma richiede che alla pluralità dei titoli di reato corrisponda una reale pluralità di elementi tipici e di disvalori autonomi. In questa prospettiva, la proporzionalità non opera come un autonomo criterio equitativo rimesso all’interprete, ma concorre a impedire la reiterazione di valutazioni punitive già incorporate nella struttura delle fattispecie.⁵⁶²

Sotto tale profilo, il carattere inespresso del principio non ne esclude la dimensione costituzionale, ma rende necessario individuarne il fondamento mediante una lettura

⁵⁶⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 290-298

⁵⁶¹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 445ss

⁵⁶² VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 529-531

sistematica della Costituzione. Scoletta mostra infatti come non sia possibile trovare una singola disposizione costituzionale dalla quale ricavare immediatamente il divieto, ma evidenza come le istanze sottese al *ne bis in idem* sostanziale emergano dall'interazione tra diversi principi del diritto penale costituzionale. Non è necessario quindi individuare una nuova regola estranea al sistema, poiché grazie alla sintesi di garanzie già riconosciute dall'ordinamento, alla concreta unità del disvalore non corrisponderà una ingiustificata moltiplicazione della risposta punitiva.⁵⁶³

Una posizione a sostegno è quella di Giacona, il quale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ed europea, ritiene che il *ne bis in idem* sostanziale abbia ormai assunto una vera "dimensione costituzionale". L'Autore richiama, in particolare, la centralità della proporzionalità e osserva come il giudice, nell'ipotesi di convergenza di più fattispecie punitive sul medesimo fatto, debba anzitutto verificare se si sia in presenza di concorso apparente o formale, secondo le regole del diritto penale sostanziale. Il problema della duplicazione sanzionatoria nasce infatti già sul piano della qualificazione del fatto e non solo nel momento successivo in cui intervengano distinti procedimenti.

Nella ricostruzione di questo Autore assumono rilievo anche l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE⁵⁶⁴, che consacrano il diritto a non essere nuovamente perseguito o condannato dopo una decisione definitiva. Il riferimento, nelle rispettive formulazioni, tanto alla reiterazione del giudizio quanto alla duplicazione della punizione può essere valorizzato quale ulteriore elemento a sostegno della duplice dimensione, processuale e sostanziale, della garanzia. Tale riferimento sovranazionale viene quindi utilizzato come ulteriore elemento a sostegno della dimensione sostanziale del divieto, il cui fondamento

⁵⁶³ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 445ss

⁵⁶⁴ Art. 4 Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali: *Ne bis in idem*

"1 Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrizione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

2 Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso.

3 Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione."

Art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato

"Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge."

rimane tuttavia strettamente connesso, sul piano interno, ai principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della pena.⁵⁶⁵

Come evidenzia Silva, il riconoscimento del rango costituzionale del principio pone, a questo punto, il problema della sua effettiva precettività, e non sarebbe sufficiente affermare in termini generali che nessuno possa essere punito due volte per il medesimo fatto, poiché una simile formulazione non chiarirebbe né quale sia l'*idem* rilevante, né quando la pluralità delle qualificazioni debba essere considerata un *bis* vietato. La vera difficoltà consiste, quindi, nell'individuazione di criteri che consentano di distinguere la legittima attribuzione di autonomi disvalori dalla reiterazione della medesima valutazione normativa. È proprio su tale piano che il principio deve acquistare un contenuto "realmente precettivo".

L'Autrice ritiene, sotto questo profilo, che il contenuto del *ne bis in idem* sostanziale non possa essere determinato attraverso una prospettiva esclusivamente strutturale né, all'opposto, mediante una valutazione puramente assiologica. Il principio deve operare attraverso una combinazione tra la struttura delle fattispecie e il loro contenuto di disvalore, poiché la sola convergenza sul medesimo fatto non è sufficiente a dimostrare che vi sia una duplicazione punitiva, così come una generica affinità valoriale non permette di stabilire con sufficiente determinatezza il confine tra concorso apparente e concorso di reati. Il problema diviene quello di individuare se le fattispecie concorrenti esprimano contenuti autonomi oppure se una di esse comprenda già il disvalore espresso dall'altra.

In tal senso, il principio del *ne bis in idem* sostanziale viene ad assumere una funzione di orientamento dei criteri risolutivi del concorso apparente. Silva individua nella specialità e nella consunzione gli strumenti attraverso i quali può essere verificato se la pluralità normativa debba tradursi in una pluralità di responsabilità o se, invece, una fattispecie sia destinata ad assorbire l'altra. In particolare, nelle ipotesi nelle quali non sia ravvisabile una relazione strutturale di specialità, la consunzione consente di valorizzare il rapporto sostanziale esistente tra gli illeciti e di verificare se il disvalore espresso dalla fattispecie meno grave risulti già normalmente compreso in quello della fattispecie prevalente. Il principio generale non sostituisce quindi i criteri del concorso apparente, ma ne

⁵⁶⁵ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 13-17

costituisce la ragione unitaria e il parametro in funzione del quale essi devono essere interpretati.⁵⁶⁶

Sotto questo profilo, Giacona precisa che l'esigenza di determinatezza non può essere utilizzata in chiave rigoristica per escludere l'operatività della consunzione, perché infatti la tassatività della norma penale risponde ad "istanze di *favor libertatis*" e opera rispetto alle disposizioni incriminatrici o comunque sfavorevoli, non anche nei confronti degli istituti diretti a restringere l'area della punibilità. Anche la prevedibilità elaborata in sede europea conserva una funzione garantistica e deve essere coordinata con la proporzionalità e con il *ne bis in idem* sostanziale. Ne deriva che l'elasticità del criterio di consunzione non è, di per sé, sufficiente a impedirne l'impiego, almeno nelle ipotesi in cui l'assorbimento possa essere ricostruito con sufficiente chiarezza alla luce del "quadro normale di vita".⁵⁶⁷

Anche Scoletta insiste sulla necessità che il *ne bis in idem* sostanziale non rimanga una mera "bussola" assiologica priva di capacità selettiva. Se il principio fosse inteso come semplice esigenza di evitare pene eccessive, finirebbe infatti per sovrapporsi alla proporzionalità, senza offrire un criterio ulteriore per distinguere il concorso apparente da quello reale. La sua capacità precettiva emerge, invece, quando si individua l'esistenza di una duplicazione dello stesso contenuto di illecito e si riconosce che una delle fattispecie è già idonea a rappresentare, in modo sufficiente, il disvalore complessivo del fatto. In tale prospettiva, il *ne bis in idem* diviene un criterio di razionalizzazione del sistema, volto ad impedire che la pluralità formale delle qualificazioni si traduca automaticamente in una pluralità delle pene.⁵⁶⁸

Il principio non può tuttavia condurre ad una indiscriminata eliminazione del concorso di reati. Scoletta sottolinea infatti come l'esistenza di una medesima base fattuale non escluda che le fattispecie concorrenti siano portatrici di autonomi contenuti offensivi, rispetto ai quali il cumulo delle responsabilità e delle sanzioni può risultare giustificato. Il *ne bis in idem* sostanziale opera soltanto quando la seconda qualificazione non aggiunga un ulteriore disvalore, ma si limiti a reiterare una valutazione già compiutamente espressa

⁵⁶⁶ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 198ss

⁵⁶⁷ GIACONA I., *Istanze europee di ne bis in idem e posizioni attuali della dottrina italiana sul concorso apparente di reati*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2022, 394-395

⁵⁶⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 286ss

dalla fattispecie prevalente. Da ciò deriva la necessità di distinguere tra una effettiva pluralità di illeciti e una pluralità meramente normativa, nella quale il medesimo contenuto di disvalore viene artificiosamente frammentato in più fattispecie.⁵⁶⁹

Il riconoscimento costituzionale del principio non elimina le difficoltà derivanti dalla discrezionalità legislativa. Entrambi gli Autori evidenziano, infatti, che non ogni previsione di un cumulo punitivo può essere automaticamente considerata costituzionalmente illegittima, poiché il legislatore conserva la possibilità di attribuire autonoma rilevanza a differenti profili di disvalore. La dimensione costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale opera quindi soprattutto come limite alla duplicazione irragionevole e sproporzionata del medesimo contenuto di illecito, imponendo che il cumulo trovi una giustificazione nella presenza di autonome esigenze di tutela e non nella mera reiterazione della stessa valutazione.⁵⁷⁰

Ne deriva che la qualificazione *del ne bis in idem* sostanziale quale principio costituzionale inespesso non discende da una singola disposizione, ma dalla convergenza di una “pluralità di garanzie”: “personalità della responsabilità penale, uguaglianza, proporzionalità, offensività, colpevolezza e finalità rieducativa della pena”. Il principio acquista così una propria precettività nella misura in cui impone di evitare che un medesimo contenuto di disvalore venga duplicato mediante una pluralità di qualificazioni e di conseguenze punitive, ferma restando la possibilità del concorso reale quando le fattispecie esprimano autonome ragioni di tutela. Il *ne bis in idem* sostanziale si configura, quindi, non come una “generica istanza di equità”, ma come criterio sistematico attraverso il quale assicurare che la risposta punitiva rimanga aderente all’effettivo disvalore del fatto e che alla medesima valutazione normativa non corrisponda una ingiustificata reiterazione della pena.⁵⁷¹

3.3 Rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale

3.3.1 Diversità di fondamento e funzione

⁵⁶⁹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 448-450; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 200ss

⁵⁷⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 448-450; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 193ss

⁵⁷¹ In tal senso concordano i già citati Autori: SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 445ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 186ss; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12ss

La ricostruzione del *ne bis in idem* sostanziale rende necessario confrontarsi con il diverso versante processuale del principio, evitando però nell'analisi di ricondurre le due garanzie ad una figura indistinta. Proprio la difficoltà di separarne con precisione i rispettivi contenuti ha determinato, nella riflessione dottrinale e giurisprudenziale, una frequente sovrapposizione tra piani che rispondono, invece, a differenti esigenze e presentano differenti presupposti applicativi. Scoletta muove, infatti, dalla necessità di chiarire quella che definisce la “confusione dei contenuti precettivi del principio” e, soprattutto, dall’ “importanza di distinguere le distinzioni”: il riferimento al *ne bis in idem* può assumere significati diversi a seconda che venga in rilievo la valutazione sostanziale del fatto ovvero la possibilità di sottoporre nuovamente la persona ad un procedimento avente ad oggetto una vicenda già giudicata. La comune “matrice garantistica” non consente, perciò, di identificare i due piani, i quali devono essere mantenuti concettualmente autonomi per poter poi ricostruire correttamente i rapporti che intercorrono tra essi.⁵⁷²

Tale distinzione emerge anzitutto considerando il diverso oggetto delle due garanzie. Sul piano processuale, il *ne bis in idem* opera nei confronti della “reiterazione dell’esercizio della potestà giurisdizionale” rispetto ad una vicenda che sia già stata definitivamente giudicata. La garanzia si concentra, quindi, sul rapporto tra un precedente giudizio e la possibilità di instaurarne un secondo, assumendo a riferimento *l’idem factum*. Sul piano sostanziale, al contrario, il problema sorge già all’interno della qualificazione giuridica del fatto, quando una medesima vicenda concreta risulti astrattamente riconducibile a più fattispecie punitive e occorra stabilire se queste debbano concorrere oppure se una sola di esse sia sufficiente ad esprimere il complessivo contenuto di disvalore. È proprio per questa ragione che l’Autore distingue la “garanzia processuale: *ne bis in idem factum* e giudicato” dalla diversa garanzia sostanziale, fondata invece sull’*idem crimen*.⁵⁷³

La *ratio* del *ne bis in idem* processuale si collega, in primo luogo, alla stabilità della decisione giudiziaria e alla tutela della persona rispetto alla reiterazione dell’azione punitiva. Tripodi riconduce la garanzia, in riferimento al piano processuale, al “divieto di procedere una seconda volta” rispetto al medesimo fatto già definitivamente giudicato. La definitività della decisione assume così un ruolo essenziale, perché è da quel momento

⁵⁷² SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 402-405; nel medesimo senso GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12

⁵⁷³ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 406ss

che l'ordinamento impedisce di riaprire nei confronti della stessa persona una nuova vicenda processuale avente il medesimo oggetto. Alla tradizionale esigenza di certezza dell'ordinamento si affianca quindi una garanzia di carattere individuale, diretta ad evitare che il soggetto rimanga, in via indefinita, esposto all'esercizio della potestà punitiva statale.⁵⁷⁴

La stessa ricostruzione consente, peraltro, di superare una lettura esclusivamente oggettiva della garanzia processuale. La razionalizzazione dei tempi e delle risorse giudiziarie e l'esigenza di impedire conflitti tra giudicati non esauriscono, infatti, il fondamento del principio. Tripodi sottolinea come il *ne bis in idem* processuale presenti anche un "profilo funzionale di garanzia strettamente individuale", proprio perché sottrae chi sia già stato definitivamente giudicato alla possibilità di essere nuovamente assoggettato ad una serie potenzialmente indefinita di procedimenti. Ne risulta valorizzata la certezza non soltanto in senso oggettivo, quale stabilità dell'ordinamento, ma anche nella sua dimensione soggettiva, quale protezione della posizione individuale rispetto all'instabilità che deriverebbe dalla continua riapertura della vicenda giudiziaria.

Ai sensi di tale funzione, sul versante processuale l'*idem* viene ricostruito facendo riferimento al fatto nella sua dimensione empirico-naturalistica, cui Scoletta dedica particolare attenzione sottolineando la "necessaria dimensione empirico-naturalistica dell'*idem factum* processuale": ciò che deve essere confrontato non è solo il *nomen iuris* attribuito al comportamento, bensì la vicenda storica sottoposta a giudizio. La garanzia perderebbe infatti gran parte della propria capacità protettiva se la possibilità di celebrare un nuovo processo dipendesse semplicemente dalla modificazione della qualificazione giuridica attribuita al medesimo accadimento. La diversità delle norme incriminatrici richiamate nei due procedimenti non è quindi, di per sé, sufficiente ad escludere l'identità del fatto ai fini processuali.

L'*idem factum* processuale viene poi individuato attraverso gli elementi concreti della vicenda storica, ricostruendo l'accadimento nella sua "realtà fenomenica" e non attraverso la sua "qualificazione normativa". È in questo senso che Scoletta parla dell'"estensione naturalistica dello stesso fatto processuale", evidenziando come il giudizio di identità non possa essere ristretto alla verifica della coincidenza tra le

⁵⁷⁴ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1049-1050

fattispecie astratte applicate nel primo e nel secondo procedimento. La tutela opererebbe, altrimenti, solo in presenza di una perfetta identità giuridico-formale tra le imputazioni, lasciando aperta la possibilità di sottoporre nuovamente a giudizio la stessa vicenda mediante una diversa costruzione normativa. L'“identità processuale” deve quindi essere ricercata sul piano dell'“accadimento concreto”, pur dovendo l'interprete stabilire quali componenti della vicenda siano effettivamente rilevanti per determinare la coincidenza tra i fatti posti a fondamento dei due giudizi.⁵⁷⁵

È proprio in questo passaggio che emerge la differenza rispetto al *ne bis in idem* sostanziale, il quale non ha come oggetto immediato la reiterazione del processo, ma la duplicazione della qualificazione e della risposta punitiva rispetto ad un contenuto di illecito che l'ordinamento possa considerare unitario. Scoletta sposta quindi l'attenzione dall'*idem factum* all'*idem crimen*: il problema non consiste più soltanto nell'accertare se il fatto storico sia materialmente il medesimo, ma nel verificare se la pluralità delle fattispecie astrattamente applicabili esprima effettivamente una pluralità di illeciti oppure costituisca una diversa qualificazione normativa dello stesso contenuto criminoso. La garanzia sostanziale presenta così una “dimensione normativa del fatto”, in quanto la medesimezza rilevante non può essere ricavata solo dall'“identità materiale dell'azione o dell'evento”.⁵⁷⁶

L'unità del fatto in senso sostanziale richiede dunque un giudizio ulteriore rispetto alla “mera coincidenza empirica”, poiché una stessa condotta può assumere, nell'ordinamento, più significati normativi e può ledere interessi distinti, sicché l'identità naturalistica non è sufficiente ad affermare l'esistenza di un unico illecito. Al contrario, fattispecie formalmente differenti possono risultare rivolte a descrivere lo stesso contenuto criminoso e, in tal caso, la loro contemporanea applicazione determinerebbe la duplicazione che il *ne bis in idem* sostanziale è volto ad impedire. La medesimezza del fatto sostanziale è dunque una medesimezza che deve essere ricostruita alla luce del significato attribuito dall'ordinamento alle diverse fattispecie coinvolte.

In questa prospettiva assume rilievo anche il collegamento tra *ne bis in idem* sostanziale e concorso apparente di norme, poiché non basta constatare che più disposizioni siano

⁵⁷⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 411-417

⁵⁷⁶ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 418ss

astrattamente applicabili alla stessa vicenda, poiché occorre verificare se la loro applicazione concorrente sia realmente necessaria per esprimere l'intero disvalore oppure produca un'indebita duplicazione della valutazione penalistica. Il *ne bis in idem* sostanziale costituisce allora il principio che impone di interrogarsi sull'unità o pluralità normativa dell'illecito e, quindi, sul carattere reale o soltanto apparente del concorso. La specialità, la sussidiarietà e la consunzione intervengono all'interno di tale problema quali criteri attraverso i quali può essere individuata la norma destinata, nel caso concreto, ad esaurire il contenuto di disvalore rilevante.⁵⁷⁷

Proprio l'impossibilità di risolvere ogni ipotesi sulla base di un unico rapporto logico-formale conduce l'Autore ad attribuire rilievo alle teorie che valorizzano il contenuto delle fattispecie e il rapporto tra gli interessi tutelati. Il percorso ricostruttivo conduce infatti alla "necessaria adesione all'impostazione pluralistica e alle teorie valoriali del concorso apparente", nel senso che la sola struttura formale delle norme non appare sempre sufficiente a stabilire se la pluralità delle qualificazioni debba tradursi in una pluralità di sanzioni. In questa ricostruzione, il *ne bis in idem* sostanziale opera quale criterio di fondo che vieta di moltiplicare la risposta punitiva quando le diverse fattispecie, pur formalmente autonome, esprimano sostanzialmente il medesimo contenuto di illecito.⁵⁷⁸

Una distinzione analoga è sviluppata da Silva, che affronta espressamente il rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale interrogandosi sulla possibile "fungibilità" delle rispettive ricostruzioni. La conclusione è nel senso della necessità di preservarne l'autonomia: l'interpretazione elaborata per l'uno non può essere automaticamente trasferita all'altro, poiché vi è una differenza nella funzione, nell'oggetto e nel momento nel quale ciascuna garanzia opera. Il *ne bis in idem* processuale interviene in presenza di un precedente giudizio e pone un limite alla reiterazione dell'attività processuale; quello sostanziale opera invece già nella fase di individuazione della disciplina applicabile alla vicenda, allo scopo di stabilire se la pluralità delle disposizioni individuabili debba tradursi in una pluralità di conseguenze punitive.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 421ss

⁵⁷⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 430ss

⁵⁷⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 206-210

Il fatto che entrambi siano riconducibili all'esigenza di evitare duplicazioni non permette, quindi, di farne un unico principio.

Vallini rende particolarmente evidente tale autonomia osservando come possa verificarsi un *bis in idem* processuale senza una corrispondente duplicazione sostanziale, quando il soggetto sia sottoposto a più procedimenti ma venga infine punito una sola volta; e, un *bis in idem* sostanziale senza una duplicazione processuale, quando all'interno di un unico giudizio il medesimo fatto venga qualificato alla stregua di una pluralità di reati. La distinzione conferma come la garanzia processuale abbia ad oggetto la reiterazione dell'attività giudiziale, mentre quella sostanziale intervenga sulla moltiplicazione delle qualificazioni e delle conseguenze punitive.⁵⁸⁰

Anche quando il risultato pratico possa apparire simile, differente è il percorso attraverso il quale esso viene raggiunto: nel *ne bis in idem* sostanziale si deve stabilire se più norme possano concorrere nella qualificazione di una stessa vicenda oppure se il disvalore sia già interamente espresso da una sola fattispecie; nel *ne bis in idem* processuale, invece, il punto di partenza è l'esistenza di un precedente giudizio e la conseguente necessità di stabilire se il nuovo procedimento abbia ad oggetto lo stesso fatto. L'Autrice insiste così sul fatto che l'autonomia delle due garanzie non viene meno per il fatto che esse sono accomunate da una generale "esigenza di contenimento della duplicazione punitiva".⁵⁸¹

Particolarmente efficace, in proposito, è la ricostruzione proposta da Giacona, che osserva come "il *ne bis in idem* sostanziale attiene ai rapporti che si presentano all'interno del processo tra le varie fattispecie apparentemente riferibili a uno stesso fatto concreto". Ne consegue che, su questo piano, "il problema quindi non riguarda l'*an puniri*, ma il *quantum*", perché l'interprete deve individuare quale trattamento punitivo sia legittimamente riferibile al fatto una volta risolto il rapporto tra le fattispecie concorrenti. Il problema riguarda perciò la disciplina sostanziale applicabile e, in particolare, il modo in cui specialità, assorbimento e proporzionalità consentano di evitare la duplicazione della risposta sanzionatoria.

Diversamente, il *ne bis in idem* processuale riguarda, secondo l'Autore, "la delimitazione della sfera d'intervento penale rispetto al limite esterno al processo". In tale prospettiva,

⁵⁸⁰ VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 535

⁵⁸¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 208ss

“l’oggetto del processo non può che essere sempre lo stesso, e cioè il fatto concreto”, poiché è la reiterazione dell’accertamento sulla medesima vicenda storica che la garanzia mira ad impedire. La distinzione è particolarmente significativa: mentre il versante sostanziale presuppone un problema di qualificazione e di determinazione della risposta punitiva, quello processuale riguarda la possibilità stessa di procedere nuovamente nei confronti del soggetto. Anche per Giacona, dunque, la medesimezza del fatto assume un significato diverso a seconda della dimensione nella quale opera il principio.⁵⁸²

Questa diversità non impedisce che il fatto concreto mantenga comunque rilievo anche nell’analisi sostanziale, poiché la stessa distinzione tra *idem factum* e *idem crimen* non significa, infatti, che il *ne bis in idem* sostanziale possa essere ricostruito prescindendo dalla vicenda realmente verificatasi. Il dato storico costituisce il “necessario punto di partenza”, ma sul piano sostanziale esso deve essere sottoposto ad un successivo giudizio normativo diretto a stabilire quale sia il rapporto tra le fattispecie che convergono sul medesimo episodio. È quindi proprio il passaggio dal fatto concretamente realizzato al suo significato giuridico che distingue il problema sostanziale da quello processuale.⁵⁸³

Il rapporto tra le due garanzie diviene ancora più evidente nelle ipotesi in cui l’ordinamento predisponga più procedimenti e più risposte punitive rispetto alla stessa vicenda. Giacona osserva, infatti, che “la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale passa, prima di tutto, attraverso una energica riaffermazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale”. La questione processuale può infatti manifestarsi come conseguenza di una scelta sostanziale preliminare: se l’ordinamento costruisce due illeciti autonomi rispetto al medesimo fatto, rendendone possibile la distinta punizione, vengono poste le condizioni perché si instaurino anche due diversi procedimenti. In tal senso, una disciplina sostanziale che moltiplichi gli illeciti può costituire il presupposto della successiva duplicazione processuale.

Da ciò deriva la critica all’idea di affrontare ogni duplicazione sanzionatoria solo attraverso strumenti processuali, poiché, come viene affermato dall’Autore, “la doppia punizione in sede amministrativa e penale dello stesso fatto non è questione di natura processuale bensì relativa al diritto punitivo”, poiché il problema sorge già nella scelta

⁵⁸² GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit. 14

⁵⁸³ In tal senso SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 418ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 210ss

legislativa di assoggettare una stessa vicenda a più paradigmi sanzionatori. La reazione processuale può impedire, in determinate condizioni, che il secondo procedimento prosegua, ma interviene quando il sistema ha già configurato in termini sostanziali la possibilità di una doppia risposta. Il *ne bis in idem* sostanziale assume dunque un rilievo logicamente anteriore, essendo diretto a verificare se tale duplicazione trovi effettiva giustificazione.⁵⁸⁴

La diversa funzione emerge anche dal diverso fondamento che viene attribuito ai due principi: Giacona rileva come il versante processuale sia legato alla “certezza del giudicato e alla tutela dell’individuo” rispetto alla “reiterazione dell’azione statale”, mentre il *ne bis in idem* sostanziale è stato progressivamente collegato alla “personalità della responsabilità penale, alla funzione rieducativa della pena, all’eguaglianza” e, soprattutto, al “principio di proporzionalità”. Quest’ultimo assume particolare importanza perché una duplicazione del medesimo disvalore può determinare una risposta punitiva eccedente rispetto al fatto concretamente realizzato. L’esigenza sostanziale non si esaurisce però in un controllo quantitativo sulla pena, ma investe a monte la legittimità stessa della pluralità di qualificazioni e sanzioni.⁵⁸⁵

Anche Tripodi ricostruisce il versante sostanziale proprio a partire dall’“esigenza di evitare la duplice qualificazione e perciò la duplicazione della sanzione rispetto a un medesimo fatto”. La garanzia individuale che ne deriva si collega ad esigenze di equità e proporzionalità, le quali vengono soddisfatte attraverso i criteri predisposti dall’ordinamento per risolvere il concorso apparente. In questa prospettiva, la specialità e gli ulteriori criteri di sussidiarietà, assorbimento o consunzione non rilevano solo come “tecniche classificatorie”, ma costituiscono gli strumenti attraverso i quali viene impedito che uno stesso contenuto di disvalore dia luogo ad una duplicazione della pena.

Sul piano processuale, invece, Tripodi riconduce il principio al divieto di sottoporre nuovamente a procedimento chi sia già stato definitivamente giudicato per la medesima vicenda. Ne deriva una differenza non soltanto cronologica, ma funzionale: il *ne bis in idem* sostanziale interviene nella selezione della disciplina applicabile e nella determinazione della risposta punitiva; quello processuale interviene quando una prima

⁵⁸⁴ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 15

⁵⁸⁵ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12-13

vicenda giudiziaria si sia già conclusa definitivamente e impedisce di riaprire la medesima questione attraverso un nuovo processo. La comunanza dell'espressione *ne bis in idem* non elimina quindi la diversa struttura dei rispettivi giudizi.⁵⁸⁶

Il punto maggiormente problematico consiste, allora, nello stabilire fino a che punto l'elaborazione dell'*idem factum* sviluppata dalla giurisprudenza sul terreno processuale possa incidere sulla ricostruzione sostanziale; Silva evidenzia, al riguardo, il rischio di una trasposizione indiscriminata delle categorie elaborate nei due diversi settori. L'identità storico-naturalistica è funzionale al divieto di un secondo giudizio perché consente di impedire che una nuova qualificazione normativa diventi lo strumento attraverso il quale aggirare il giudicato; nel concorso apparente, invece, occorre necessariamente interrogarsi sul significato normativo del fatto, perché il problema consiste proprio nello stabilire se alla medesima vicenda corrispondano uno o più illeciti.

La stessa giurisprudenza sovranazionale, pur avendo esercitato una forte influenza sulla ridefinizione del *ne bis in idem*, non elimina questa distinzione: Silva richiama, in particolare, l'interpretazione dell'*idem factum* consolidatasi a partire dalla giurisprudenza europea, nella quale il fatto viene considerato nella sua "dimensione storico-naturalistica". Tale soluzione risulta perfettamente coerente con la funzione della garanzia processuale, poiché impedisce che il mutamento del titolo giuridico consenta la reiterazione del giudizio. Ma proprio il successo di questa impostazione rende necessario evitare che la medesima nozione venga automaticamente impiegata per risolvere il problema sostanziale del concorso di norme, nel quale la questione non è capire unicamente se si tratti dello stesso accadimento, ma se quel medesimo accadimento esprima uno o più contenuti di illecito.⁵⁸⁷

Scoletta perviene alla medesima conclusione muovendo dall'opposizione tra *idem factum* e *idem crimen*: la prima figura è modellata sulle esigenze proprie della garanzia processuale e assume una medesimezza empirica; la seconda richiede invece di indagare l'identità normativa dell'illecito. Il riferimento all'*idem crimen* evita così che la "mera identità naturalistica" venga trasformata in un criterio generale di soluzione del concorso apparente, perché una sola vicenda storica può integrare più fatti penalmente autonomi,

⁵⁸⁶ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi* cit., 1049-1050

⁵⁸⁷ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 206ss e 220ss

mentre più descrizioni normative possono, in determinate circostanze, convergere sul medesimo contenuto criminoso. Il giudizio sostanziale deve quindi interrogarsi non soltanto sulla medesimezza dell'accadimento, ma sull'autonomia o meno dei disvalori espressi dalle norme concorrenti.⁵⁸⁸

La conseguenza è che i due principi non sono né perfettamente sovrapponibili né del tutto estranei: risultano infatti distinti perché sono diversi l'oggetto, il "momento operativo" e il parametro attraverso il quale viene stabilita la medesimezza; sono però collegati perché entrambi pongono un limite alla moltiplicazione dell'intervento punitivo rispetto ad una medesima vicenda. Il *ne bis in idem* sostanziale impedisce che un unico contenuto di illecito venga duplicato sul piano delle qualificazioni e delle sanzioni; quello processuale impedisce che il medesimo fatto storico venga nuovamente sottoposto al potere di accertamento e di decisione dello Stato. La comune finalità garantistica non può quindi giustificare la confusione delle rispettive strutture.⁵⁸⁹

In questa prospettiva deve essere letto anche il rapporto tra concorso apparente e giudicato, dove il riconoscimento dell'esistenza di un unico illecito sul piano sostanziale opera prima della formazione del giudicato e dovrebbe impedire, già nell'ambito del primo procedimento, una "indebita duplicazione delle conseguenze punitive". Il *ne bis in idem* processuale entra invece in funzione quando un giudizio si sia già definitivamente concluso, impedendo che la stessa vicenda venga nuovamente sottoposta ad accertamento. Il secondo non può quindi essere chiamato ordinariamente a correggere ciò che avrebbe dovuto essere risolto sul piano sostanziale attraverso la corretta disciplina del concorso, sebbene la garanzia processuale possa assumere una funzione di chiusura del sistema quando il rischio di duplicazione si manifesti attraverso la successione di distinti procedimenti.⁵⁹⁰

Ne deriva, in definitiva, che il rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale deve essere ricostruito secondo una "logica di distinzione e complementarità": il primo, riguarda la corretta individuazione del contenuto punitivo riferibile al fatto e vieta che un medesimo disvalore venga duplicato attraverso l'applicazione concorrente di più

⁵⁸⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 418ss e 425ss

⁵⁸⁹ In tal senso SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 402-405 e 439ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 210ss

⁵⁹⁰ Così SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 439ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 212ss

fattispecie; il secondo, protegge la persona dall'esercizio reiterato della potestà giurisdizionale rispetto ad un medesimo accadimento storico già definitivamente giudicato. L'*idem crimen* e l'*idem factum* individuano così due differenti dimensioni dell'*idem*: normativa la prima, empirico-naturalistica la seconda. Soltanto mantenendo ferma tale distinzione è possibile comprendere, senza sovrapposizioni, il diverso funzionamento delle due garanzie e, allo stesso tempo, la comune esigenza di impedire che il potere punitivo dello Stato si traduca in duplicazioni ingiustificate.⁵⁹¹

3.4 Il *ne bis in idem* convenzionale ed europeo e l'evoluzione giurisprudenziale delle Corti

L'analisi del *ne bis in idem* non può prescindere dalla dimensione sovranazionale assunta dal principio, rispetto alla quale hanno svolto un ruolo determinante sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, sia la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'interpretazione dell'art. 50 CDFUE. È proprio nell'ambito europeo che il principio ha progressivamente acquisito una portata capace di incidere sui sistemi interni caratterizzati dalla "coesistenza", per il medesimo fatto, di procedimenti e sanzioni formalmente differenti. La vicenda evolutiva non è stata però lineare: come osserva Tripodi, la giurisprudenza convenzionale può essere ricostruita attraverso due fasi, la prima riconducibile al caso Grande Stevens c. Italia, caratterizzata da un'applicazione particolarmente rigorosa della garanzia, e la seconda inaugurata da A e B c. Norvegia, con la quale si è assistito ad una progressiva "flessibilizzazione" del divieto.⁵⁹²

La caratteristica dell'elaborazione europea deriva, anzitutto, dalla circostanza che la nozione di "materia penale" non coincide necessariamente con quella formalmente accolta dal legislatore nazionale. La garanzia del *ne bis in idem* è stata così estesa anche a procedimenti e sanzioni qualificati negli ordinamenti interni come amministrativi, quando questi presentino una "natura sostanzialmente penale". In tal modo, la

⁵⁹¹ Tale conclusione si può trarre per i seguenti Autori: SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 402ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 206ss; GIACONA I., *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale*, cit., 12-14; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1048-1050

⁵⁹² Così, TRIPODI A.F., *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del ne bis in idem europeo*, in *disCrimen*, 2024, 1-3; SILVA C., *Sistema punitivo*, 270-271

qualificazione legislativa interna non ha più carattere decisivo e lascia spazio ad un accertamento sostanziale della natura dell'illecito e della relativa conseguenza sanzionatoria. Proprio questa estensione ha reso il *ne bis in idem* particolarmente incisivo rispetto ai sistemi cd. "a doppio binario", nei quali uno stesso fatto può essere assoggettato contemporaneamente ad una sanzione penale e ad una formalmente amministrativa.⁵⁹³

In questa prospettiva, la giurisprudenza europea ha progressivamente modificato non solo l'estensione della garanzia, ma anche la struttura del giudizio necessario per accertarne la violazione. Alla iniziale verifica della natura sostanzialmente penale della sanzione e della medesimezza del fatto si sono infatti aggiunti, soprattutto a seguito di A e B c. Norvegia, ulteriori parametri riguardanti il rapporto tra i procedimenti, la loro connessione sostanziale e temporale e, sempre più decisamente, la proporzionalità della complessiva risposta punitiva. Ne deriva quella che Scoletta individua come una "peculiare fisionomia normativa" assunta dal *ne bis in idem* proprio in relazione ai meccanismi punitivi "a doppio binario", nella quale la tradizionale garanzia processuale entra progressivamente in contatto con esigenze tipicamente sostanziali.⁵⁹⁴

3.4.1 Dall'*idem* legale all'*idem factum*: la svolta di Zolotukhin e Grande Stevens

Ai fini della comprensione dell'evoluzione giurisprudenziale è prima di tutto necessario ricordare la nozione autonoma di "*matière pénale*", elaborata dalla Corte EDU allo scopo di impedire che la concreta estensione delle garanzie convenzionali possa dipendere solo dalle qualificazioni operate dai singoli legislatori nazionali. Il punto di riferimento è costituito dai noti criteri elaborati nel caso Engel e altri c. Paesi Bassi, attraverso i quali la Corte prende in considerazione la qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e la natura e gravità della sanzione applicabile. Tali criteri, successivamente recepiti anche dalla Corte di Giustizia come *Bonda criteria*, permettono dunque di ricondurre alla materia penale anche sanzioni formalmente amministrative e

⁵⁹³ In tal senso, SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-314; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 270-273; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1058-1060

⁵⁹⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-320; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 2-3

costituiscono il presupposto per l'applicazione del *ne bis in idem* ai sistemi di doppio binario.⁵⁹⁵

Caterina Fatta precisa che la qualificazione adottata dall'ordinamento nazionale costituisce soltanto il punto di partenza: quando il diritto interno riconosce la natura penale dell'illecito non sono necessari ulteriori approfondimenti, mentre, in caso contrario, occorre verificare in concreto la disciplina sanzionatoria. La natura dell'illecito viene ricostruita considerando, tra l'altro, se la norma si rivolga alla "generalità dei consociati" o ad una categoria determinata, se il procedimento sia affidato ad "un'autorità dotata di poteri autoritativi", se la misura persegua "finalità repressive o deterrenti" e se presupponga l'accertamento di una responsabilità individuale. La severità della sanzione deve essere apprezzata, invece, avendo riguardo soprattutto al massimo edittale.⁵⁹⁶

Quanto alla severità, la Corte distingue la sanzione applicabile da quella concretamente inflitta: "Tuttavia, il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata, e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta."⁵⁹⁷

Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi; soltanto quando nessuno di essi conduca ad un risultato univoco è possibile procedere ad una valutazione complessiva. Proprio in applicazione di tale metodo, nel caso *Jussila c. Finlandia* la sovrattassa tributaria è stata ricondotta alla materia penale in ragione della sua funzione preventiva e repressiva, nonostante la limitata entità della conseguenza applicata.⁵⁹⁸

Accanto alla progressiva estensione della nozione di materia penale, un secondo momento decisivo è rappresentato dall'individuazione del significato da attribuire all'*idem*: la svolta si deve alla sentenza della Grande Camera del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, con la quale la Corte EDU superò le precedenti oscillazioni e adottò una concezione sostanzialmente naturalistica della medesimezza del fatto. Come evidenzia

⁵⁹⁵ In tal senso gli Autori: TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1058-1060; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 5

⁵⁹⁶ FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 1/2017, 4-5

⁵⁹⁷ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., co. 98

⁵⁹⁸ FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., 4-5

Tripodi, da tale momento lo “stesso fatto” deve essere inteso quale “idem factum e non come idem legale”, avendo riguardo all’“accadimento naturalisticamente inteso” e non alla definizione legale dell’incriminazione. L’oggetto del confronto non è, quindi, rappresentato dagli elementi costitutivi delle fattispecie astratte, ma dalle circostanze concrete riferibili al medesimo autore e “indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio”.⁵⁹⁹ Riprendendo espressamente Zolotukhin, la Corte afferma in Grande Stevens: “La Corte, pertanto, deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle suddette esposizioni, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio; l’esistenza di tali circostanze deve essere dimostrata affinché possa essere pronunciata una condanna o esercitata l’azione penale.”⁶⁰⁰

La portata garantistica di questa ricostruzione non dipende, peraltro, dal rischio concreto di una seconda condanna: come osserva Manfredi Bontempelli, il divieto del secondo giudizio opera anche quando la prima decisione abbia carattere assolutorio e la nuova iniziativa processuale non si concluda con l’irrogazione di una pena. La garanzia protegge quindi l’individuo dalla reiterazione del procedimento in quanto tale, una volta intervenuta una decisione definitiva sul medesimo fatto, e non solo dall’esito sanzionatorio che potrebbe derivarne. In questa prospettiva, la scelta dell’*idem factum* rafforza la tutela contro una nuova esposizione al potere punitivo, impedendo che il mutamento della qualificazione giuridica consenta di riaprire la medesima vicenda storica.⁶⁰¹

La portata processuale della garanzia è espressa dalla Corte nei seguenti termini: “Non è importante sapere quali parti di queste nuove accuse siano alla fine ammesse o escluse nella procedura successiva, poiché l’articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione.”⁶⁰²

⁵⁹⁹ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1060-1061; SILVA C., *La deriva del ne bis*, cit., 5

⁶⁰⁰ Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 221

⁶⁰¹ BONTEMPELLI M., *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rass. trib.*, n. 2/2017, 567-568

⁶⁰² Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 220

La scelta dell'*idem factum* risponde, secondo la stessa Corte di Strasburgo, alla necessità di assicurare l'interpretazione più favorevole all'individuo: se l'identità fosse infatti ricostruita attraverso la qualificazione giuridica del fatto, il mutamento del titolo di reato potrebbe consentire di sottoporre nuovamente la medesima vicenda storica all'esercizio della potestà punitiva. Il passaggio alla medesimezza materiale impedisce, invece, che la garanzia venga elusa mediante una differente costruzione normativa dell'accadimento. Ciò comporta che persino una semplice ipotesi di concorso formale tra illeciti, caratterizzati da strutture normative differenti, può risultare incompatibile con il *ne bis in idem* processuale quando le relative contestazioni vengano formulate in procedimenti distinti e uno di essi sia già definitivamente concluso.⁶⁰³

Si manifesta qui con particolare chiarezza la differenza, già evidenziata, rispetto al *ne bis in idem* sostanziale; infatti, sul piano processuale la "medesimezza naturalistica" può impedire che si svolga un secondo procedimento anche quando le due fattispecie siano strutturalmente autonome e possano quindi concorrere sul piano sostanziale. Ne deriva quella possibile discrasia tra *idem factum* e *idem crimen* per cui le medesime fattispecie potrebbero essere applicate cumulativamente nell'ambito di un unico procedimento, configurando un concorso formale, ma non potrebbero essere separatamente perseguite in due distinti processi successivi. È proprio tale differenza a dimostrare come il *ne bis in idem* europeo, almeno nella sua originaria configurazione, fosse essenzialmente rivolto alla protezione della persona contro la duplicazione del procedimento, anziché alla soluzione del concorso tra norme.⁶⁰⁴

È all'interno di questo quadro che assume fondamentale importanza la sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, destinata a rappresentare il momento di massima espansione della garanzia convenzionale. La vicenda riguardava il sistema italiano di repressione degli abusi di mercato, strutturato sulla concorrente applicazione di sanzioni penali e formalmente amministrative. La Corte EDU, ricondotte queste ultime alla "*matière pénale*", vietò la prosecuzione del procedimento penale successivamente alla definitiva conclusione di quello amministrativo, ritenendo che entrambi avessero ad oggetto il medesimo accadimento storico. Secondo Tripodi, la decisione evidenziò così

⁶⁰³ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1061

⁶⁰⁴ Così TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1061; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-313

un “vizio strutturale” della normativa interna, determinato dalla prevista applicazione cumulativa delle due tipologie sanzionatorie e dalla conseguente apertura di due separati procedimenti sullo stesso fatto.⁶⁰⁵

Fatta distingue, più precisamente, due profili di incompatibilità: il primo riguardava il procedimento amministrativo dinanzi alla Consob, destinato all'applicazione di una sanzione sostanzialmente penale ma non assistito dalle garanzie proprie del processo penale richieste dall'art. 6 CEDU. Il secondo derivava dall'assenza di un meccanismo capace di interrompere il procedimento penale quando quello amministrativo relativo ai medesimi fatti fosse già divenuto definitivo. Grande Stevens non censurava, quindi, soltanto il risultato quantitativo del cumulo, ma la stessa architettura procedimentale che consentiva la prosecuzione autonoma delle due pretese punitive.⁶⁰⁶

La conclusione sull'art. 6 richiede, tuttavia, una precisazione: “Alla luce di quanto esposto, la Corte ritiene che, anche se il procedimento dinanzi alla CONSOB non ha soddisfatto le esigenze di equità e di imparzialità oggettiva dall'articolo 6 della Convenzione, i ricorrenti hanno beneficiato del successivo controllo da parte di un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione, in questo caso la corte d'appello di Torino. Tuttavia, quest'ultima non ha tenuto un'udienza pubblica, fatto che, nel caso di specie, ha costituito una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.”⁶⁰⁷

L'incidenza della pronuncia fu particolarmente significativa proprio perché il carattere sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative rese irrilevante la differente qualificazione formale attribuita dall'ordinamento italiano ai due illeciti. Una volta accertata la “medesimezza naturalistica del fatto” e intervenuta una decisione definitiva nel primo procedimento, il secondo non poteva essere iniziato o proseguito.⁶⁰⁸ Il modello

⁶⁰⁵ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1061-1062; nello stesso senso SILVA C., *Sistema punitivo*, 270-273

⁶⁰⁶ FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., 7

⁶⁰⁷ Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., co. 161

⁶⁰⁸ L'applicazione al caso concreto è descritta dalla Corte nei seguenti passaggi: “Applicando tali principi nel caso di specie, la Corte osserva anzitutto che ha appena concluso, dal punto di vista dell'articolo 6 della Convenzione, che era opportuno considerare che il procedimento dinanzi alla CONSOB riguardava una “accusa in materia penale” contro i ricorrenti e osserva anche che le condanne inflitte dalla CONSOB e parzialmente ridotte dalla corte d'appello sono passate in giudicato il 23 giugno 2009, quando sono state pronunciate le sentenze della Corte di cassazione. A partire da tale momento, i ricorrenti dovevano dunque essere considerati come “già condannati per un reato a seguito di una sentenza definitiva” ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7. Malgrado ciò, la nuova azione penale che nel frattempo era stata avviata

era dunque quello “classico” della garanzia processuale: come chiarisce Tripodi nella successiva ricostruzione del 2024, una volta verificati gli *Engel criteria*, “non sarebbe stato possibile sfuggire al divieto” di iniziare o proseguire il secondo procedimento. La tutela si concentrava sulla soggezione stessa al processo, indipendentemente dalla complessiva proporzione delle sanzioni eventualmente applicate.⁶⁰⁹

Proprio per tale ragione, il “meccanismo” previsto dall’art. 187-terdecies TUF⁶¹⁰, volto a compensare la sanzione già irrogata nell’altro procedimento, venne considerato irrilevante dalla Corte EDU ai fini dell’accertamento della violazione. L’eventuale proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente risultante non eliminava, infatti, la circostanza che il soggetto fosse stato sottoposto a due distinti procedimenti per il medesimo fatto. Come osserva l’Autore, una risposta sanzionatoria equilibrata non è in grado di “trasformare ciò che corrisponde a due procedimenti in uno soltanto”. La garanzia conservava dunque una fisionomia eminentemente processuale.⁶¹¹

L’impostazione di Grande Stevens fu successivamente riproposta in ulteriori decisioni riguardanti, in particolare, sistemi tributari caratterizzati dalla sovrapposizione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali e sanzioni penali. Tripodi individua proprio nel periodo inaugurato dalla decisione del 2014 una sorta di “età dell’oro” della garanzia convenzionale, nella quale il *ne bis in idem* appariva dotato di una “forza” capace di porre in discussione molti modelli nazionali di doppio binario. Le decisioni *Nykänen c. Finlandia*, *Lucky Dev c. Svezia* e *Kiiveri c. Finlandia* si collocarono in tale linea, consolidando l’idea di un divieto particolarmente rigoroso nei confronti della duplicazione procedimentale.⁶¹²

nei loro confronti non è stata interrotta, e ha portato alla pronuncia di sentenze di primo e secondo grado.” Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., co. 222-223

⁶⁰⁹ Così TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 1-2; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1061-1062

⁶¹⁰ Art. 187-terdecies TUF: Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative:

1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato:

a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;

b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria”

⁶¹¹ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1066

⁶¹² TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1062-1063; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 1

In Nykänen, la Corte individua il problema nell'autonomia dei due percorsi sanzionatori: "Tuttavia, nel sistema finlandese le sanzioni penali e amministrative sono inflitte da autorità diverse senza che i procedimenti siano in alcun modo connessi: entrambi seguono il proprio corso separato e divengono definitivi indipendentemente l'uno dall'altro. Inoltre, nessuna delle sanzioni è presa in considerazione dall'altro giudice o dall'altra autorità nel determinare la severità della sanzione, né vi è alcun'altra interazione tra le autorità competenti."⁶¹³

L'espansione del principio determinò, inevitabilmente, una forte "tensione" con i sistemi nazionali che affidavano proprio alla complementarità tra intervento amministrativo e penale la tutela di determinati interessi. Si prospettava quindi il rischio che l'applicazione rigorosa dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU imponesse una profonda revisione delle strutture punitive interne. È proprio dal tentativo di contemperare la tutela individuale con l'interesse degli Stati alla conservazione dei propri sistemi sanzionatori che discende il successivo mutamento di orientamento della Corte europea.⁶¹⁴

3.4.2 A e B c. Norvegia e la “*sufficiently close connection in substance and time*”

Il momento di svolta è rappresentato dalla pronuncia della Grande Camera A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016: contrariamente alla linea rigorosa seguita dopo Grande Stevens, la Corte esclude la violazione dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU nonostante i ricorrenti fossero stati sottoposti a due distinti procedimenti, tributario e penale, per il medesimo fatto e nonostante la sovrattassa tributaria fosse stata riconosciuta come sostanzialmente penale. La celebrazione del secondo procedimento venne considerata compatibile con il principio perché tra le due procedure sussisteva una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, la nota *sufficiently close connection in substance and time*.⁶¹⁵

⁶¹³ Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, n. 11828/11, co. 51

⁶¹⁴ Così si esprimono gli Autori: TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1062; SILVA C., *Sistema punitivo*, 270-273

⁶¹⁵ In tal senso gli Autori: TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1062-1063; SILVA C., *Sistema punitivo*, 274-279; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-315

Si precisa che il *revirement* non interessò la nozione di *idem*; infatti, la Corte non rimise in discussione la “medesimezza materiale del fatto” né la validità degli *Engel criteria*. Tripodi evidenzia come i giudici di Strasburgo abbiano agito “sul *bis*, lasciando ferme le consolidate certezze sull’*idem*”. Il punto non era, quindi, negare l’esistenza di due procedimenti sostanzialmente penali relativi allo stesso fatto, bensì stabilire se questi, nonostante la loro formale autonomia, potessero essere considerati come componenti di un sistema unitario e integrato di reazione all’illecito.⁶¹⁶ La Grande Camera precisa che la dimostrazione dell’integrazione compete allo Stato: “In particolare, affinché la Corte possa ritenere che non vi sia una duplicazione («bis») del processo o della punizione vietata dall’articolo 4 del Protocollo n. 7, lo Stato convenuto deve dimostrare in modo convincente che i due procedimenti in questione sono stati sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo. In altri termini, deve essere dimostrato che essi sono stati combinati in modo integrato così da formare un insieme coerente.”⁶¹⁷

Si assiste ad una trasformazione del concetto di *bis*: due procedimenti distinti possono essere considerati, ricorrendo determinate condizioni, quali parti di un unico complessivo percorso sanzionatorio. La “forma” cede così alla “sostanza”, secondo l’“approccio antiformalistico” della giurisprudenza convenzionale; con la particolarità, però, che tale “antiformalismo” opera in senso riduttivo della garanzia. Come rileva Tripodi, la “*reductio a simultaneus processus*” dei procedimenti formalmente autonomi finisce infatti per depotenziare la forza del diritto fondamentale, consentendo ciò che, nella precedente stagione giurisprudenziale, sarebbe stato considerato un vero e proprio *bis*.⁶¹⁸

A tale scopo, la Corte individua una pluralità di parametri; occorre anzitutto verificare se i procedimenti perseguano finalità differenti e riguardino, non soltanto in astratto ma anche concretamente, aspetti diversi della stessa condotta; deve inoltre essere prevedibile per l’interessato che il fatto possa dare luogo alla duplice risposta procedimentale. Ancora, le autorità competenti devono coordinare l’attività di accertamento, evitando, per quanto possibile, inutili duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove e

⁶¹⁶ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1063-1064; SILVA C., *Sistema punitivo*, 276-279

⁶¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, n. 24130/11 e 29758/11, co. 130

⁶¹⁸ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064; in tal senso anche SILVA C., *Sistema punitivo*, 276-279

consentendo che gli elementi acquisiti in uno dei procedimenti siano utilizzabili nell'altro.⁶¹⁹

A tali elementi si aggiunge la connessione temporale: non è richiesta una perfetta contemporaneità, poiché i procedimenti non devono necessariamente svolgersi in maniera strettamente parallela; ciò che rileva è che il loro sviluppo complessivo non esponga il soggetto ad una “prolungata situazione di incertezza”.⁶²⁰ La Corte chiarisce l'autonomia del requisito temporale: “Inoltre, come già accennato sopra, anche quando la connessione sostanziale è sufficientemente forte, il requisito della connessione temporale permane e deve essere soddisfatto. Ciò non significa, tuttavia, che i due procedimenti debbano essere condotti simultaneamente dall'inizio alla fine. [...] Quanto più debole è la connessione temporale, tanto maggiore è l'onere dello Stato di spiegare e giustificare qualsiasi ritardo che possa essere attribuito alla sua conduzione dei procedimenti.”⁶²¹

Quanto maggiore è la distanza temporale tra le procedure e quanto più a lungo il soggetto rimane sottoposto alla “potestà punitiva statale”, tanto maggiore diviene il rischio che la connessione venga meno e che riemerge l'autonomia dei due procedimenti.⁶²²

Il parametro che assume progressivamente maggiore importanza è, però, quello della proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva: la Grande Camera richiede, “*et, surtout*”, che la sanzione irrogata nel procedimento conclusosi per primo sia presa in considerazione nel secondo, così da impedire che la somma delle due conseguenze punitive ecceda il disvalore complessivamente riferibile al fatto.⁶²³ Il quarto indice individuato dalla Corte riguarda specificamente il trattamento sanzionatorio complessivo: “e, soprattutto, se la sanzione inflitta nel procedimento che diviene definitivo per primo sia presa in considerazione in quello che diviene definitivo per ultimo, così da evitare che

⁶¹⁹ “-se i diversi procedimenti perseguano finalità complementari e riguardino quindi, non soltanto in astratto ma anche in concreto, aspetti diversi della condotta socialmente illecita in questione; – se la duplicità dei procedimenti costituisca una conseguenza prevedibile, tanto in diritto quanto nella pratica, della medesima condotta contestata («in idem»); – se i procedimenti pertinenti siano condotti in modo da evitare, per quanto possibile, qualsiasi duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, in particolare attraverso un'adeguata interazione tra le diverse autorità competenti, così da garantire che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia ripreso nell'altro;” Corte EDU, A e B c. Norvegia, cit., co. 132, primi tre indici

⁶²⁰ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1065; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 2-3

⁶²¹ Corte EDU, A e B c. Norvegia, cit., co. 134

⁶²² TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1065; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 2-3

⁶²³ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1066

l'interessato sia infine costretto a sopportare un onere eccessivo, rischio che è meno probabile quando esiste un meccanismo di compensazione volto a garantire che l'entità complessiva delle sanzioni eventualmente inflitte sia proporzionata".⁶²⁴

È su questo punto che il test elaborato dalla Grande Camera assume anche una componente di carattere sostanziale: alla verifica della duplicazione procedimentale si affianca infatti la considerazione del risultato punitivo complessivamente prodotto dalla combinazione delle due risposte sanzionatorie.⁶²⁵

In termini di sintesi, Fatta ordina il test elaborato dalla Grande Camera intorno a quattro condizioni, che devono essere considerate congiuntamente: la prima prevede che i procedimenti devono perseguire obiettivi complementari, non soltanto in astratto ma anche in concreto, ed essere rivolti a differenti aspetti della condotta; la seconda che la loro duplicazione deve costituire una conseguenza prevedibile del comportamento; la terza presuppone che le autorità devono interagire in modo da evitare, per quanto possibile, la ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi probatori; la quarta che la sanzione applicata nel procedimento conclusosi per primo deve essere presa in considerazione nella determinazione di quella successiva, così da impedire che l'interessato sopporti un "onere punitivo complessivamente eccessivo". La *close connection* non identifica quindi un singolo rapporto tra i procedimenti, ma il risultato della valutazione coordinata della loro "complementarità, prevedibilità, integrazione probatoria e proporzionalità sanzionatoria".⁶²⁶

Non mancano, inoltre, criticità derivanti dalla stessa elasticità dei parametri utilizzati. Tripodi descrive il test come scarsamente ancorato a criteri effettivamente stringenti e caratterizzato da una "vaghezza" che richiama la dimensione che è propria del diritto dei diritti umani. Particolarmente problematica risulta la verifica della "complementarità degli scopi": se una sanzione amministrativa è stata ricondotta alla "*matière pénale*" proprio in virtù della sua funzione punitiva, può risultare contraddittorio attribuirle successivamente una funzione in gran parte compensatoria al fine di dimostrare che il relativo procedimento è complementare rispetto a quello penale. Anche la prevedibilità

⁶²⁴ Corte EDU, A e B c. Norvegia, cit., co. 132, quarto indice

⁶²⁵ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1066; in tal senso anche SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 313ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, 276ss

⁶²⁶ FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., 16-17

del doppio procedimento, quando esso sia espressamente previsto dalla legge, rischia di assumere una “capacità selettiva” eccessivamente ridotta.⁶²⁷

Alle criticità appena richiamate se ne aggiunge un’ulteriore, riferita all’indice della circolazione probatoria. Manfredi Bontempelli osserva che l’autonomia probatoria e decisoria del processo penale rispetto all’accertamento amministrativo costituisce un elemento strutturale della separazione tra le giurisdizioni, sicché la “circolazione probatoria” non può essere considerata neutra. Un conto è consentire all’Amministrazione finanziaria di utilizzare prove formate in sede penale; altro è trasferire nel processo penale elementi raccolti nel procedimento amministrativo, nel quale il contribuente è soggetto ad obblighi di collaborazione e non gode delle medesime garanzie del contraddittorio. In questa seconda direzione, l’indice della *close connection* rischia quindi di entrare in tensione con il diritto di difesa e con i principi del giusto processo.⁶²⁸

Tripodi richiama infatti la *dissenting opinion* del giudice Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque, che evidenzia il dissenso interno alla Grande Camera, testimoniato dalla problematicità della soluzione fortemente critica verso il nuovo criterio, proprio per l’indeterminatezza e per il rischio di svuotamento della tutela.⁶²⁹ Il dissenso è espresso dal giudice Pinto de Albuquerque in termini particolarmente netti: “La Grande Camera che ha esaminato il caso Sergey Zolotukhin non avrebbe acconsentito a degradare il diritto individuale inalienabile al *ne bis in idem* a un diritto così fluido, interpretato in modo restrittivo, in una parola illusorio. Neanch’io.”⁶³⁰

Silva evidenzia analogamente come il nuovo assetto finisca per aumentare l’incertezza del principio, rendendo più difficile prevedere quando la pluralità dei procedimenti possa dirsi sufficientemente integrata e quando, invece, debba essere considerata una duplicazione vietata.⁶³¹

Caterina Fatta ricostruisce più precisamente il contenuto di tale dissenso, osservando che il nuovo test attribuisce rilievo proprio alla proporzionalità complessiva e alla

⁶²⁷ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1065

⁶²⁸ BONTEMPELLI M., *Verso un adattamento della disciplina italiana*, cit., 569

⁶²⁹ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1065-1066

⁶³⁰ Corte EDU, A e B c. Norvegia, cit., opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, co. 80

⁶³¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, 278-281

compensazione tra le sanzioni, argomenti già invocati dal Governo italiano in Grande Stevens e allora ritenuti “inidonei a neutralizzare il *bis* processuale”. Il mutamento non sarebbe stato accompagnato da una motivazione sufficiente e lascerebbe irrisolta anche la posizione di chi venga assolto in uno dei due procedimenti. L’indeterminatezza della connessione sostanziale rischierebbe così di tradursi in una sorta di “assegno in bianco” per l’interprete, rendendo nuovamente compatibile persino un doppio binario precedentemente censurato.⁶³²

Ciò non significa, peraltro, che l’introduzione del nuovo test abbia definitivamente neutralizzato la garanzia, ma la successiva decisione Jóhannesson e altri c. Islanda del 18 maggio 2017 dimostra che la *close connection* può condurre anche all’accertamento di una violazione. In quella vicenda, pur ricorrendo complementarità degli scopi, prevedibilità delle sanzioni e un meccanismo di considerazione delle precedenti sovrattasse, i procedimenti si erano sviluppati per oltre nove anni, procedendo parallelamente soltanto per un tempo limitato; inoltre, l’accertamento penale era stato svolto autonomamente rispetto alla verifica tributaria, cosicché la Corte ritenne quindi insufficiente la connessione.⁶³³

La successiva evoluzione conferma, quindi, che A e B non determina l’abbandono del *ne bis in idem*, ma ne modifica radicalmente il modo di operare; nella ricostruzione più recente di Tripodi, l’attuale versione del principio nei doppi binari è “figlio” della fase A e B c. Norvegia e riflette un fenomeno di “relativizzazione-flessibilizzazione” della garanzia. Si passa da un divieto quasi automatico ad una “tutela graduabile” attraverso una serie di indici che devono essere combinati dal giudice. Lo stesso Autore parla di applicazione “a geometria variabile”, tipica della *matière pénale*, nella quale le garanzie proprie del diritto penale non vengono necessariamente estese nella loro massima intensità a tutte le sanzioni sostanzialmente punitive.⁶³⁴

⁶³² FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., 18-20

⁶³³ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1069; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 3-4

⁶³⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 3-4; in tal senso anche SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 318-321

Resta allora da verificare se e in quale misura una simile relativizzazione trovi corrispondenza anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 50 CDFUE.

3.4.3 La Corte di giustizia e la progressiva relativizzazione del divieto

Un percorso in parte autonomo è stato seguito dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 50 CDFUE, il cui primo momento fondamentale è rappresentato dalla sentenza Åkerberg Fransson del 26 febbraio 2013, relativa ad un procedimento penale per frode fiscale instaurato nei confronti di un soggetto già definitivamente assoggettato ad una sovrattassa per lo stesso inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA. La Corte affermò che l'art. 50 non impedisce in assoluto ad uno Stato membro di prevedere, per il medesimo fatto, una sanzione amministrativa e una penale, purché la prima non presenti natura sostanzialmente penale secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza europea.⁶³⁵

La sentenza formula la distinzione quanto alle sanzioni, la Corte precisa che: “esse possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.”⁶³⁶

La peculiarità della posizione della Corte di Lussemburgo emerge, tuttavia, dall'introduzione di un ulteriore parametro: la Corte rimette al giudice nazionale la valutazione della natura penale delle sanzioni e precisa che l'eventuale esclusione del cumulo in applicazione degli standard nazionali di tutela deve lasciare applicabili sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive⁶³⁷. Si affaccia quindi già in Fransson un giudizio di bilanciamento tra il diritto fondamentale al *ne bis in idem* e l'esigenza di garantire una risposta sanzionatoria adeguata agli obiettivi del diritto dell'Unione. Tripodi

⁶³⁵ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1066-1068; in tal senso anche SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 5-6

⁶³⁶ Corte giust., Åkerberg Fransson, cit., co. 34

⁶³⁷ Corte giust., Åkerberg Fransson, cit., co. 29 e 34-36.

sottolinea come tale elemento rendesse la posizione della Corte di Giustizia, già prima di A e B, meno rigorosa rispetto alla giurisprudenza convenzionale dell'epoca.⁶³⁸

Il quadro mutò nuovamente a seguito del *revirement* di Strasburgo del 2016, quando la Corte di Giustizia fu chiamata a pronunciarsi sui rinvii pregiudiziali relativi ai casi Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca, la distanza tra le due Corti si era infatti significativamente ridotta. Silva evidenzia come le tre pronunce del 20 marzo 2018 fossero particolarmente attese proprio perché avrebbero potuto condurre ad una uniformazione del significato del principio nell'ordinamento convenzionale e in quello dell'Unione. Le conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona avevano, peraltro, prospettato una lettura maggiormente garantista, sottolineando come la *close connection* introdotta da A e B aggiungesse “incertezza e complessità” ad un diritto fondamentale che dovrebbe invece essere “comprensibile, prevedibile e certo”.

La Corte di Giustizia non accolse tuttavia né una piena assimilazione al modello convenzionale né la costruzione di uno statuto eurounitario più rigoroso. Silva definisce la soluzione adottata una “posizione compromissoria”: la Corte rivendicò una lettura autonoma dell'art. 50 CDFUE, pur riconoscendo il rapporto con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e con l'art. 52, co. 3,⁶³⁹ della Carta. La CEDU costituisce il livello minimo di tutela, ma non è formalmente parte del diritto dell'Unione finché quest'ultima non vi abbia aderito,

⁶³⁸ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1066-1068; in tal senso anche SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 5-6

⁶³⁹ Art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: Portata e interpretazione dei diritti e dei principi:

“1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.”

cosicché l'autonomia interpretativa della Corte di Giustizia rimane preservata. Il risultato fu, secondo l'Autrice, una mancata convergenza tra i due sistemi e la permanenza di "due nozioni separate" di *ne bis in idem*.⁶⁴⁰

Nelle sentenze del 2018 la Corte riconosce, in primo luogo, che l'art. 50 CDFUE trova applicazione sia alla materia tributaria coinvolta in Menci, in quanto inerente alla riscossione dell'IVA e quindi agli interessi finanziari dell'Unione, sia alla disciplina degli abusi di mercato oggetto di Garlsson e Di Puma e Zecca. Il diritto garantito dall'art. 50 CDFUE può tuttavia subire limitazioni giustificate ai sensi dell'art. 52, co. 1, della Carta, purché la limitazione sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale del diritto, risponda ad un obiettivo di "interesse generale" e sia "necessaria e proporzionata". Si passa così da un divieto tendenzialmente assoluto ad un diritto fondamentale sottoponibile, entro determinate condizioni, ad un giudizio di giustificazione.⁶⁴¹

Il "giudizio di necessità" viene ulteriormente articolato, nel senso che la disciplina nazionale deve contenere norme chiare e precise che consentano al soggetto di prevedere la possibilità della duplicazione; l'onere supplementare determinato dal doppio procedimento deve essere limitato allo "strettamente necessario", anche attraverso adeguati meccanismi di coordinamento; infine, la "severità complessiva" delle sanzioni non può eccedere quanto strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito.⁶⁴²

La necessità del coordinamento opera anzitutto sul piano dei procedimenti: "Per quanto riguarda, da un lato, il cumulo di procedimenti di natura penale che, come si evince dagli elementi presenti nel fascicolo, si svolgono in modo indipendente, il requisito ricordato al punto precedente implica l'esistenza di norme che garantiscano una coordinazione finalizzata a ridurre a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che un siffatto cumulo comporta per gli interessati. [...] D'altro lato, al cumulo di sanzioni di natura penale devono accompagnarsi norme che consentano di garantire che la severità

⁶⁴⁰ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 4ss

⁶⁴¹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 8-10; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 314ss La Corte ricostruisce tali condizioni attraverso l'art. 52, paragrafo 1, della Carta: "Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui." Corte giust., Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, co. 41

⁶⁴² SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 9-10 e 19-20

del complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità del reato di cui si tratti, considerato che un'esigenza siffatta discende non soltanto dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, ma altresì dal principio di proporzionalità delle pene di cui all'articolo 49, paragrafo 3, della medesima. Tali norme devono prevedere l'obbligo per le autorità competenti, qualora venga inflitta una seconda sanzione, di far sì che la severità del complesso delle sanzioni imposte non sia superiore alla gravità del reato constatato.”⁶⁴³

In tal modo, la proporzionalità sanzionatoria viene collocata al centro della verifica, rendendo possibile il mantenimento del cumulo purché quest'ultimo rimanga entro limiti considerati tollerabili.

Nel caso Menci, relativo all'omesso versamento dell'IVA, il procedimento penale era stato instaurato successivamente alla conclusione definitiva di quello amministrativo. La Corte, pur rimettendo al giudice nazionale la verifica concreta, ritenne che la disciplina italiana potesse risultare compatibile con i limiti individuati.⁶⁴⁴

La verifica demandata al giudice nazionale riguarda l'onere concretamente subito dall'interessato: “Spetta, in definitiva, al giudice del rinvio valutare la proporzionalità dell'applicazione concreta della summenzionata normativa nell'ambito del procedimento principale, ponderando, da un lato, la gravità del reato tributario in discussione e, dall'altro, l'onere risultante concretamente per l'interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale.”⁶⁴⁵

La conclusione è significativa perché dimostra che neppure la definitività della prima sanzione amministrativa sostanzialmente penale impedisce necessariamente la prosecuzione del procedimento penale: il cumulo può sopravvivere qualora risponda agli obiettivi di interesse generale e sia “rispettoso delle condizioni di necessità e proporzionalità”. Silva considera proprio tale conclusione espressione del “discutibile salvataggio” del cumulo sanzionatorio tributario.⁶⁴⁶

La questione era stata anticipata da Giovanni Maria Flick con riferimento al rapporto tra gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico e i reati di omesso versamento

⁶⁴³ Corte giust., Menci, cit., co. 53-55

⁶⁴⁴ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 9-10 e 19-20

⁶⁴⁵ Corte giust., Menci, cit., co. 59

⁶⁴⁶ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 9-10 e 19-20

delle ritenute certificate o dell'IVA di cui agli art. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000. L'orientamento giurisprudenziale richiamato dall'Autore escludeva la specialità e ravvisava una progressione illecita, valorizzando la diversità delle scadenze e ammettendo così il cumulo. Flick contesta tale ricostruzione, poiché il reato annuale costituirebbe uno stadio crescente di offesa al medesimo interesse e implicherebbe necessariamente il passaggio attraverso l'omesso versamento periodico; gli illeciti minori dovrebbero quindi rimanere assorbiti, evitando che la stessa omissione venga nuovamente sanzionata sul piano penale solo perché portata avanti nel tempo.⁶⁴⁷

Nella successiva ricostruzione di Bontempelli, l'intervento operato dal d.lgs. n. 158 del 2015 sull'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000⁶⁴⁸ avrebbe in parte ridotto il problema: il pagamento tempestivo dei debiti tributari, comprensivi di sanzioni amministrative e interessi, rendeva non punibili, tra gli altri, i reati di omesso versamento delle ritenute e dell'IVA. Restavano però fuori i pagamenti non anteriori alla dichiarazione di apertura del dibattimento e, per i reati di cui agli art. 4 e 5, i casi nei quali il contribuente avesse già avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o procedimenti. Il rimedio veniva perciò letto come una tutela soltanto parziale rispetto al doppio binario.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, n. 5/2014, 939 ss

⁶⁴⁸ Art 13: Cause di non punibilità. Pagamento del debito tributario:

“1. I reati di cui agli articoli 10 bis, 10 ter e 10 quater, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso. 2. I reati di cui agli articoli 2, 3, 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali. 3. Qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa. Il Giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione. 3-bis. I reati di cui agli articoli 10 bis e 10 ter non sono punibili se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Ai fini di cui al primo periodo, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi. 3-ter. Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'articolo 131 bis del Codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, uno o più dei seguenti indici: [...]”

⁶⁴⁹ BONTEMPELLI M., *Verso un adattamento della disciplina italiana*, cit., 564.

Differente è l'esito raggiunto in *Garlsson Real Estate*, relativo alla manipolazione del mercato, nel quale era intervenuta una condanna penale definitiva mentre restava pendente il procedimento relativo alla sanzione amministrativa pecuniaria sostanzialmente penale.⁶⁵⁰ La Corte riconobbe che la prosecuzione del secondo procedimento poteva violare l'art. 50 quando la condanna penale già pronunciata fosse di per sé idonea a reprimere efficacemente, proporzionatamente e in maniera dissuasiva l'illecito. In tale ipotesi, la seconda reazione punitiva eccederebbe ciò che può essere considerato "strettamente necessario".⁶⁵¹ La Corte precisa il limite alla prosecuzione nei seguenti termini: "Ciò considerato, risulta che il fatto di proseguire un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi di tale articolo 187 ter eccederebbe quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, nei limiti in cui la condanna penale pronunciata in via definitiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare."⁶⁵²

La Corte giunge inoltre a tale conclusione indipendentemente dal "meccanismo di scomputo" tra le sanzioni pecuniarie, poiché, come sottolinea Silva, la sola compensazione nella fase esecutiva non sia sufficiente ad escludere il problema del *ne bis in idem*, poiché la duplice affermazione di responsabilità e la "duplice sottoposizione procedimentale" si sono già verificate. In tal senso, un meccanismo diretto solo a ridurre quantitativamente il cumulo non elimina necessariamente la violazione, soprattutto quando non tenga conto dell'intera severità del trattamento, comprese le pene detentive e accessorie.

Una soluzione ancora diversa emerge nei casi *Di Puma* e *Zecca*, dove il procedimento penale si era concluso definitivamente con una sentenza assolutoria e la questione riguardava la possibilità di proseguire successivamente il procedimento amministrativo. La Corte di Giustizia ritenne che una simile prosecuzione eccedesse manifestamente quanto necessario al perseguimento dell'obiettivo di tutela dell'integrità dei mercati finanziari quando la sentenza penale definitiva avesse già accertato l'insussistenza degli

⁶⁵⁰ Corte giust., Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate* e altri, causa C-537/16, co. 11-16.

⁶⁵¹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 13-14

⁶⁵² Corte giust., Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate* e altri, causa C-537/16, co. 59

elementi costitutivi dell'illecito. La decisione conferma così che la forza preclusiva del giudicato penale può risultare più intensa rispetto a quella riconosciuta alla precedente decisione amministrativa.

Proprio tale diversità conduce Silva a parlare di un *ne bis in idem* “asimmetrico”: quando il procedimento penale si conclude per primo, la sua definitività può rappresentare un limite particolarmente forte alla successiva risposta amministrativa; nell'ipotesi esaminata in Menci, invece, la precedente sanzione amministrativa sostanzialmente penale non esclude necessariamente il successivo procedimento penale, che può sopravvivere attraverso il giudizio di proporzionalità e necessità. Ne deriva il rischio che il livello di tutela finisca per dipendere dal procedimento che, casualmente o per la diversa durata, giunge per primo ad una decisione definitiva.⁶⁵³

Considerate nel loro insieme, le pronunce appena esaminate mostrano come non sia più possibile ricostruire il *ne bis in idem* europeo quale semplice divieto assoluto di instaurare o proseguire un secondo procedimento. L'iniziale stagione inaugurata da Grande Stevens, fondata sull'automatica preclusione del secondo procedimento una volta accertati *matière pénale, idem factum* e “definitività del primo giudizio”, è stata progressivamente sostituita da un modello più articolato, nel quale la pluralità procedimentale può essere tollerata quando costituisca espressione di una risposta sanzionatoria sufficientemente integrata e complessivamente proporzionata.⁶⁵⁴

Ne deriva, in conclusione, una garanzia ormai caratterizzata da una marcata tensione tra la propria originaria vocazione processuale e le esigenze sostanziali progressivamente incorporate nel relativo giudizio. Da una parte rimane ferma la necessità di proteggere l'individuo dalla reiterazione dell'intervento punitivo rispetto al medesimo fatto; dall'altra, la giurisprudenza europea ha reso sempre più decisivi la complementarità delle risposte, il coordinamento procedimentale e, soprattutto, la proporzionalità della sanzione complessiva. È proprio questa commistione a spiegare la “metamorfosi” del *ne bis in idem* europeo e la sua collocazione in una zona intermedia tra garanzia processuale e

⁶⁵³ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 14, 28-29; sul limite del meccanismo di scomputo previsto dall'art. 187-terdecies TUF nella formulazione esaminata dalla Corte, Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e altri*, causa C-537/16, co. 60

⁶⁵⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 1-4; in tal senso anche SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312 ss; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12-17

limite sostanziale al potere punitivo. Essa costituisce, al tempo stesso, il necessario punto di partenza per esaminare il problema del *ne bis in idem* all'interno dei concreti sistemi di doppio binario sanzionatorio, nei quali sarà necessario verificare se e in quale misura tali criteri siano effettivamente capaci di impedire una duplicazione punitiva ingiustificata.⁶⁵⁵

3.5 Dalla garanzia processuale alla questione sostanziale della doppia punizione

L'evoluzione appena esaminata consente di comprendere come il *ne bis in idem* europeo, pur essendosi sviluppato prevalentemente quale garanzia processuale contro la reiterazione del giudizio, abbia progressivamente riportato l'attenzione sulla questione, della duplicazione della risposta punitiva. La progressiva valorizzazione della proporzionalità, della complementarità degli scopi perseguiti e del coordinamento tra i procedimenti ha infatti determinato uno spostamento del "baricentro" della garanzia, rendendo sempre meno netta la tradizionale separazione tra dimensione processuale e sostanziale. Silva individua, proprio nei più recenti orientamenti delle Corti europee, un "fondamentale passaggio della prospettiva di analisi" dal piano processuale a quello sostanziale e, in particolare, verso la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.⁶⁵⁶

Tale trasformazione non comporta, tuttavia, una completa sovrapposizione tra i due profili del principio, poiché il *ne bis in idem* processuale conserva una propria funzione specifica, volta ad impedire che il soggetto sia nuovamente sottoposto all'esercizio della potestà punitiva statale per un fatto già definitivamente giudicato; quello sostanziale interviene invece sul diverso piano della qualificazione e della risposta sanzionatoria, mirando ad evitare che il medesimo contenuto di disvalore venga illegittimamente valutato e punito più volte. Giacona insiste, in tal senso, sull'"autonomia e diversità dei due *ne bis in idem*", pur riconoscendo che entrambi rispondono alla comune esigenza garantistica di evitare

⁶⁵⁵ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 1-4; in tal senso anche SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312ss; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12-17

⁶⁵⁶ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 27

eccessi persecutori, rispettivamente attraverso la duplicazione delle sanzioni e la riapertura di procedimenti già conclusi.

La risposta processuale si rende necessaria perché l'applicazione delle differenti conseguenze sanzionatorie è affidata ad autorità diverse, cioè all'autorità giudiziaria e a quella amministrativa. In altri termini, il problema si manifesta processualmente attraverso il *dual proceeding*, ma trova il proprio presupposto nella scelta sostanziale dell'ordinamento di assoggettare lo stesso fatto ad una pluralità di qualificazioni punitive.⁶⁵⁷

Il quadro ricostruito mostra, dunque, come nei sistemi a doppio binario la duplicazione processuale possa trovare il proprio presupposto in una scelta sostanziale dell'ordinamento, quando più fattispecie punitive siano destinate a convergere sul medesimo fatto. Ciò non determina una sovrapposizione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, ma spiega perché, in tali sistemi, le rispettive *rationes* vengano necessariamente a interagire.⁶⁵⁸

È in questo senso che può essere compresa la “metamorfosi” che ha caratterizzato il *ne bis in idem* nell'esperienza più recente. La progressiva “compenetrazione tra profilo processuale e profilo sostanziale” non determina necessariamente la nascita di un diverso e autonomo principio, ma dimostra come la tutela contro il doppio giudizio e quella contro la doppia punizione possano interagire quando l'ordinamento costruisca plurimi percorsi sanzionatori sullo stesso fatto. Giacona, pur opponendosi alla configurazione di un autonomo “terzo tipo” di *ne bis in idem*, riconosce così che la giurisprudenza europea ha prodotto una fisionomia particolarmente complessa della garanzia, nella quale l'esigenza di evitare duplicazioni processuali si intreccia sempre più intensamente con quella di prevenire eccessi punitivi.⁶⁵⁹

Anche Scoletta, nel tracciare un risultato intermedio della propria analisi, pone in evidenza la pluralità delle funzioni assunte dal principio, parlando di una “triplice funzione” e di un “triplice volto” del *ne bis in idem*. La garanzia non esaurisce quindi il

⁶⁵⁷ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 12-15

⁶⁵⁸ Giacona richiama Giovanni Maria Flick e Valerio Napoleoni, in GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 15

⁶⁵⁹ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 7ss

proprio rilievo in una sola dimensione, ma opera diversamente a seconda del piano sul quale viene in considerazione, imponendo di non confondere le autonome *rationes* della tutela processuale e di quella sostanziale e, al tempo stesso, di cogliere i punti nei quali esse entrano necessariamente in relazione. Tale precisazione assume particolare importanza proprio rispetto al doppio binario, nel quale l'interferenza tra i due piani emerge con maggiore evidenza.⁶⁶⁰

In definitiva, pur continuando le Corti europee e quella costituzionale a fare ricorso prevalentemente al *ne bis in idem* processuale, le questioni sottoposte al loro esame traggono origine dalla presenza di una pluralità di fattispecie punitive convergenti sul medesimo fatto. La soluzione processuale costituisce, in tale prospettiva, un rimedio alla duplicazione già verificatasi; la prospettiva sostanziale impone invece di interrogarsi sulle condizioni che la rendono possibile. È proprio da tale passaggio che emerge la necessità di spostare l'attenzione sulla struttura dei sistemi di doppio binario e sui meccanismi mediante i quali l'ordinamento tenta di coordinare, assorbire o compensare le diverse pretese punitive.

La ricostruzione del *ne bis in idem* sostanziale e processuale e della loro evoluzione sovranazionale conduce, quindi, direttamente al problema dei sistemi nei quali l'ordinamento predispone, per uno stesso fatto, una pluralità di risposte punitive formalmente appartenenti a settori differenti. È proprio in tale contesto che occorrerà verificare in che misura la duplicità delle sanzioni e dei procedimenti possa ancora ritenersi compatibile con il principio, quale funzione assuma la proporzionalità nel contenerne gli effetti e, soprattutto, se gli strumenti previsti dall'ordinamento interno siano effettivamente idonei a trasformare una pluralità di reazioni punitive in una "risposta complessivamente unitaria".⁶⁶¹

⁶⁶⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 321-323

⁶⁶¹ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 15-16; in tal senso anche: TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 3-6; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 32-34

4.

Il *ne bis in idem* interno, convenzionale ed eurounitario nel sistema del doppio binario sanzionatorio

4.1 Il principio di proporzionalità sanzionatoria

4.1.1 L'emersione della proporzionalità sanzionatoria e il suo fondamento costituzionale ed eurounitario

Il percorso compiuto fino a qui ha mostrato come l'evoluzione del *ne bis in idem* europeo abbia progressivamente spostato l'attenzione dalla mera duplicazione procedimentale alla complessiva incidenza punitiva dei sistemi a doppio binario. Una volta superata l'impostazione più rigorosa che collegava alla definitività del primo procedimento l'impossibilità di proseguire il secondo, il problema ha finito infatti per concentrarsi, in misura crescente, sulla sostenibilità della complessiva risposta sanzionatoria. In tale trasformazione il principio di proporzionalità ha assunto una posizione centrale, fino a diventare uno dei criteri attraverso i quali viene valutata la compatibilità della duplicazione punitiva con il *ne bis in idem*. Il tema merita di essere approfondito autonomamente, poiché la proporzionalità non costituisce soltanto uno dei parametri elaborati dalla giurisprudenza europea per i sistemi a doppio binario, ma presenta una propria dimensione sostanziale e pone il problema, più radicale, del rapporto tra divieto di doppia punizione, eccesso sanzionatorio e pluralità delle qualificazioni giuridiche.⁶⁶²

Significativa è, sotto questo profilo, la ricostruzione di Tripodi, il quale individua nell'ingresso della proporzionalità all'interno del giudizio sul *bis in idem* la sovrapposizione di due parametri originariamente distinti. Il *ne bis in idem* processuale, infatti, nasce come garanzia destinata ad operare indipendentemente da una valutazione sulla misura della pena: ciò che rileva è la duplicazione del procedimento sul medesimo

⁶⁶² TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1072-1074; in tal senso anche SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 32-33; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-321

fatto. La successiva evoluzione convenzionale ha però attribuito rilievo anche alla proporzione della risposta sanzionatoria complessiva, sino a fare di tale elemento uno degli indici maggiormente significativi per valutare l'unitarietà della reazione punitiva. Tripodi osserva così come il giudizio di proporzione abbia finito per inserirsi in una garanzia che, nella sua struttura tradizionale, non presupponeva alcuna verifica quantitativa o qualitativa sulla severità del trattamento sanzionatorio.⁶⁶³

Lo stesso fenomeno viene dall'Autore letto come una sorta di interferenza della dimensione sostanziale del *ne bis in idem* in quella processuale. La valutazione di proporzionalità della risposta sanzionatoria non sarebbe infatti estranea al terreno concettuale del divieto di doppia punizione, ma apparterebbe alla sua dimensione sostanziale; da qui la possibilità di descrivere l'evoluzione delle Corti europee come una "ingerenza" del volto sostanziale del principio all'interno della sua declinazione processuale. Non si tratta, quindi, semplicemente di una modificazione delle condizioni di operatività del divieto processuale, ma dell'emersione, al suo interno, di una "diversa esigenza garantistica": evitare che la pluralità degli strumenti punitivi determini una risposta complessivamente eccedente rispetto a quella giustificata dal fatto.⁶⁶⁴

Nella medesima prospettiva, Vallini osserva come A e B c. Norvegia finisca per valorizzare canoni propri del *ne bis in idem* sostanziale -legalità, prevedibilità, proporzionalità e ragionevolezza- al fine di ridimensionare la portata del divieto processuale di duplicazione.⁶⁶⁵

Tripodi pone una precisazione a riguardo: la proporzionalità che viene in rilievo in tale contesto non coincide integralmente con il più generale *balancing test* utilizzato nella tutela dei diritti fondamentali. In quest'ultimo ambito, il giudizio di proporzione opera normalmente quale tecnica di bilanciamento tra un diritto e gli interessi contrapposti che ne giustificano una limitazione; nel campo dei cumuli punitivi, invece, assume rilievo soprattutto quella che l'Autore riconduce alla dimensione "formale" della proporzionalità, avente ad oggetto direttamente il rapporto tra gravità dell'illecito e trattamento sanzionatorio. Il problema diviene quindi quello di stabilire se la risposta

⁶⁶³ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1072-1073

⁶⁶⁴ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1073

⁶⁶⁵ VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 537-538

punitiva complessivamente inflitta sia adeguata rispetto al fatto, pur permanendo, sullo sfondo, anche un bilanciamento tra il diritto fondamentale al *ne bis in idem* e l'interesse all'effettività della repressione.⁶⁶⁶

Tale distinzione può essere ulteriormente precisata attraverso la ricostruzione di Francesco Viganò, il quale contrappone alla proporzionalità “prospettica”, propria del controllo sulle misure incidenti sui diritti fondamentali, una proporzionalità “retrospettiva”, caratteristica delle sanzioni punitive: nel primo caso il giudizio guarda alla finalità perseguita dalla norma e si sviluppa attraverso le verifiche di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto; nel secondo, invece, assume direttamente rilievo il rapporto tra la severità della risposta sanzionatoria e la gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito. La proporzionalità sanzionatoria si caratterizza così per uno sguardo rivolto al fatto già commesso, volto ad evitare che il sacrificio imposto al destinatario risulti manifestamente ingiusto rispetto al disvalore espresso dalla condotta.⁶⁶⁷

Al di fuori dello specifico problema del *ne bis in idem*, il principio di proporzionalità della pena ha progressivamente acquisito una propria consistenza normativa, trovando sul piano eurounitario un espresso riconoscimento nell'art. 49 CDFUE, il quale, sia pure nella formulazione negativa del divieto di sproporzione, stabilisce che le pene non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Sul versante convenzionale, nonostante l'assenza nella CEDU di un'analogia disposizione generale, l'Autore evidenzia come la Corte di Strasburgo abbia comunque riconosciuto un limite nelle ipotesi di pene gravemente e manifestamente sproporzionate. Si delinea così un principio che, pur attraverso percorsi differenti, opera quale limite alla discrezionalità punitiva e alla possibilità che la severità della risposta sanzionatoria superi quanto giustificato dal fatto.

L'Autore sottolinea come anche nell'ordinamento costituzionale interno la proporzionalità ha conosciuto un significativo rafforzamento, in particolare, evidenzia il passaggio da un controllo tradizionalmente costruito attraverso il principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., e quindi mediante il confronto con un

⁶⁶⁶ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1073-1075

⁶⁶⁷ VIGANÒ F., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 2025, 11-12

tertium comparationis, verso un riconoscimento maggiormente autonomo del principio di proporzione della pena. Richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2016, l'Autore osserva come sia stato attribuito alla proporzione un "ruolo operativo autosufficiente", tale da consentire che il vizio della sanzione emerga direttamente dalla medesima determinazione legislativa della pena, senza che l'irragionevolezza debba necessariamente essere dimostrata attraverso il confronto con una diversa fattispecie.⁶⁶⁸

La sentenza n. 236 del 2016 chiarisce il problema dell'individuazione della disciplina sostitutiva della cornice dichiarata sproporzionata sottolineando come per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella riservata al legislatore, l'intervento della Corte deve muoversi attraverso "precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo". Come evidenzia Enrico Cottu, il *tertium comparationis* perde così la funzione di necessario punto di partenza del giudizio sulla sproporzione, ma conserva un ruolo successivo e servente nel momento "terapeutico" del controllo, quale riferimento per individuare la soluzione sostitutiva e impedire che la correzione della pena si trasformi in una libera scelta di politica sanzionatoria.⁶⁶⁹

Il fondamento costituzionale di tale controllo viene così progressivamente ricondotto anche all'art. 27 Cost, dove la sproporzione non rileva soltanto come disparità rispetto al trattamento riservato ad altri fatti, ma può emergere internamente alla stessa valutazione della meritevolezza di pena, poiché una sanzione eccedente rispetto alla gravità del fatto contrasta con la funzione che la Costituzione assegna alla pena. In questo senso Tripodi collega la proporzionalità alla finalità rieducativa di cui all'art. 27, co. 3, Cost., evidenziando come cornici eccessivamente severe possano impedire quella stessa funzione che dovrebbe giustificare l'intervento punitivo. Rimane una concezione prevalentemente negativa del principio, poiché il controllo costituzionale continua a concentrarsi soprattutto sulle ipotesi di sproporzione "manifesta".⁶⁷⁰

La stessa evoluzione viene valorizzata da Silva, la quale evidenzia il crescente spazio acquisito dalla proporzionalità penale sia nell'ordinamento interno sia in quello

⁶⁶⁸ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1077-1078

⁶⁶⁹ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, co. 4.3-5; COTTU E., *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2017, 476-478

⁶⁷⁰ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1078-1079

sovrana. L'Autrice richiama, a tale riguardo, anche la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, nella quale la sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto viene ricondotta congiuntamente agli art. 3 e 27 Cost., in ragione dell'ostacolo che una pena sproporzionata rappresenta rispetto alla funzione rieducativa. Ne emerge un principio sempre meno diretto al mero giudizio comparativo di ragionevolezza e progressivamente orientato verso quello che Silva definisce, riprendendo la dottrina, uno "statuto forte" della proporzionalità penale.⁶⁷¹

Il collegamento con l'individualizzazione del trattamento è reso evidente dalla stessa sentenza n. 222 del 2018. La Corte osserva infatti che, affinché la pena inflitta al singolo condannato non risulti sproporzionata rispetto alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto commesso, il sistema deve normalmente lasciare al giudice uno spazio di commisurazione tra un minimo e un massimo, così da assicurare una risposta il più possibile "individualizzata". La proporzionalità non opera, quindi, soltanto come limite alla severità astratta della comminatoria, ma richiede anche che la disciplina consenta di adattare la risposta punitiva alle peculiarità del caso concreto.⁶⁷²

Un'ulteriore conferma del rafforzamento della proporzionalità nel diritto dell'Unione proviene dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'8 marzo 2022, NE. Sebbene la vicenda non riguardasse un sistema a doppio binario, la Corte ha riconosciuto al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto dall'art. 20 della direttiva 2014/67 carattere incondizionato e sufficientemente preciso, attribuendogli efficacia diretta. La pronuncia assume un rilievo più generale laddove precisa che il rispetto della proporzionalità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, vincolante per gli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, e che, quando vengano in rilievo sanzioni aventi carattere specificamente penale, deve essere rispettato anche l'art. 49, co. 3, CDFUE, secondo cui le pene non possono risultare sproporzionate rispetto al reato. In tale prospettiva, la Corte qualifica espressamente il principio come avente "carattere imperativo".

L'effettività del principio incide direttamente sui poteri del giudice nazionale, il quale, qualora non sia possibile interpretare la disciplina interna in modo conforme al diritto

⁶⁷¹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 33-34

⁶⁷² Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, co. 7.1

dell'Unione, il principio del primato impone infatti di disapplicare le disposizioni nazionali incompatibili con il requisito di proporzionalità, ma soltanto nei limiti necessari a consentire l'irrogazione di una sanzione proporzionata, che rimanga al contempo effettiva e dissuasiva.⁶⁷³

Una specifica manifestazione del principio in materia tributaria emerge dalla ricostruzione di Enrico Traversa, il quale richiama la sentenza EN.SA. della Corte di giustizia. La vicenda riguardava operazioni fittizie che non avevano determinato perdite per l'Erario e rispetto alle quali era stata applicata una sanzione pari al 100% dell'IVA indebitamente detratta. Nella lettura dell'Autore, la sproporzione derivava proprio dall'automatismo della misura, che non teneva conto dell'avvenuto versamento a valle del medesimo importo e dell'assenza di un debito d'imposta. Il richiamo consente di cogliere come il controllo sulla proporzionalità non dipenda necessariamente dalla presenza di un doppio binario, ma investa già la capacità della singola sanzione di adeguarsi alle caratteristiche della violazione.⁶⁷⁴

4.1.2 La proporzionalità della risposta punitiva complessiva nei sistemi a doppio binario

È proprio nei sistemi a doppio binario che il giudizio di proporzionalità assume una fisionomia peculiare, come afferma Tripodi, “al rinnovato giudizio di proporzionalità sanzionatoria non dovrebbero potersi sottrarre i sistemi a doppio binario”, con la conseguenza che il vaglio non può essere effettuato separatamente sulla singola sanzione penale o sulla singola misura formalmente amministrativa. Il parametro deve essere, piuttosto, l’“assetto sanzionatorio complessivo”: ciò che occorre valutare è l'incidenza unitaria della pluralità delle conseguenze punitive che, pur provenendo da diversi settori dell'ordinamento, incidono sul medesimo soggetto in relazione al fatto.

⁶⁷³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, NE, causa C-205/20, co. 22-32, 35-44; VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2022, 14-16; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 4-5.

⁶⁷⁴ TRAVERSA E., *Analisi sistematica di quarant'anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di Giustizia (1983-2023)*, in *Dir. prat. trib. int.*, n. 2/2023, 556, con riferimento a Corte giust. UE, 2019, EN.SA., causa C-712/17

Una simile verifica è necessariamente più complessa rispetto al tradizionale controllo sulla singola cornice edittale, poiché, nel doppio binario non si tratta di porre in relazione una fattispecie con la pena che direttamente le corrisponde, bensì di ricostruire un trattamento composito, formato da conseguenze di natura e struttura differenti. Proprio per questo Tripodi attribuisce particolare importanza alla parziale emancipazione del giudizio di proporzionalità dal *tertium comparationis*: sarebbe infatti particolarmente difficile individuare, nei sistemi punitivi cumulativi, un modello legislativo omogeneo con il quale confrontare la combinazione delle diverse sanzioni. Il vizio deve allora poter emergere dalla sproporzione intrinseca dell'assetto complessivamente considerato.

Il problema non si esaurisce nel semplice accertamento di un *quantum* complessivamente eccessivo, ma è lo stesso Tripodi a collegare strettamente proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale, individuando nel divieto di doppia punizione uno dei possibili strumenti attraverso i quali la domanda di proporzione può incidere sul concorso di illeciti. Quando l'ordinamento non predisponga adeguati meccanismi di compensazione e il cumulo non derivi da un'espressa ed inequivocabile scelta legislativa, l'Autore prospetta infatti la valorizzazione di criteri ulteriori rispetto alla sola specialità, capaci di impedire l'applicazione congiunta delle diverse fattispecie. La proporzionalità tende così a retroagire dal momento della determinazione della pena al precedente problema dell'individuazione degli illeciti effettivamente concorrenti.⁶⁷⁵

4.1.3 Proporzionalità sanzionatoria e rafforzamento del *ne bis in idem* sostanziale

In tale prospettiva si colloca la proposta più innovativa elaborata da Tripodi, volta a promuovere una vera e propria “*upgradation* del *ne bis in idem* sostanziale” sotto la copertura costituzionale della proporzione sanzionatoria. L'idea muove dalla considerazione per cui gli strumenti destinati ad escludere il cumulo possono essere letti come manifestazioni, sul terreno del concorso di illeciti, della medesima esigenza di impedire che il trattamento punitivo superi quanto giustificato dal fatto. La proporzionalità fornirebbe così una base valoriale e costituzionale più forte al *ne bis in*

⁶⁷⁵ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1081

idem sostanziale, consentendo di attribuirgli quella forma e quel contenuto di principio che, nella ricostruzione dell'Autore, rappresentano una possibile "meta di approdo".

La proposta non si traduce automaticamente nell'eliminazione di ogni cumulo: secondo Tripodi, occorre distinguere i casi in cui l'applicazione congiunta degli illeciti possa essere esclusa già in via interpretativa, mediante i criteri del concorso apparente, da quelli in cui la duplicazione sia imposta da una scelta del legislatore o non possa essere superata attraverso la qualificazione giuridica delle condotte. In queste ultime situazioni la proporzionalità si sposta necessariamente verso il momento commisurativo: se entrambe le pretese punitive devono giungere ad applicazione, occorre almeno evitare che la loro combinazione determini un sacrificio eccessivo.

Da ciò deriva l'attenzione dedicata dall'Autore ai possibili meccanismi di compensazione: alcuni ordinamenti settoriali prevedono "strumenti espressi di scomputo o coordinamento", ma Tripodi ne segnala la capacità soltanto parziale di neutralizzare il cumulo, specialmente quando la compensazione riguardi esclusivamente componenti omogenee, come le sanzioni pecuniarie, lasciando impregiudicati altri effetti afflittivi. Il rispetto della proporzionalità complessiva richiede invece una considerazione unitaria del carico punitivo, non potendo essere assicurato da un meccanismo che neutralizzi soltanto una parte delle conseguenze prodotte dai due procedimenti.

Quando manchi un adeguato meccanismo legislativo, l'Autore individua quindi nel giudice del secondo procedimento un possibile soggetto chiamato a contenere gli effetti della duplicazione. Nell'ipotesi in cui il procedimento penale segua quello amministrativo, il giudice potrebbe tener conto della sanzione già irrogata nella determinazione della pena, effettuando scelte commisurative "minimaliste" e impedendo che la seconda risposta punitiva si aggiunga integralmente alla prima. Tripodi ricerca il fondamento di una simile operazione nei criteri di cui all'art. 133 c.p., interpretati in maniera sufficientemente ampia da consentire la considerazione della precedente vicenda sanzionatoria.⁶⁷⁶

Una concreta applicazione di tale impostazione si rinviene nella giurisprudenza di legittimità in materia di abusi di mercato. Con la sentenza n. 45829 del 2018, la

⁶⁷⁶ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1083

Cassazione ha riconosciuto che il giudizio sulla proporzionalità del cumulo può essere compiuto anche in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 620, co. 1, lett. l), c.p.p., quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, assumendo proprio i criteri dell'art. 133 c.p. quale parametro per commisurare la risposta complessivamente inflitta. Federico Boncompagni, pur condividendo l'individuazione di tale disposizione quale riferimento per l'esercizio del potere giudiziale, evidenzia tuttavia l'incertezza dei criteri che essa offre e mette in guardia dal rischio di desumere la proporzionalità dalla sola circostanza che le sanzioni siano state applicate in prossimità dei rispettivi minimi edittali: anche un cumulo di misure contenute nei limiti minimi può infatti determinare un carico complessivamente assai afflittivo.⁶⁷⁷

Un'Analoga esigenza viene ravvisata con riferimento alle sanzioni pecuniarie da Tripodi, che richiama l'art. 133-bis c.p. e, per l'illecito amministrativo, l'art. 11 della l. n. 689 del 1981, nella misura in cui la considerazione delle condizioni economiche dell'agente possa essere utilizzata anche per evitare che una sanzione ulteriore, sommata a quella già applicata, produca un'onerosità intollerabile. Il punto non consiste, dunque, nel negare necessariamente la seconda pretesa punitiva, ma nel calibrare la sua intensità sulla sanzione già subita, affinché il risultato finale non superi la misura complessivamente giustificata.⁶⁷⁸

Tale operazione viene ricondotta dall'Autore direttamente ai principi costituzionali della pena, dove la proporzionalità sanzionatoria viene infatti qualificata come "precipitato del principio di colpevolezza e di quello rieducativo", con riferimento ai co. 1 e 3 dell'art. 27 Cost. Punire in misura eccessiva rispetto al fatto e alla responsabilità del soggetto non determina soltanto un problema quantitativo, ma incide sulla stessa legittimità della risposta punitiva e sulla sua capacità di perseguire finalità rieducative. È in questa prospettiva che la questione del cumulo assume una dimensione costituzionale più ampia rispetto alla sola garanzia processuale contro il secondo giudizio.⁶⁷⁹

All'esito della propria ricostruzione, Tripodi attribuisce dunque alla vicenda del *ne bis in idem* europeo un significato che oltrepassa lo stesso divieto processuale. Pur attraverso

⁶⁷⁷ Cass. pen., sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829; BONCOMPAGNI F., *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2019, 405-406

⁶⁷⁸ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1083-1084

⁶⁷⁹ L'Autore richiama Dolcini e Pulitanò in TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1084

gli “*stop and go*” della giurisprudenza convenzionale, la domanda di proporzione sanzionatoria avrebbe riportato l’attenzione sul *ne bis in idem* sostanziale e, più in generale, sulla proporzionalità formale. Il doppio binario diviene così uno dei luoghi nei quali emerge con maggiore evidenza la tensione tra moltiplicazione degli strumenti repressivi e necessità di contenere l’intervento statale entro la misura giustificata dal disvalore del fatto.⁶⁸⁰

4.1.4 Proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale: modelli ricostruttivi e rilievi critici

Una ricostruzione particolarmente ampia del rapporto tra proporzionalità e *ne bis in idem* è proposta da Alessandro Giovannini, con specifico riferimento al riformato sistema punitivo tributario. L’Autore individua nel principio di proporzionalità il nuovo “direttore d’orchestra” del sistema punitivo, attribuendogli una funzione che trascende la mera valutazione quantitativa della singola sanzione. Distingue, infatti, una proporzionalità “intrinseca”, riferita al rapporto tra la misura della pena e la gravità della violazione del bene tutelato, da una proporzionalità “estrinseca”, la quale assume invece una portata sistematica e diviene criterio regolatore dei rapporti “fra procedimenti e fra misure punitive”, tanto nella fase delle scelte legislative quanto in quella interpretativa. In tale seconda dimensione, la proporzionalità non riguarda più soltanto il *quantum* della risposta, ma l’ordinamento complessivo delle diverse manifestazioni della potestà punitiva.⁶⁸¹

Muovendo da tale premessa, Giovannini propone una lettura particolarmente incisiva del rapporto tra proporzionalità e *ne bis in idem*. Quest’ultimo avrebbe, secondo l’Autore, una “doppia struttura”, potendo essere considerato tanto quale principio quanto quale regola: sotto il primo profilo, esso veicolerebbe un’esigenza valoriale di proporzione della complessiva reazione punitiva; sotto il secondo, costituirebbe invece la specifica regola destinata a governare il cumulo e il relativo divieto. Proprio quando la proporzionalità viene intesa nella sua dimensione “estrinseca” e sistemica, essa finisce così, “in termini

⁶⁸⁰ TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1084-1086

⁶⁸¹ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità, ne bis in idem e specialità nel riformato sistema punitivo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 3-4

valoriali, per assorbire il *ne bis in idem*”, mentre quest’ultimo mantiene una propria autonomia quale regola applicativa.⁶⁸²

La ricostruzione si spinge, quindi, oltre la semplice constatazione dell’interferenza tra i due principi; infatti, la proporzionalità tende ad assumere una funzione ordinatrice più ampia: il divieto del *bis in idem*, l’efficacia delle decisioni pronunciate negli altri procedimenti, la specialità e gli ulteriori meccanismi di coordinamento vengono ricostruiti quali differenti regole attraverso le quali trova attuazione il più generale principio di proporzionalità. Non a caso, Giovannini considera quest’ultimo un principio “immanente all’ordinamento”, capace di operare direttamente e di intervenire anche quando dal cumulo di più misure applicate al medesimo fatto derivi un carico punitivo eccessivo rispetto alla gravità della violazione.⁶⁸³

Su una posizione differente e sensibilmente più critica si colloca Silva, la quale parte dalla constatazione che la proporzionalità abbia progressivamente acquistato uno spazio centrale nella giurisprudenza sul *ne bis in idem*, sino a diventare il parametro sul quale maggiormente convergono gli orientamenti, pur differenti, della Corte EDU e della Corte di giustizia. Mentre gli ulteriori indici elaborati dalle Corti possono risultare elastici e di incerta applicazione, la proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva emerge con particolare nettezza quale criterio destinato ad incidere sulla legittimità del cumulo.

L’Autrice descrive efficacemente tale evoluzione affermando che la proporzionalità diviene “l’unico criterio che emerge” da un insieme di parametri altrimenti troppo sfumati, fino ad assumere il ruolo di “criterio-guida” nella definizione del perimetro del *ne bis in idem*. La stessa Cassazione, secondo la ricostruzione dell’Autrice, ha recepito questa tendenza individuando il nucleo della garanzia nel rispetto della proporzionalità sanzionatoria complessiva. Il risultato è un significativo mutamento di prospettiva: il problema non viene più posto solo in termini di duplicazione, ma anche, e soprattutto, di misura del trattamento complessivamente sopportato dal destinatario.⁶⁸⁴

Proprio tale centralità induce Silva a confrontarsi direttamente con la proposta di Tripodi, richiamando espressamente l’idea di una “*upgradation* del *ne bis in idem* sostanziale”

⁶⁸² GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 3-4

⁶⁸³ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 4-5

⁶⁸⁴ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 32-33

sotto la copertura costituzionale della proporzionalità, riconoscendo come questa abbia acquisito un rilievo sempre maggiore tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello europeo. Non viene dunque contestato il nesso tra i due principi, né la funzione garantistica della proporzione rispetto ad un trattamento che superi il disvalore della condotta; ciò che Silva mette in discussione è, piuttosto, la possibilità di far dipendere dalla proporzionalità la stessa consistenza normativa e costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale.⁶⁸⁵

Per l'Autrice il legame tra *ne bis in idem* sostanziale e proporzionalità è "inequivocabile", ma proprio per questo deve essere correttamente delimitato. La proporzione costituisce una garanzia contro l'eccesso punitivo; tuttavia, far coincidere il contenuto del divieto di doppia punizione con un giudizio sul *quantum* della risposta sanzionatoria determinerebbe quella che l'Autrice definisce una "pericolosa inversione argomentativa". Il rischio sarebbe quello di considerare il *ne bis in idem* privo di una propria portata normativa e di attribuirgli rilevanza soltanto attraverso un altro principio, con la conseguenza di capovolgere il rapporto tra le due garanzie.⁶⁸⁶

La critica si comprende alla luce della ricostruzione del *ne bis in idem* sostanziale sostenuta dalla stessa Autrice, la quale riconosce al principio una propria rilevanza costituzionale, collegandolo ai principi di legalità, personalità della responsabilità penale e offensività: il soggetto deve rispondere nei limiti dell'offesa concretamente riconducibile alla propria condotta, con la conseguenza che non può essere duplicata la risposta punitiva quando una sola fattispecie sia già idonea ad esaurire integralmente il disvalore del fatto. Il *ne bis in idem* sostanziale possiede, in tale prospettiva, uno "statuto autonomo di principio costituzionale inespresso" e non necessita della proporzionalità per acquistare tale consistenza.⁶⁸⁷

Secondo Silva, la differenza tra i due principi attiene soprattutto al rispettivo momento operativo, poiché la questione del *ne bis in idem* sostanziale e della duplicazione delle qualificazioni giuridiche si colloca sul piano della "Teoria della norma", in una fase logicamente anteriore rispetto a quella della valutazione della proporzionalità delle

⁶⁸⁵ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 33-35; TRIPODI A. F., *Cumuli punitivi*, cit., 1081

⁶⁸⁶ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 33-34

⁶⁸⁷ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 290-299

conseguenze sanzionatorie. Prima occorre stabilire se più fattispecie possano effettivamente concorrere oppure se una di esse debba assorbire l'altra; soltanto dopo, individuate le norme applicabili, si può verificare se il trattamento risultante sia proporzionato. Da ciò discende che i due problemi sono profondamente connessi, ma non possono essere sovrapposti.

Secondo l'Autrice deriva, anzi, una diversa prospettiva sul rapporto causale tra le due garanzie: è il previo rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, ottenuto mediante una corretta risoluzione del concorso apparente attraverso i criteri strutturali o valoriali applicabili, a garantire successivamente la proporzionalità della risposta sanzionatoria. Se viene evitata in partenza la duplicazione del medesimo giudizio di disvalore, anche il trattamento punitivo risulterà preservato dall'aggravio prodotto da una qualificazione normativa sproporzionata. La proporzionalità costituisce quindi un risultato e una garanzia ulteriormente assicurata dal *ne bis in idem*, non necessariamente il fondamento dal quale quest'ultimo deve essere fatto derivare.⁶⁸⁸

Questa diversa collocazione consente anche di comprendere la critica che Silva muove all'eccessivo affidamento sul giudizio di proporzione. Tale giudizio è inevitabilmente connotato da una significativa componente valutativa e, secondo l'Autrice, risulta carente di quella preventiva predeterminazione capace di assicurare risultati sufficientemente certi. Affidare integralmente al giudice la determinazione della misura complessivamente tollerabile del cumulo significa quindi ampliare lo spazio della discrezionalità applicativa, con il rischio che rispetto alle medesime disposizioni possano essere raggiunte conclusioni differenti. Sotto questo aspetto la proporzionalità non presenta un grado di certezza tale da poter sostituire integralmente i criteri destinati a stabilire quali norme debbano trovare applicazione.⁶⁸⁹

Silva non intende con ciò negare l'importanza della proporzione complessiva, ma al contrario, la definisce una "garanzia fondamentale" e un "limite invalicabile" capace di offrire una tutela, sia pure parziale, rispetto al *ne bis in idem*. Ciò che l'Autrice rifiuta è l'"appiattimento" dell'intera garanzia sul mero controllo della misura finale della pena: una simile soluzione trascurerebbe infatti il problema della moltiplicazione delle

⁶⁸⁸ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35

⁶⁸⁹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35, richiama M. Papa

qualificazioni giuridiche e confinerebbe il divieto di doppia punizione nella sola fase applicativa delle conseguenze sanzionatorie.

Ciò è particolarmente rilevante rispetto ai sistemi a doppio binario, poiché una risposta complessivamente proporzionata non esclude che il medesimo disvalore sia stato preso in considerazione due volte. La riduzione della seconda sanzione può rendere meno gravoso il risultato quantitativo, ma lascia aperto il problema logicamente precedente della legittimità della duplice qualificazione e della duplice pretesa punitiva. In questo senso, il controllo sulla proporzionalità non è necessariamente equivalente alla garanzia contro il *bis*: il primo può limitare la severità della duplicazione senza necessariamente eliminarne il fondamento normativo.⁶⁹⁰

4.1.5 I limiti della correzione sanzionatoria: proporzionalità, commisurazione e legalità

La medesima criticità è affrontata da Scoletta quando prende in considerazione il rapporto tra cumulo giuridico, commisurazione o assorbimento della pena e proporzionalità. La possibilità di correggere il risultato sanzionatorio attraverso la determinazione concreta della pena può rappresentare una soluzione idonea ad impedire conseguenze eccessive; sotto il profilo sistematico, tuttavia, essa non coincide con la risoluzione del problema del concorso. Il contenimento della pena agisce sul risultato finale, mentre il *ne bis in idem* sostanziale pone la questione preliminare se il medesimo contenuto di disvalore possa essere autonomamente imputato attraverso più fattispecie.

Proprio per questo l'Autore qualifica la soluzione fondata sulla commisurazione o sull'assorbimento della pena come "pragmaticamente accettabile" ma "sistematicamente discutibile". Il ricorso al *quantum* può evitare che la somma concreta delle pene risulti eccessiva, ma non risolve necessariamente la duplicazione sul piano dell'*an* della responsabilità e delle qualificazioni normative. In tal modo, il soggetto può continuare ad essere destinatario di due autonome valutazioni punitive, mentre solo gli effetti sanzionatori vengono successivamente ridotti. Il principio di proporzionalità mostra così

⁶⁹⁰ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 34-36; in tal senso SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454

tutta la propria utilità correttiva, ma anche il limite derivante dal suo operare prevalentemente a valle.⁶⁹¹

Tale rilievo si collega alla più ampia ricostruzione di Scoletta relativa alla particolare fisionomia assunta dal *ne bis in idem* nei meccanismi punitivi a doppio binario; in tali sistemi la proporzionalità diviene infatti il punto nel quale la garanzia processuale contro il secondo procedimento e l'esigenza sostanziale di evitare una duplicazione punitiva tendono ad avvicinarsi. L'Autore sottolinea come le più recenti evoluzioni giurisprudenziali, pur muovendo dal *ne bis in idem* processuale, producano conseguenze che interessano direttamente la sua dimensione sostanziale, soprattutto in ragione della centralità attribuita alla proporzionalità nella valutazione della legittimità del trattamento cumulativo.

Il significato del test di proporzionalità deve, tuttavia, essere letto secondo Scoletta all'interno del "peculiare contesto sistematico" nel quale esso è stato elaborato, poiché la proporzione del trattamento non è un parametro astrattamente separabile dagli altri elementi che consentono di ricondurre i due procedimenti ad una risposta integrata; si inserisce, piuttosto, in un sistema nel quale la duplicazione viene tollerata perché i diversi segmenti della reazione punitiva dovrebbero costituire parti coordinate di un unico complesso. Da questo punto di vista, la proporzionalità può essere intesa come forma di "proporzionalità punitiva integrata", ma non come criterio automaticamente capace, da solo, di trasformare due autonome pretese punitive in un'unica risposta.⁶⁹²

La progressiva centralità del principio è confermata anche da Giacona, il quale osserva che il *ne bis in idem* sostanziale si presenta oggi "strettamente collegato al principio di proporzionalità", individuandone il fondamento, secondo l'elaborazione richiamata, negli art. 3 e 27, co. 3, Cost. e nell'art. 49, co. 3, CDFUE. Il problema assume particolare rilievo quando una stessa condotta sia astrattamente riconducibile a più illeciti: non ogni pluralità determina necessariamente un trattamento sproporzionato, come dimostra la fisiologica ammissibilità del concorso formale, ma occorre verificare se, nelle concrete relazioni tra

⁶⁹¹ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454

⁶⁹² SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-321

le fattispecie, il cumulo non comporti un aggravio punitivo privo di adeguata giustificazione.⁶⁹³

Ancora più rilevante, rispetto al doppio binario, è il rilievo secondo cui la giurisprudenza successiva ad *A e B c. Norvegia* ha finito per accentuare in maniera crescente l'indice della proporzionalità complessiva. Giacona richiama la critica secondo cui, nella giurisprudenza di Lussemburgo, la complessa criteriologia originariamente elaborata sarebbe stata in parte "annacquata", valorizzando quasi esclusivamente la proporzionalità del trattamento cumulativo. In tale prospettiva sarebbe sufficiente, almeno tendenzialmente, che la seconda autorità tenga conto della sanzione già irrogata e applichi soltanto l'eventuale quota ulteriore ritenuta necessaria affinché il doppio binario possa essere ricondotto entro limiti compatibili con il diritto europeo.

Come rileva Giacona, una simile impostazione, tuttavia, produce una trasformazione profonda del *ne bis in idem*, e la garanzia rischia di mutare in un "*ne ultra "iustum" in bis in idem*": non sarebbe più vietata in quanto tale la duplicazione punitiva, ma soltanto quella parte della duplicazione che conduca ad un risultato ritenuto quantitativamente eccessivo. Si ammetterebbe, in altri termini, la pluralità dei procedimenti e delle sanzioni purché il risultato finale sia "giusto" in termini di proporzione. È proprio questa metamorfosi a rendere particolarmente delicato il rapporto tra proporzionalità e divieto di *bis*, perché un principio destinato originariamente ad impedire la reiterazione rischia di trasformarsi in un criterio di semplice contenimento della relativa intensità.⁶⁹⁴

La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022 consente di delimitare il rapporto tra proporzionalità e *ne bis in idem*: la Consulta chiarisce, anzitutto, come la garanzia convenzionale sia diretta a proteggere l'interessato non soltanto dalla prospettiva dell'inflizione di una seconda pena, ma, ancor prima, dalla stessa sottoposizione ad un nuovo processo per il medesimo fatto, indipendentemente dall'esito del primo procedimento. La proporzionalità della pena costituisce, invece, una garanzia distinta, fondata su autonome basi normative, individuate negli art. 3 e 27 Cost. e, sul piano eurounitario, nell'art. 49, co. 3, CDFUE. Ne deriva che il controllo sulla misura complessiva della risposta sanzionatoria, pur assumendo rilievo nella valutazione dei

⁶⁹³ GIACONA I, *I due ne bis in idem*, cit., 13

⁶⁹⁴ GIACONA I, *I due ne bis in idem*, cit., 8-10

sistemi a doppio binario, non può assorbire integralmente la diversa garanzia contro la reiterazione procedimentale.⁶⁹⁵

Il problema si manifesta in termini ancora più netti quando l'esigenza di proporzionalità richieda di incidere sulla cornice sanzionatoria legislativamente prevista, poiché la sentenza *NE* chiarisce espressamente il rapporto tra disapplicazione *in bonam partem* e principio di legalità. Secondo la Corte, la disapplicazione delle disposizioni nazionali incompatibili con il requisito di proporzionalità, nella misura necessaria a ridurre la severità della sanzione, non contrasta con i principi di certezza del diritto e di legalità dei reati e delle pene. In particolare, mentre il principio di irretroattività impedisce di aggravare retroattivamente il trattamento sanzionatorio applicabile all'interessato, esso non impedisce l'applicazione di una pena più lieve. L'intervento richiesto dal diritto dell'Unione rimane, inoltre, circoscritto all'attenuazione della severità della sanzione, senza determinare l'eliminazione della fattispecie illecita prevista dalla disciplina nazionale.⁶⁹⁶

È proprio la possibile incidenza di tale meccanismo sui limiti edittali, sino alla determinazione della sanzione al di sotto del minimo legislativamente previsto, a porre il problema dei confini della discrezionalità riconosciuta al giudice. Giacona evidenzia, tuttavia, come qui venga toccato il “centro nevralgico” della questione: il *favor rei* può spiegare perché la riduzione della sanzione non violi il divieto di retroattività sfavorevole, ma rimane da affrontare la tensione derivante dalla sostituzione della valutazione legislativa con quella giudiziaria sul *quantum* appropriato.⁶⁹⁷

Una critica analoga è sviluppata da Pelissero, il quale individua nei limiti edittali la cornice entro la quale deve esercitarsi il potere giudiziale di commisurazione, proprio perché essi svolgono la funzione di contenere la discrezionalità del giudice nel rispetto della legalità della pena. In questa prospettiva, il carattere *in bonam partem* della disapplicazione non elimina la tensione con la riserva di legge: l'attribuzione al singolo giudice del potere di derogare, anche solo parzialmente, alla pena legalmente prevista rischia infatti di produrre disparità di trattamento e di trasformare il controllo sulla proporzionalità in una deroga giudiziale ai limiti edittali. L'Autore giunge così a qualificare la legalità della pena come un “controlimite” al potere discrezionale di

⁶⁹⁵ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, co. 5.1.1; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 9-10

⁶⁹⁶ Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, *NE*, causa C-205/20, co. 42-57

⁶⁹⁷ GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 4-6

abbattere, in assenza di un'espressa indicazione legislativa, il minimo stabilito dalla legge.⁶⁹⁸

Su un piano diverso si colloca la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2025, che, come osserva Gian Luigi Gatta, valorizza espressamente la proporzionalità della pena anche quale canone ermeneutico rivolto al giudice comune. Nei limiti consentiti dal testo normativo, quest'ultimo è infatti chiamato ad utilizzare gli strumenti interpretativi disponibili per evitare che la fattispecie conduca all'applicazione di una pena sproporzionata rispetto alla concreta gravità oggettiva e soggettiva del fatto. La cornice edittale diviene così essa stessa un criterio interpretativo, potendo imporre una lettura restrittiva della fattispecie che ne escluda le condotte incapaci di raggiungere la soglia di disvalore corrispondente alla gravità della pena prevista. L'intervento rimane, tuttavia, interno ai limiti del dato normativo: quando l'adeguamento non possa essere raggiunto in via ermeneutica, resta necessario il ricorso al giudizio di legittimità costituzionale.⁶⁹⁹

La possibilità di disapplicazione da parte del giudice comune non esclude, tuttavia, il ricorso al sindacato accentrato di costituzionalità; infatti, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 149 del 2022, chiarisce infatti che l'effetto diretto dei diritti riconosciuti dalla Carta non rende inammissibile una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disposizione nazionale con essi contrastante: il controllo accentrato non è alternativo al meccanismo diffuso di attuazione del diritto dell'Unione, ma vi si aggiunge. La dichiarazione di illegittimità costituzionale presenta, inoltre, il vantaggio di assicurare alla garanzia una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento, esigenza che assume particolare rilievo proprio in materia penale, dominata dal principio di stretta legalità. In tale prospettiva si comprende anche la preferenza manifestata da Giacona per una soluzione capace di evitare che la rideterminazione del trattamento sanzionatorio venga affidata esclusivamente a valutazioni differenziate dei singoli giudici.⁷⁰⁰

Una conferma più recente di tale impostazione proviene dalla sentenza n. 7 del 2025 della Corte costituzionale, nella quale, come osserva Mazzacuva, la Consulta riconosce

⁶⁹⁸ PELISSERO M., *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/2023, 1372-1373

⁶⁹⁹ GATTA G.L., *Un'importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali*, in *Sist. pen.*, n. 7-8/2025, 131-132

⁷⁰⁰ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, co. 2.2.2; GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 5-7

l'esistenza di un "concorso di rimedi giurisdizionali" tra la disapplicazione fondata sull'art. 49, co. 3, CDFUE e il sindacato accentrato di costituzionalità, ma valorizza quest'ultimo quando la questione presenti anche un "tono costituzionale". Il ricorso alla Corte costituzionale consente infatti di scongiurare le "incertezze e disparità di trattamento" che potrebbero derivare da una disapplicazione affidata ai singoli giudici e di assicurare una soluzione uniforme nell'ordinamento. La pronuncia conferma così, su un terreno diverso ma direttamente rilevante per il rapporto tra proporzionalità e legalità, la preferenza per un controllo capace di ricondurre il problema ad un vizio strutturale della disciplina, anziché affidarne integralmente la correzione al caso concreto.⁷⁰¹

4.1.6 La razionalizzazione strutturale del doppio binario sanzionatorio

Non a caso Giacona richiama l'impostazione secondo cui la soluzione più coerente dovrebbe essere ricercata *ex ante*, intervenendo sull'assetto sostanziale e strutturale dei sistemi punitivi, piuttosto che soltanto *ex post*, attraverso meccanismi processuali o riduzioni della pena. Quando il legislatore costruisce due fattispecie sostanzialmente sovrapponibili e consente che entrambe siano applicate al medesimo fatto, crea infatti le condizioni per la successiva duplicazione dei procedimenti e per la necessità di correggerne gli effetti attraverso il *ne bis in idem* o la proporzionalità. L'intervento sulla struttura delle norme consente, al contrario, di prevenire il problema prima che il cumulo si realizzi.⁷⁰²

La distinzione tra causa sostanziale e rimedio processuale trova una concreta applicazione anche nella ricostruzione di Maria Lucia Di Bitonto, la qual osserva come l'intervento sul solo versante processuale sia destinato ad operare quando la duplicazione si è già prodotta, senza eliminare l'assetto sostanziale che ha consentito a più pretese punitive di convergere sul medesimo fatto. In questa prospettiva viene criticata l'estensione interpretativa dell'art. 649 c.p.p. alla precedente condanna pronunciata in sede amministrativa, poiché una simile soluzione finirebbe per costruire una preclusione non

⁷⁰¹ MAZZACUVA F., *Confisca e reati societari: la Consulta riafferma l'esigenza di proporzionalità della pretesa ablativa*, in *Le Società*, n. 7/2025, 842-843; Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7

⁷⁰² GIACONA I., *I due ne bis in idem*, cit., 15-17, richiamando G.M. Flick, V. Napoleoni e D. Vigoni

espressamente prevista e per affidare indirettamente all'autorità amministrativa l'attivazione delle garanzie proprie del processo penale. La duplicazione dovrebbe essere affrontata, piuttosto, sul piano sostanziale, attraverso l'operatività dell'art. 9 l. n. 689 del 1981 e dei criteri di assorbimento, così da impedire, ove ne ricorrano i presupposti, che il medesimo fatto dia luogo sin dall'origine a due autonome pretese punitive.⁷⁰³

È su tale terreno che la posizione di Silva assume una particolare rilevanza per l'impostazione complessiva del problema: secondo l'Autrice, la moltiplicazione delle fattispecie penali e para-penali non può essere governata stabilmente attraverso un giudizio di proporzione affidato al caso concreto. Occorre piuttosto intervenire sulla costruzione e sulla differenziazione delle fattispecie, in modo che il diverso livello di disvalore trovi corrispondenza in autonome aree di rilevanza penale e amministrativa. In alternativa all'eliminazione di uno dei due binari, il mantenimento del sistema cumulativo dovrebbe pertanto accompagnarsi ad una chiara differenziazione strutturale degli illeciti, capace di ridurre le sovrapposizioni.⁷⁰⁴

Anche Tripodi, pur attribuendo una funzione più ampia alla proporzionalità, non esclude questa soluzione; infatti, l'intervento legislativo può consistere nell'eliminazione di uno degli illeciti convergenti oppure, qualora il legislatore intenda conservare il duplice fronte sanzionatorio, nella differenziazione strutturale delle fattispecie, così da impedire che esse insistano integralmente sul medesimo fatto. La proporzionalità non costituisce, quindi, necessariamente una tecnica per conservare il doppio binario attraverso una riduzione della pena, potendo al contrario diventare il parametro che ne richiede una revisione strutturale.⁷⁰⁵

Si delineano, dunque, due differenti piani di operatività che occorre mantenere distinti: sul primo, strutturale, deve essere verificato se la pluralità delle fattispecie esprima effettivamente distinti contenuti di disvalore e possa quindi giustificare autonome pretese punitive; su questo terreno opera il *ne bis in idem* sostanziale, in collegamento con i criteri di risoluzione del concorso apparente. Sul secondo piano, sanzionatorio, una volta ammessa la pluralità degli illeciti o comunque constatata l'impossibilità di eliminarne il

⁷⁰³ DI BITONTO M.L., *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2015, 438ss

⁷⁰⁴ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 36-38

⁷⁰⁵ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1081

cumulo, deve essere verificato che la risposta complessiva non ecceda quanto giustificato dal fatto; qui trova il proprio spazio specifico il principio di proporzionalità. La connessione tra i due momenti è strettissima, ma la loro distinzione impedisce che la proporzione sia utilizzata per legittimare automaticamente una duplicazione che, sul piano normativo, non avrebbe dovuto prodursi.⁷⁰⁶

In tale prospettiva può essere compresa anche la diversa funzione dei meccanismi di compensazione sanzionatoria, i quali assumono un ruolo essenziale quando il sistema ammetta o imponga la permanenza di entrambe le qualificazioni, poiché consentono di impedire che la somma delle conseguenze superi il limite della proporzionalità; tuttavia, rimangono strumenti destinati ad operare sulle conseguenze di una pluralità già riconosciuta. Diversamente, l'assorbimento di una fattispecie nell'altra impedisce che il medesimo disvalore entri due volte nel giudizio punitivo. Nel primo caso viene corretto il *quantum* della duplicazione; nel secondo viene negato, a monte, che vi siano due autonome pretese punitive da cumulare.⁷⁰⁷

Il dato che emerge dal confronto tra le diverse ricostruzioni è, quindi, la necessità di evitare due opposti "riduzionismi": da una parte, non sarebbe sufficiente riaffermare in termini assoluti il divieto di doppia punizione senza confrontarsi con quei sistemi nei quali il legislatore ha consapevolmente predisposto differenti strumenti punitivi e nei quali il problema della proporzionalità complessiva non può essere eluso; dall'altra, non è possibile ridurre il *ne bis in idem* ad un mero giudizio sulla quantità finale della pena, poiché in tal modo verrebbe smarrita la questione della duplicazione del giudizio di disvalore. La proporzionalità deve pertanto essere valorizzata quale limite autonomo e quale criterio di contenimento del cumulo, ma mantenuta distinta dalla preliminare individuazione delle fattispecie legittimamente applicabili.⁷⁰⁸

La necessità di un intervento strutturale trova una significativa conferma anche nella sentenza n. 149 del 2022. Dopo avere dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento allo specifico doppio binario previsto in materia di diritto d'autore,

⁷⁰⁶ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35-38; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1084; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454

⁷⁰⁷ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1084; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35-36; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454

⁷⁰⁸ TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1072-1086; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 32-38; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 312-321 e 451-454

la Corte evidenzia infatti come il rimedio processuale così introdotto non sia, di per sé, idoneo a conferire razionalità complessiva al sistema, che continua a consentire l'apertura e lo svolgimento parallelo di due procedimenti, con la conseguente duplicazione dei costi personali ed economici per l'interessato. La Consulta rimette pertanto al legislatore il compito di rimodulare la disciplina, assicurando un adeguato coordinamento tra le previsioni procedimentali e sanzionatorie, sino ad auspicare una più generale rimeditazione dei sistemi di doppio binario. Il dato appare particolarmente significativo: la rimozione della singola violazione del *ne bis in idem* non coincide necessariamente con la razionalizzazione dell'assetto punitivo che quella violazione ha prodotto.⁷⁰⁹

Si comprende, infine, perché la questione della proporzionalità acquisti un'importanza decisiva proprio nell'analisi dei singoli sistemi a doppio binario: questo perché, una volta riconosciuta la necessità di distinguere il problema della pluralità delle qualificazioni da quello del trattamento sanzionatorio complessivo, occorre verificare come il legislatore abbia concretamente disciplinato il rapporto tra illecito penale e amministrativo, quali meccanismi abbia predisposto per impedire o contenere il cumulo e se tali strumenti siano effettivamente idonei ad assicurare una risposta unitaria e non eccedente. È su questo terreno che il sistema tributario assume particolare rilievo, essendo stato interessato da una progressiva stratificazione di regole sostanziali e procedimentali volte a disciplinare il rapporto tra i due binari e, più recentemente, da interventi diretti a rafforzarne il coordinamento alla luce del *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità.⁷¹⁰

4.2 Il doppio binario tributario prima della riforma

Il sistema sanzionatorio tributario costituisce uno degli ambiti nei quali le problematiche fin qui analizzate assumono una particolare evidenza, poiché alla possibilità che uno stesso fatto integri contemporaneamente un illecito penale e un illecito amministrativo si accompagna la presenza di procedimenti distinti, affidati ad autorità differenti. La peculiarità del modello delineato dal d.lgs. n. 74 del 2000 risiede, tuttavia, nel fatto che esso non nasce come sistema destinato necessariamente al cumulo delle due risposte punitive: la costruzione originaria è, piuttosto, quella di un doppio binario che conserva

⁷⁰⁹ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, co. 6-7

⁷¹⁰ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 1ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 303-321

la duplicità procedimentale ma pretende, sul piano sostanziale, di impedire la duplicazione della sanzione mediante il principio di specialità. È proprio la distanza emersa tra tale configurazione astratta e il concreto funzionamento del sistema a porre il settore tributario al centro delle tensioni con il *ne bis in idem* europeo.⁷¹¹

4.2.1 Il modello originario del d.lgs. n. 74/2000: specialità e doppio binario alternativo

È bene muovere dalla struttura originariamente scelta dal legislatore, in riferimento alla quale, Tripodi chiarisce espressamente come il modulo sanzionatorio accolto dal d.lgs. n. 74 del 2000 sia “a doppio binario”, ma “alternativo e non cumulativo”. A differenza dei sistemi nei quali la legge ammette espressamente che sul medesimo fatto convergano la sanzione penale e quella amministrativa, nel settore tributario il legislatore aveva affidato al principio di specialità il compito di individuare una sola disposizione applicabile. La regola fondamentale è contenuta nell’art. 19, co. 1, d.lgs. n. 74 del 2000, secondo cui, quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni penali contenute nel titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, deve trovare applicazione la disposizione speciale; si tratta di una soluzione coerente con quella generale già prevista dall’art. 9 l. n. 689 del 1981 per i rapporti tra illecito penale e amministrativo.⁷¹²

Tale scelta deve essere letta anche alla luce della progressiva assimilazione della disciplina sanzionatoria tributaria ai principi propri del diritto penale. Già con il d.lgs. n. 472 del 1997 erano stati infatti introdotti, anche con riguardo all’illecito tributario amministrativo, principi quali legalità, colpevolezza e imputabilità, secondo un’impostazione riconducibile ad un vero e proprio “paradigma penale”. Proprio l’attribuzione di carattere punitivo, e non più meramente risarcitorio, alla sanzione tributaria rende inevitabile il rischio di una duplicazione della risposta sanzionatoria quando il medesimo fatto assuma contemporaneamente rilevanza penale e amministrativa. In questa prospettiva, l’introduzione dell’art. 19 segna una netta inversione rispetto al precedente modello del cumulo, poiché, in presenza del rapporto di

⁷¹¹ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 8-11

⁷¹² TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 8

specialità, “un medesimo illecito [...] non può essere assoggettato a un duplice trattamento sanzionatorio di tipo punitivo”.⁷¹³

Tripodi rileva come il principio di specialità assumeva una funzione direttamente preclusiva della duplice qualificazione, penale e amministrativa, del medesimo fatto, e sottolinea inoltre, come il legislatore avesse sostanzialmente presupposto che, nel normale rapporto tra le fattispecie, fosse la disposizione penale a presentare carattere speciale, in considerazione degli ulteriori elementi che generalmente caratterizzano i reati tributari e, in particolare, delle soglie di punibilità e del dolo specifico di evasione. In tale prospettiva, il ricorso alla sanzione penale avrebbe dovuto individuare una porzione maggiormente qualificata dell'illecito tributario, rispetto alla più ampia fattispecie amministrativa, escludendo per effetto della specialità la possibilità di una duplicazione sanzionatoria.⁷¹⁴

La soluzione sostanziale prevista dall'art. 19 trovava poi un preciso completamento sul piano procedurale negli art. 20 e 21 dello stesso decreto, dove l'art. 20 sanciva il principio del c.d. doppio binario procedimentale, stabilendo che il procedimento amministrativo di accertamento e il processo tributario non dovessero essere sospesi per effetto della pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipendesse la relativa definizione. La contemporanea prosecuzione dei due procedimenti non avrebbe, tuttavia, dovuto condurre necessariamente alla doppia esecuzione della sanzione, poiché il successivo art. 21 subordinava l'eseguibilità della sanzione amministrativa all'esito del procedimento penale, impedendone l'esecuzione qualora quest'ultimo si fosse concluso con l'accertamento della rilevanza penale del fatto e, dunque, con l'operatività del principio di specialità.

Tripodi descrive tale meccanismo attraverso una dinamica di *stop and go*, ispirata anche ad esigenze di efficienza: l'Amministrazione finanziaria procede comunque all'accertamento dell'illecito e alla formazione del relativo titolo sanzionatorio, ma quest'ultimo rimane destinato a trovare concreta esecuzione soltanto qualora il procedimento penale venga definito in modo da escludere la rilevanza penale del fatto e,

⁷¹³ AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2026, 443-445

⁷¹⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 8

conseguentemente, il presupposto per l'operatività della specialità. Si evitava così che, una volta concluso il procedimento penale, dovesse iniziare *ex novo* una distinta fase di applicazione delle sanzioni amministrative. In termini sostanziali, dunque, alla pluralità dei procedimenti avrebbe dovuto corrispondere l'applicazione di una sola delle due sanzioni.⁷¹⁵

Emerge una prima peculiarità del sistema: il modello è alternativo quanto alle sanzioni ma rimane duplice quanto ai procedimenti: l'art. 20 consente infatti la loro parallela prosecuzione e l'art. 21 interviene essenzialmente sul momento dell'esecuzione. Tripodi osserva, al riguardo, come quest'ultima disposizione abbia finito per manifestare una vera e propria "doppia anima": da un lato, essa "istituzionalizza" il doppio procedimento sul medesimo fatto; dall'altro, ponendosi al servizio dell'art. 19, impedisce la doppia sanzione e si eleva, nelle parole dell'Autore, a "baluardo della proporzionalità sanzionatoria". Il sistema contiene quindi contemporaneamente il problema e uno dei suoi possibili rimedi: conserva il *dual proceeding*, ma dovrebbe evitare il *dual punishment*.

Una simile costruzione mostrava già una prima tensione rispetto al *ne bis in idem* europeo, poiché quest'ultimo, soprattutto nella fase maggiormente rigorosa della giurisprudenza convenzionale, non veniva riferito alla sola materiale esecuzione delle due sanzioni. Ai fini della garanzia rileva la definitività della decisione, non la materiale esecuzione della sanzione. Può assumere rilievo anche un provvedimento amministrativo divenuto definitivo per mancata impugnazione: non è indispensabile una pronuncia giurisdizionale, purché siano esauriti i rimedi ordinari oppure siano decorsi i termini per esperirli. Il fatto che l'art. 21 rendesse inesigibile la seconda sanzione non era quindi automaticamente idoneo ad eliminare la questione derivante dalla sottoposizione del contribuente a due autonomi procedimenti.⁷¹⁶

Vi è un limite derivante dalla stessa struttura del principio di specialità, poiché il meccanismo congegnato dagli art. 19 e 21 è destinato ad operare solo quando tra le disposizioni concorrenti sia effettivamente ravvisabile un rapporto di specialità. Tripodi evidenzia come, quando tale relazione venga esclusa, venga meno anche la funzione preclusiva dell'art. 21 e possa quindi prodursi il cumulo delle sanzioni. Il sistema che il

⁷¹⁵ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 8-9

⁷¹⁶ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 9-10

legislatore aveva configurato come alternativo contiene dunque al proprio interno il rischio di trasformarsi in un doppio binario cumulativo ogniqualvolta gli illeciti convergenti non risultino strutturalmente riconducibili al rapporto richiesto dall'art. 19.⁷¹⁷

La criticità deriva, secondo Tripodi, tanto dagli “ontologici limiti connaturati al criterio della specialità” quanto dall’interpretazione giurisprudenziale, che in genere non è volta a ricercare soluzioni ulteriori rispetto a tale criterio e talvolta incline ad applicarlo in modo restrittivo. Il risultato è che la capacità del concorso apparente di impedire la duplicazione punitiva viene fatta dipendere interamente dalla possibilità di instaurare una relazione strutturale di specialità *stricto sensu* tra le fattispecie. Lo stesso Autore richiama la proposta dottrinale di estendere in via interpretativa l’art. 19, e più in generale l’art. 9 l. n. 689 del 1981, anche a relazioni ulteriori, quali quelle di progressione illecita; ma precisa come il tenore letterale della disposizione, espressamente riferito alla specialità, renda problematica una simile operazione.⁷¹⁸

La stessa evoluzione viene efficacemente sintetizzata da Vincenzo Mongillo, il quale osserva come, nella concreta applicazione del sistema, la prassi abbia “singolarmente aggirato il principio di specialità”, nonostante questo fosse stato configurato quale principale criterio legale di coordinamento tra sanzioni penali e amministrative applicabili allo “stesso fatto”. L’Autore precisa che, nel perimetro dell’art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000, tale riferimento è stato tradizionalmente inteso nel senso della “fattispecie astratta”, e quindi dell’*idem legale*, anziché come accadimento naturalisticamente concepito. La conseguenza di tale impostazione viene individuata nello “scivolamento verso un doppio binario cumulativo”, o delle “convergenze parallele”, che ha progressivamente posto in primo piano il problema della compatibilità del sistema tributario con il *ne bis in idem*.⁷¹⁹

La concreta portata del problema emerge con particolare chiarezza nella giurisprudenza relativa agli omessi versamenti, dove le Sezioni Unite del 2013 hanno escluso il rapporto di specialità tra il reato di omesso versamento delle ritenute e il corrispondente illecito amministrativo, pur riconoscendo la comunanza di una parte dei presupposti e della stessa condotta omissiva. La Corte ha valorizzato, infatti, talune differenze tra gli elementi

⁷¹⁷ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 10-11

⁷¹⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 10-11 che richiama, tra gli altri, Scoletta

⁷¹⁹ MONGILLO V., *Il “particolarismo” cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul d.lgs. n. 87/2024*, in *Dir. pen. proc.*, 1562

costitutivi: la certificazione delle ritenute e la soglia di punibilità, rilevanti per il solo illecito penale, nonché la diversa scansione temporale dell'omissione, mensile nell'illecito amministrativo e annuale in quello penale. Tripodi richiama altresì analoghi orientamenti rispetto ai rapporti tra reati dichiarativi e corrispondenti illeciti amministrativi e tra l'indebita compensazione penale e la relativa fattispecie amministrativa.⁷²⁰

Si manifesta qui, applicata al settore tributario, una delle questioni centrali già affrontate con riferimento al concorso apparente: la specialità, quale criterio strutturale, non è sempre in grado di esaurire tutte le situazioni nelle quali la pluralità delle qualificazioni può corrispondere alla reiterazione di un medesimo contenuto punitivo. Silva giunge, su un piano più generale, alla conclusione secondo cui “il principio generale del *ne bis in idem*” può operare quale principio risolutivo del concorso apparente infra-sistematico anche nei rapporti tra illecito penale e amministrativo, senza che la sua funzione debba necessariamente essere confinata alle sole ipotesi nelle quali il legislatore abbia espressamente predisposto una regola di specialità. L'Autrice evidenzia, pertanto, la possibilità di ricondurre tali rapporti al più ampio problema del *ne bis in idem* sostanziale e dei criteri destinati ad impedire una duplicazione del medesimo disvalore.⁷²¹

Una simile prospettiva diviene significativa proprio laddove la specialità non riesca ad operare; a tal proposito Silva distingue infatti il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale dalle singole regole attraverso le quali esso trova concretizzazione: la specialità costituisce uno dei criteri espressivi di tale esigenza, ma non necessariamente l'unico, potendo assumere rilievo anche il criterio della consunzione quando una delle fattispecie sia capace di esaurire il disvalore dell'altra. In termini ancora più espliciti, occupandosi proprio dei reati tributari e dei relativi illeciti amministrativi, l'Autrice ritiene che il problema possa trovare soluzione attraverso “i canoni di specialità e di consunzione”, così da riconoscere una sola delle fattispecie concorrenti in via infra-sistematica.⁷²²

⁷²⁰ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 11-12

⁷²¹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 332-335

⁷²² SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 332-335; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 36

A questa ricostruzione si contrappone tuttavia un'impostazione più rigorosamente ancorata al dato positivo. Ambrosetti, Mezzetti e Ronco osservano infatti che, quando concorrano una sanzione penale e una sanzione amministrativa, "la regola dirimente del concorso è indiscutibilmente quella che fa ricorso al criterio di specialità". Per l'individuazione della disposizione prevalente non sarebbe quindi consentito il ricorso a parametri differenti, quali la sussidiarietà o la consunzione.⁷²³ La divergenza assume particolare rilievo rispetto alla ricostruzione appena richiamata, perché mostra come il problema non riguardi soltanto l'ampiezza concretamente riconosciuta alla specialità, ma, prima ancora, la possibilità di affiancarle criteri ulteriori di risoluzione del concorso quando essa non sia strutturalmente ravvisabile.

Questo consente di rilevare la fragilità intrinseca del modello precedente alla riforma: il doppio binario tributario era stato concepito come alternativo proprio perché affidava alla specialità la capacità di impedire la duplice qualificazione, ma la sua effettiva alternatività dipendeva dalla concreta ampiezza riconosciuta a quel criterio. Ogni volta che la relazione di specialità veniva negata, la disciplina procedurale costruita in funzione dell'art. 19 perdeva la propria efficacia preclusiva e riemergeva il cumulo. Per tale ragione Tripodi conclude che "al modello di doppio binario sanzionatorio alternativo fondato sul criterio della specialità non può dirsi estraneo il rischio di esprimere delle ipotesi di tipo cumulativo".

Nemmeno la revisione operata con il d.lgs. n. 158 del 2015 aveva inciso direttamente su tale problema, e Tripodi osserva come il legislatore avesse sostanzialmente lasciato alla giurisprudenza, e al complesso dialogo tra giudici interni ed europei, il compito di individuare una soluzione alle tensioni del sistema con il *ne bis in idem*. Il problema rimaneva dunque il medesimo: un ordinamento costruito formalmente sull'alternatività delle sanzioni continuava ad ammettere una duplicazione procedimentale e, nelle ipotesi escluse dall'area della specialità, anche una duplicazione sostanziale della risposta punitiva.⁷²⁴

⁷²³ AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 445

⁷²⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 9-11

4.2.2 La natura punitiva della sanzione tributaria e l'identità del fatto

La tensione tra il sistema tributario e il *ne bis in idem* europeo presuppone, tuttavia, che le due risposte formalmente appartenenti a differenti settori dell'ordinamento possano essere ricondotte entrambe alla *matière pénale* e che i rispettivi procedimenti abbiano ad oggetto il medesimo fatto. È proprio su questi due presupposti che Tripodi concentra l'analisi del doppio binario tributario anteriforma, distinguendo il problema della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa da quello, più complesso, della medesimezza fattuale.

Quanto al primo aspetto, l'Autore ritiene che “nessuna difficoltà” particolare ponga il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa tributaria. Come già osservato nell'analisi dei criteri europei, non assume valore decisivo la qualificazione formale attribuita dall'ordinamento nazionale, né può essere considerato determinante il solo importo della misura. Nella valutazione congiunta della natura e della severità della sanzione ha acquistato infatti un peso centrale la sua finalità: occorre stabilire se la conseguenza persegua uno scopo autenticamente punitivo, anziché preventivo o meramente riparatorio.

Tripodi distingue, a tal fine, la finalità punitiva dalle misure preventive, orientate alla neutralizzazione della pericolosità, e da quelle riparatorie, volte alla *restitutio in integrum* e quindi commisurate al danno prodotto. Proprio tale distinzione rende particolarmente evidente, nel settore tributario, la natura punitiva della sanzione amministrativa: essa possiede infatti un carattere “ultra-compensativo”, poiché non sostituisce l'obbligo di restituzione dell'imposta evasa né gli interessi maturati, ma si aggiunge ad entrambi. L'obbligo tributario e i relativi interessi assolvono alla funzione reintegratoria; la sanzione amministrativa costituisce invece un'ulteriore conseguenza afflittiva connessa al disvalore della violazione.⁷²⁵

L'Autore richiama anche la ricostruzione di Giuseppe Melis e Matteo Golisano, secondo i quali le sanzioni tributarie non possono essere ricondotte ad una funzione di compensazione dei costi sostenuti dall'Amministrazione nell'attività di accertamento,

⁷²⁵ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 12-14

posto che questi gravano sulla fiscalità generale. Tale considerazione indebolisce ulteriormente una possibile lettura reintegratoria della sanzione tributaria e ne conferma l'appartenenza sostanziale alla dimensione punitiva, indipendentemente dalla sua qualificazione amministrativa secondo il diritto interno.⁷²⁶

Tripodi evidenzia come sia delicato, invece, il secondo presupposto, relativo all'*idem*, sottolineando come il giudizio debba essere condotto secondo il criterio dell'*idem factum*, avendo riguardo al “fatto storico-naturalistico oggetto dei due procedimenti” e non alla struttura astratta delle fattispecie chiamate ad applicazione. Deve essere quindi evitato il ritorno al diverso criterio dell'*idem legale*, che farebbe dipendere la medesimezza dalla corrispondenza degli elementi normativi degli illeciti. Proprio la progressiva affermazione dell'*idem factum* rende insufficiente, ai fini europei, dimostrare che l'illecito penale e quello amministrativo contengano elementi costitutivi differenti.

Il problema emerge con particolare evidenza rispetto alle soglie di punibilità che caratterizzano numerosi reati tributari e che, sul piano della specialità, costituiscono uno degli elementi attraverso i quali la fattispecie penale viene differenziata da quella amministrativa. Tripodi si domanda se il superamento della soglia, prevalentemente qualificato quale evento della fattispecie tipica, sia idoneo anche a modificare il fatto storico e, conseguentemente, a far venir meno l'*idem* richiesto dal divieto di un secondo giudizio. La questione mostra con chiarezza la diversa prospettiva dei due criteri: ciò che assume un peso decisivo nella comparazione strutturale tra le fattispecie non necessariamente determina una diversità del fatto sul piano processuale europeo.⁷²⁷

Tripodi osserva come sul punto si registri, peraltro, una non perfetta coincidenza tra gli orientamenti interni e quelli convenzionali, ed evidenzia che la giurisprudenza italiana, anche costituzionale, tende a ricomprendere l'evento naturalistico nel concetto di fatto rilevante ai fini della preclusione: laddove cambi o si aggiunga l'evento, potrebbe quindi mutare anche il fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p.. Diversamente, nella giurisprudenza convenzionale è emerso un orientamento maggiormente concentrato sull'“unicità spazio-temporale dell'accadimento concreto” dal quale scaturiscono le diverse contestazioni. La presenza di ulteriori elementi tipici nella fattispecie penale non conduce dunque

⁷²⁶ TRIPODI A.F., Prime osservazioni, cit., 17-18, che richiama G. Melis e M. Golisano

⁷²⁷ TRIPODI A.F., Prime osservazioni, cit., 13

necessariamente, secondo questa impostazione, all'individuazione di un diverso episodio storico.

La distinzione assume una particolare importanza proprio in relazione alle ricordate pronunce che hanno negato la specialità tra fattispecie tributarie. Le differenze relative alla soglia, al dolo, alla certificazione delle ritenute o alla diversa scansione temporale dell'obbligo possono infatti essere sufficienti, secondo un confronto strutturale, ad escludere la specialità; ciò non comporta però automaticamente che anche l'accadimento storico oggetto dei due procedimenti sia differente secondo il criterio dell'*idem factum*. Si viene così a creare una possibile divaricazione tra il funzionamento del sistema interno del concorso apparente e il campo operativo del *ne bis in idem* europeo: proprio nelle ipotesi in cui l'art. 19 non impedisce il cumulo, può continuare a sussistere l'identità fattuale necessaria per l'operatività della garanzia sovranazionale.

È precisamente questa distanza tra identità normativa e identità fattuale ad accentuare le criticità del doppio binario tributario: un sistema costruito internamente sulla specialità tende infatti a risolvere il problema attraverso la comparazione delle fattispecie; la garanzia europea, invece, può continuare ad operare anche quando la specialità sia stata esclusa, purché la sanzione amministrativa abbia natura sostanzialmente penale e i due procedimenti insistano sul medesimo accadimento storico. Ciò consente di comprendere perché la sola esistenza dell'art. 19 non potesse assicurare la compatibilità del sistema tributario con il *ne bis in idem*: il perimetro della specialità e quello dell'*idem factum* non coincidono necessariamente.

Tripodi rileva come a ciò si aggiunge il problema della definitività: ai fini del divieto europeo non è necessario che la prima sanzione sia stata materialmente eseguita; ciò che assume rilievo è la conclusione definitiva del primo procedimento. Nel settore tributario può pertanto assumere rilevanza anche un provvedimento amministrativo ormai definitivo, senza che sia indispensabile una successiva decisione giurisdizionale provocata dall'impugnazione del contribuente. Il sistema dell'art. 21, che si concentra prevalentemente sulla concreta eseguibilità delle sanzioni, non coincide quindi integralmente con il piano sul quale opera la preclusione processuale.

La natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa tributaria e l'adozione dell'*idem factum* fanno così emergere con particolare evidenza l'insufficienza di una

lettura esclusivamente formale del doppio binario. Non è sufficiente che l'ordinamento interno denomini una delle due conseguenze come amministrativa, né è decisivo che le due fattispecie presentino elementi normativi non perfettamente coincidenti: quando entrambe esprimono una potestà punitiva e insistono sul medesimo episodio storico, la pluralità dei procedimenti entra nel campo problematico del *ne bis in idem* europeo. È su tali presupposti che si sviluppa il successivo tentativo delle Corti di verificare se il doppio binario tributario possa comunque essere mantenuto attraverso un adeguato coordinamento tra i procedimenti e il rispetto della proporzionalità complessiva.⁷²⁸

4.2.3 Il doppio binario tributario davanti alle Corti: *Menci*, Corte costituzionale e criticità del sistema anteriforma

Il passaggio fondamentale è rappresentato dalla sentenza *Menci* della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, relativa proprio al cumulo di procedimento amministrativo e procedimento penale per l'omesso versamento dell'IVA. Come già analizzato sotto il profilo generale, la Corte non accoglie una concezione assoluta del divieto, ma ammette che la limitazione dell'art. 50 CDFUE possa essere giustificata alle condizioni previste dall'art. 52, co. 1, della Carta. Nel settore tributario ciò conduce alla possibilità di mantenere il duplice apparato punitivo quando esso persegua un obiettivo di interesse generale, sia previsto da regole sufficientemente chiare e precise e il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non ecceda quanto idoneo e strettamente necessario al perseguimento degli scopi della disciplina.⁷²⁹

La Corte di giustizia ammette, dunque, che uno Stato possa affiancare ad una sanzione amministrativa anche una risposta penale per le violazioni tributarie più gravi, purché il complesso degli oneri imposti all'interessato rimanga limitato a quanto necessario. Silva evidenzia come il controllo investa entrambi i profili della duplicazione: sul piano procedurale, deve esservi un coordinamento capace di contenere allo stretto necessario il peso supplementare derivante dalla pluralità dei procedimenti; sul piano sostanziale, la severità complessiva delle sanzioni deve essere proporzionata alla gravità dell'illecito. Il

⁷²⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 9-14

⁷²⁹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 9-11; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 2-4.

ne bis in idem viene così inserito in un giudizio più ampio di necessità e proporzionalità della complessiva risposta statale.⁷³⁰

La portata di tale apertura non è tuttavia valutata in modo uniforme dalla dottrina: Roberta Alfano ed Enrico Traversa, pur riconoscendo il mutamento rispetto alla precedente giurisprudenza, insistono sulla severità delle condizioni cui la Corte di giustizia subordina il cumulo, ritenendo che esse riducano sensibilmente le ipotesi nelle quali la duplicazione possa trovare giustificazione. In particolare, nella loro lettura della sentenza Garlsson, la prosecuzione del procedimento amministrativo di natura penale non è giustificata quando la condanna penale già intervenuta assicuri una repressione efficace, proporzionata e dissuasiva dell'illecito. L'apertura al doppio binario non si risolverebbe quindi in una generale legittimazione della seconda risposta punitiva: occorrerebbe ancora dimostrare quale esigenza ulteriore essa sia chiamata a soddisfare.⁷³¹

Nel caso *Menci*, la disciplina italiana dell'omesso versamento IVA viene ritenuta, sia pure con riserva della verifica affidata al giudice del rinvio, astrattamente compatibile con tali condizioni. Silva sottolinea come la Corte valorizzi in particolare due elementi: il meccanismo contemplato dall'art. 21, co. 2, d.lgs. n. 74 del 2000, che incide sull'esecuzione della sanzione amministrativa in presenza del procedimento penale, e la disciplina relativa al pagamento del debito tributario, allora richiamata con riferimento all'art. 13 del decreto, ritenuta idonea a incidere sull'entità della risposta penale. Tali strumenti vengono considerati capaci di concorrere ad assicurare che la severità complessiva del trattamento rimanga entro quanto strettamente necessario.

Silva considera, tuttavia, “poco convincenti” tali argomenti, in particolare, l'art. 21, co. 2, opera nella fase esecutiva della sanzione già irrogata e può quindi impedire, in determinate condizioni, che questa venga materialmente eseguita; non elimina però la duplicazione dei procedimenti che precede tale momento. La soluzione consente, dunque, di incidere sul risultato sanzionatorio ma non impedisce che il soggetto venga sottoposto ad un nuovo procedimento avente ad oggetto il medesimo fatto. È già evidente, in questa

⁷³⁰ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 10-11

⁷³¹ ALFANO R., TRAVERSA E., *L'impatto del diritto europeo sull'applicazione del divieto di bis in idem in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib. int.*, n. 1/2021, 40-41

critica, la medesima distinzione emersa nel precedente paragrafo tra contenimento della doppia punizione e tutela contro il doppio processo.⁷³²

L'evoluzione viene successivamente recepita anche dalla Corte costituzionale, e in particolare dalla sentenza n. 222 del 2019, che Tripodi colloca nel progressivo ingresso del test della connessione sostanziale e temporale nella giurisprudenza interna. Il giudice delle leggi esamina le caratteristiche del sistema tributario allo scopo di verificare se i due procedimenti possano essere considerati sufficientemente coordinati e se il doppio binario presenti, sul piano normativo, elementi tali da consentirne la compatibilità con il parametro europeo. L'operazione consiste, quindi, nell'individuare all'interno della disciplina vigente una serie di meccanismi che possano fungere da indici della connessione richiesta dalla giurisprudenza sovranazionale.⁷³³

Sotto il primo profilo, la Corte valorizza una serie di disposizioni di carattere premiale o comunque che incidono sulla relazione tra i due procedimenti, tra le quali Tripodi richiama la causa di non punibilità prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 in relazione all'estinzione del debito tributario e della sanzione amministrativa, la disciplina del termine concesso per il pagamento del residuo debito rateizzato e gli effetti dell'adempimento del debito erariale sulla confisca prevista dall'art. 12-bis. Si tratta di disposizioni che vengono lette come espressione di un collegamento tra la vicenda tributaria e quella penale e, quindi, come possibili elementi di integrazione sostanziale tra i due binari.

La Corte prende inoltre in considerazione le disposizioni dirette a favorire una contemporanea attivazione e una reciproca conoscenza dei due procedimenti e vengono richiamati gli obblighi di comunicazione degli illeciti dalla Guardia di Finanza all'autorità giudiziaria, quelli operanti in senso inverso e le comunicazioni destinate all'Agenzia delle entrate. A tali meccanismi si affiancano le norme che consentono la circolazione del materiale probatorio tra indagine penale e accertamento tributario, nonché la giurisprudenza relativa alla possibilità di utilizzare quanto raccolto in ciascun procedimento quale elemento di prova e fonte di convincimento nell'altro. La

⁷³² SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 19-20

⁷³³ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 14-16

duplicazione degli accertamenti viene, dunque, attenuata attraverso la ricerca di forme di coordinamento e condivisione probatoria.

Ulteriori elementi sono individuati nella prevedibilità del doppio binario e nelle finalità attribuite alle due risposte punitive; infatti, la prevedibilità viene considerata sostanzialmente insita nella stessa chiarezza della disciplina che contempla la possibile instaurazione dei due procedimenti. Quanto agli scopi, la Corte costituzionale contesta che questi possano essere considerati coincidenti, rilevando la possibilità che la sanzione penale, prevista per le forme più gravi di evasione, rafforzi l'effetto deterrente della risposta amministrativa, esprima una più intensa riprovazione dell'ordinamento e contribuisca all'effettività della riscossione. La differente gravità delle violazioni viene così utilizzata quale possibile fondamento della complementarità teleologica dei due binari.⁷³⁴

Una diversa giustificazione del mantenimento del doppio binario è prospettata da Antonio Perrone nella lettura di A e B c. Norvegia, il quale propone di ricondurre il problema alla funzione sociale del prelievo, osservando come la repressione dell'evasione possa essere considerata anche strumento di tutela delle aspettative dei consociati alla disponibilità delle risorse necessarie per il pieno sviluppo della persona. Seguendo tale impostazione, il bilanciamento non si esaurirebbe nel confronto tra la garanzia individuale e il potere punitivo dello Stato, ma coinvolgerebbe diritti riferibili ad altri individui. La ricostruzione non conduce ad ammettere incondizionatamente la duplicazione: l'Autore insiste sulla necessità che la connessione sostanziale e temporale sia verificata attraverso condizioni definite, il cui mancato rispetto restituisce piena operatività al divieto. Lo stesso Perrone conserva inoltre una posizione critica sulla pretesa differenziazione degli scopi delle sanzioni, ritenendola uno dei passaggi meno persuasivi della pronuncia.⁷³⁵

La ricostruzione della complementarità degli scopi accolta dalla Corte costituzionale suscita, tuttavia, rilevanti perplessità nella dottrina richiamata da Tripodi, che sottolinea anzitutto l'“intrinseca elasticità” dell'indice relativo alle finalità delle sanzioni, il quale, proprio per la propria indefinitezza, può prestarsi tanto a conclusioni favorevoli quanto

⁷³⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 15-16

⁷³⁵ PERRONE A., *Il criterio della “sufficiently close connection” ed il suo rapporto con il principio del ne bis in idem sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2018, 1153-1158

contrarie al mantenimento del doppio binario. Se la diversa gravità degli illeciti viene utilizzata per differenziare gli scopi delle rispettive sanzioni, diventa infatti possibile, osserva Tripodi, giustificare su questo terreno pressoché qualsiasi sistema cumulativo, attribuendo semplicemente alle diverse risposte punitive compiti complementari.

Nemmeno può essere trasferito automaticamente al sistema tributario italiano il ragionamento sviluppato in *A e B c. Norvegia* circa la possibile funzione compensativa della sanzione amministrativa. Tripodi osserva infatti che una simile lettura potrebbe al più risultare plausibile per sanzioni relativamente contenute, ma incontra maggiori difficoltà rispetto alle percentuali assai elevate previste, anteriforma, per fattispecie quali l'infedele e l'omessa dichiarazione. Soprattutto, nell'ordinamento italiano non è possibile attribuire alla sanzione tributaria il compito di compensare le spese dell'attività di accertamento, poiché tali costi gravano sulla fiscalità generale. Viene così meno uno degli argomenti utilizzati nel sistema norvegese per differenziare funzionalmente i due segmenti della risposta punitiva.⁷³⁶

Le stesse difficoltà riguardano il coordinamento probatorio; per questo Tripodi richiama la "generale perplessità" derivante dalla strutturale diversità degli standard valutativi vigenti nei due settori: la possibilità di far circolare il materiale acquisito non elimina infatti la differenza tra le regole che governano l'accertamento tributario e quelle proprie del processo penale. Il coordinamento delle prove non equivale quindi necessariamente all'unitarietà dell'accertamento, né impedisce che i due procedimenti conservino una propria autonomia e possano giungere a valutazioni differenti del medesimo materiale.

A ciò si aggiunge l'autonomia dei giudicati, ampiamente sottolineata nella dottrina tributaria richiamata da Tripodi, dove la mera presenza di norme che consentono forme di comunicazione e circolazione della prova non determina, infatti, una necessaria convergenza degli esiti né trasforma i due procedimenti in segmenti di un unico accertamento. Rimane così il rischio che il contribuente sia sottoposto a due apparati che, sebbene collegati sotto alcuni profili, mantengono differenti regole, differenti autorità competenti e una significativa autonomia decisionale.⁷³⁷

⁷³⁶ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 16-17

⁷³⁷ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 17-18, che richiama, tra gli altri, F. Colaianni, M. Monza, G. Melis e F. Gallo

Particolarmente problematica rimane, infine, la proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria proprio nelle ipotesi in cui il modello alternativo originario cessa di funzionare. Tripodi osserva che essa è “tutt’altro che scontata” quando il cumulo non possa essere impedito attraverso l’art. 21 a causa della ritenuta insussistenza di una relazione di specialità tra le fattispecie. È esattamente nei casi nei quali il criterio strutturale fallisce che il problema del doppio binario raggiunge quindi la massima intensità: entrambe le sanzioni divengono astrattamente applicabili e il giudice è chiamato, secondo le prescrizioni europee, a tener conto della sanzione già irrogata nella successiva commisurazione, con tutte le difficoltà che sono state esaminate.⁷³⁸

Sotto questo profilo, la critica formulata da Silva assume un significato rilevante, poiché rileva infatti come il settore tributario sia caratterizzato da una “considerevole sovrapponibilità delle fattispecie astratte”, dalla quale discende, prima ancora del cumulo delle sanzioni, una duplicazione delle qualificazioni giuridiche. Pur avendo progressivamente spostato la propria attenzione verso il diritto sostanziale, la Corte di giustizia continua, secondo Silva, a trascurare il rapporto tra le norme in astratto e a concentrarsi prevalentemente sui meccanismi di salvaguardia che agiscono nella fase esecutiva. Proprio il co. 2 dell’art. 21 viene indicato come esempio di un rimedio che interviene a valle, senza affrontare compiutamente il problema originario della convergenza delle fattispecie.

Non è casuale, quindi, che Silva ritenga necessario riportare l’attenzione sul concorso apparente infra-sistematico: nel settore tributario, la soluzione non dovrebbe essere affidata esclusivamente all’ordine cronologico nel quale i procedimenti si definiscono, né alla successiva riduzione del carico sanzionatorio, ma occorre verificare preliminarmente se le fattispecie concorrenti esprimano effettivamente autonome pretese punitive. La stessa Autrice osserva come l’arresto al primo procedimento concluso possa produrre risultati incompatibili con le regole sostanziali del concorso, facendo prevalere l’illecito generale su quello speciale o quello meno grave su quello destinato ad assorbirlo soltanto

⁷³⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 18

perché la relativa decisione è intervenuta per prima; la dimensione sostanziale deve pertanto precedere quella processuale.⁷³⁹

È precisamente questa impostazione che Silva sviluppa anche nella parte conclusiva di *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, riconducendo il problema dei rapporti tra illecito penale e amministrativo ad un più generale principio di *ne bis in idem* sostanziale capace di orientare la risoluzione del concorso infra-sistematico. L'Autrice vorrebbe che tale esigenza non operasse solo nella fase applicativa, ma costituisse un criterio rivolto allo stesso legislatore, chiamato a costruire fattispecie maggiormente differenziate in ragione del rispettivo disvalore. Una più consapevole tipizzazione degli illeciti consentirebbe infatti di ridurre alla fonte le sovrapposizioni che rendono necessario, soltanto in un momento successivo, ricorrere alla specialità, alla consunzione o ai rimedi elaborati in sede europea.⁷⁴⁰

In termini complessivi, l'evoluzione descritta è stata ricondotta da Ambrosetti, Mezzetti e Ronco ad un vero e proprio “momento di tensione tra Corti, nazionali e sovranazionali”. Dopo l'impostazione più rigorosa affermata con Grande Stevens, la pronuncia A e B c. Norvegia ha infatti ammesso la possibilità della duplicazione dei procedimenti in presenza di una *sufficiently close connection in substance and time*; parallelamente, la Corte di giustizia ha progressivamente ricondotto la compatibilità del doppio binario al rispetto della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria. Anche la giurisprudenza nazionale si è quindi orientata verso l'ammissibilità della coesistenza delle sanzioni penali e amministrative nei casi in cui risulti assicurata tale proporzionalità complessiva.⁷⁴¹

Il sistema tributario precedente alla riforma si presentava, dunque, caratterizzato da una tensione interna difficilmente eliminabile attraverso i soli strumenti allora disponibili: da un lato, il d.lgs. n. 74 del 2000 aveva costruito un modello formalmente alternativo, affidando alla specialità la funzione di impedire il cumulo delle sanzioni; dall'altro, la necessaria prosecuzione parallela dei procedimenti, la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative, l'adozione europea dell'*idem factum* e soprattutto l'esistenza di

⁷³⁹ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 30-31; PULITANÒ D., *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 1593-1594

⁷⁴⁰ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 338-340

⁷⁴¹ AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 446-448

rapporti tra fattispecie non riconducibili alla specialità rendevano possibile il riemergere tanto del doppio procedimento quanto della doppia punizione. I tentativi giurisprudenziali di ricondurre tale sistema entro il paradigma della connessione sostanziale e temporale ne attenuavano gli effetti attraverso il coordinamento, la circolazione probatoria e la proporzionalità, ma non eliminavano le criticità strutturali sottostanti.⁷⁴²

È proprio su questo quadro che si basa il successivo intervento di riforma: non su un sistema originariamente concepito come cumulativo, bensì su un modello che, pur fondato sull'alternatività sanzionatoria, aveva progressivamente mostrato l'insufficienza del solo criterio di specialità e la necessità di strumenti capaci di coordinare più efficacemente i procedimenti, regolare gli effetti reciproci delle decisioni e garantire, nelle ipotesi in cui il cumulo non fosse evitabile, la proporzionalità della risposta punitiva complessiva.⁷⁴³

4.3 La riforma del sistema sanzionatorio tributario alla luce del *ne bis in idem*

Le criticità emerse con riferimento al sistema tributario antecedente alla riforma hanno costituito uno dei principali terreni sui quali è intervenuto il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, adottato in attuazione della legge delega n. 111 del 2023. L'intervento deve essere collocato all'interno di un settore che Mongillo descrive come un microsistema caratterizzato da un marcato "particolarismo tributario" e da una continua trasformazione, nel quale il d.lgs. n. 74 del 2000 aveva originariamente perseguito l'obiettivo di concentrare la risposta penale sulle fattispecie connotate da maggiore disvalore, attraverso soglie di punibilità e ulteriori elementi selettivi. La successiva evoluzione, e in particolare le difficoltà applicative incontrate dal principio di specialità, avevano tuttavia determinato quello che l'Autore definisce uno "scivolamento verso un doppio binario cumulativo", rendendo necessario un nuovo intervento di coordinamento alla luce del *ne bis in idem* sovranazionale.⁷⁴⁴

⁷⁴² TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 8-18; SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 19-31.

⁷⁴³ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 18, 19 ss; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 338-340

⁷⁴⁴ MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1558-1559 e 1562-1563

La legge delega aveva indicato in termini particolarmente ambiziosi l'obiettivo di "razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*". Tripodi osserva, tuttavia, che la riforma si è collocata nella parte "bassa" delle possibili soluzioni, senza procedere a quello "stravolgimento di sistema" che avrebbe richiesto un ripensamento strutturale delle fattispecie e dei rapporti tra i due binari. L'esigenza di integrazione è stata pertanto perseguita mantenendo l'assetto fondamentale del sistema e intervenendo, da un lato, sui rapporti tra procedimenti e decisioni e, dall'altro, sulla proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.⁷⁴⁵

Proprio sulla portata complessiva della riforma le valutazioni dottrinali non sono, quindi, coincidenti: Giovannini vi ravvisa un radicale mutamento di prospettiva, individuando nella proporzionalità il nuovo "direttore d'orchestra" e nell'identità materiale del fatto il nuovo "spartito", ritenendo che la riforma abbia compiuto un radicale mutamento di prospettiva, non più imperniato esclusivamente sulle qualificazioni formali ma sulla materialità del fatto e sulla necessità di coordinare le diverse manifestazioni della potestà punitiva. L'Autore arriva, in questo senso, a qualificare il nuovo sistema come un "avamposto di civiltà giuridica".⁷⁴⁶ Mongillo, muovendo da una prospettiva assai più problematica, riconosce invece l'intento del legislatore di costruire "un ordito più equo e sostenibile", ma ritiene che il risultato restituisca ancora una "sinfonia incompiuta". È proprio attraverso tale diversa valutazione della novella che possono essere esaminati separatamente gli interventi sul piano processuale e quelli concernenti il cumulo sanzionatorio.⁷⁴⁷

In una prospettiva ulteriormente critica si colloca Vittorio De Bonis, il quale osserva come il decreto delegato abbia recepito soltanto alcuni dei fattori che compongono il test della *sufficiently close connection in substance and time*. Gli interventi di coordinamento hanno infatti riguardato soprattutto la circolazione del giudicato e del materiale probatorio, mentre sul piano sanzionatorio è stato introdotto l'obbligo di considerare la risposta

⁷⁴⁵ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 19-20; GIOVANARDI A., *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 14

⁷⁴⁶ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 1-3;

⁷⁴⁷ MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1563

punitiva complessiva; sono rimasti invece privi di una specifica disciplina la complementarità degli scopi perseguiti dai due binari e la prevedibilità della duplicazione procedimentale. Secondo l'Autore, ne deriva un sistema che valorizza prevalentemente la dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, attraverso la modulazione della sanzione applicata per ultima, senza eliminare il conflitto che permane sul versante processuale del doppio binario.⁷⁴⁸

4.3.1 Gli interventi di coordinamento processuale

Sul piano processuale, il punto di partenza della riforma rimane la conservazione del doppio binario e come sottolinea Giovannini, il legislatore ha infatti confermato nell'art. 20 d.lgs. n. 74 del 2000 la scelta della contemporanea autonomia dei procedimenti, tentando però di realizzare “fin dall'avvio dei procedimenti una connessione fra di essi il più possibile stringente”. Non viene quindi ripristinata una relazione di pregiudizialità tra giudizio penale e tributario, né viene eliminata la possibilità che entrambi procedano sul medesimo fatto; cambia, piuttosto, la disciplina dei rapporti tra i rispettivi accertamenti, in modo da ridurre l'isolamento e da avvicinare il sistema a quella configurazione integrata richiesta dalla giurisprudenza sul *ne bis in idem*.⁷⁴⁹

La novità maggiormente significativa è rappresentata dall'introduzione dell'art. 21-bis d.lgs. n. 74 del 2000,⁷⁵⁰ che attribuisce efficacia di giudicato alla sentenza penale irrevocabile di assoluzione perché “il fatto non sussiste” o “l'imputato non lo ha

⁷⁴⁸ DE BONIS V., *Il ne bis in idem e gli approdi del d.lgs. n. 87 del 2024: la latenza di un conflitto irrisolto nella prospettiva della complementarità e del collegamento cronologico dei trattamenti sanzionatori*, in *Dir. prat. trib.*, n. 4/2025, 1416-1418 e 1451-1453

⁷⁴⁹ GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario: residualità applicativa del ne bis in idem e rapporti fra processi*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 2-3; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 19-20

⁷⁵⁰ Art 21 bis d.lgs. n. 74/2000: Efficacia delle sentenze penali nel processo tributario e nel processo di Cassazione:

“1. La sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario, ha, in questo, efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi.

2. La sentenza penale irrevocabile di cui al comma 1 può essere depositata anche nel giudizio di Cassazione fino a quindici giorni prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano, limitatamente alle ipotesi di sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, anche nei confronti della persona fisica nell'interesse della quale ha agito il dipendente, il rappresentante legale o negoziale, ovvero nei confronti dell'ente e società, con o senza personalità giuridica, nell'interesse dei quali ha agito il rappresentante o l'amministratore anche di fatto, nonché nei confronti dei loro soci o associati.”

commesso”, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli “stessi fatti materiali” oggetto di valutazione nel processo tributario. La sentenza può essere fatta valere anche nel giudizio di Cassazione e, con riferimento all’accertamento dell’inesistenza del fatto, gli effetti sono estesi anche alla persona fisica nell’interesse della quale abbia agito il rappresentante, nonché all’ente o alla società e ai relativi soci o associati secondo quanto previsto dalla disposizione.⁷⁵¹

La scelta legislativa assume rilievo non soltanto quale tecnica destinata ad evitare decisioni contraddittorie, ma anche per il riferimento agli “stessi fatti materiali”. È proprio Giovannini ad individuare in tale espressione una delle chiavi di lettura dell’intera riforma: la “comunanza del fatto materiale” diviene una vera e propria “cerniera fra procedimenti e processi”, segnando il passaggio da una costruzione fondata prevalentemente sulle qualificazioni formali ad una maggiormente attenta all’identità materiale dell’accadimento. La medesima prospettiva emerge, secondo l’Autore, non soltanto nel nuovo art. 21-bis, ma nel tentativo del legislatore di realizzare il “completo adeguamento” al *ne bis in idem* mediante un reticolato di disposizioni capaci di collegare procedimenti, processi e conseguenze punitive.⁷⁵²

A tal proposito, Giovannini attribuisce particolare significato al superamento del precedente criterio riferito all’identità dei mezzi di prova: ciò che viene assunto come termine di riferimento non è più la coincidenza delle regole probatorie vigenti nei due processi, bensì “l’identità del fatto materiale” come accertato in sede penale. La riforma intende così superare l’ostacolo tradizionalmente rappresentato dall’art. 654 c.p.p. e dalle differenti discipline probatorie, attribuendo direttamente alla particolare decisione assolutoria considerata dall’art. 21-bis una forza vincolante quanto all’accertamento materiale. Nella ricostruzione dell’Autore, la ratio risiede nella particolare affidabilità dell’accertamento dibattimentale penale, considerato idoneo, quando conduca all’accertamento dell’inesistenza del fatto o dell’estraneità dell’imputato, ad impedire che lo stesso fatto venga contestualmente assunto come esistente ai fini tributari.⁷⁵³

⁷⁵¹ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 20; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 3

⁷⁵² GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 2; GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 3

⁷⁵³ GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 3-5.

Sotto questo aspetto, la novella sembra dare concreta espressione alla dimensione naturalistica dell'*idem* già individuata nell'elaborazione sovranazionale, secondo cui, come evidenzia Scoletta, l'identità rilevante per la garanzia processuale non possa essere ricostruita attraverso la semplice comparazione delle fattispecie astratte, ma debba essere riferita al fatto nella propria consistenza empirico-naturalistica. Il riferimento legislativo agli "stessi fatti materiali" assume pertanto un particolare valore sistematico proprio perché, nel settore tributario, consente di svincolare l'efficacia della decisione penale dalla necessaria coincidenza delle qualificazioni giuridiche, riportando il collegamento tra i due processi sul terreno dell'accadimento storico.⁷⁵⁴

La centralità del fatto materiale richiede, tuttavia, di precisare l'oggetto del vincolo, che Marcello Stella ricostruisce, ai sensi dell'art. 21-bis, come una "fissazione del fatto materiale", che impedisce al giudice tributario di rinnovare autonomamente la valutazione dei fatti coperti dalla decisione penale. Nella sua lettura, non ogni circostanza richiamata nella motivazione assolutoria assume per questo rilievo nel processo tributario: occorre che si tratti dei fatti materiali posti a fondamento tanto dell'imputazione quanto dell'atto impositivo impugnato, riferiti anche al medesimo periodo d'imposta e ancora oggetto di contestazione. Il raccordo rimane così circoscritto alla parte comune dei due accertamenti, senza estendersi indistintamente a tutte le valutazioni compiute dal giudice penale.⁷⁵⁵

Tripodi riconduce espressamente l'art. 21-bis anche all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nelle cause *Di Puma* e *Zecca*, secondo il quale, in presenza di una decisione penale definitiva di assoluzione che escluda la sussistenza dei medesimi fatti posti alla base dell'illecito amministrativo, la prosecuzione del secondo procedimento oltrepassa quanto necessario per il perseguimento dell'interesse generale. In questa prospettiva, la forza del giudicato attribuita alla sentenza assolutoria costituisce uno strumento di coordinamento che impedisce, almeno nelle ipotesi normativamente individuate, non soltanto due accertamenti incompatibili, ma la stessa prosecuzione di una pretesa fondata su un fatto definitivamente escluso in sede penale.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 290-310; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 3-4

⁷⁵⁵ STELLA M., *Il c.d. giudicato penale sui fatti: prime applicazioni dell'art. 21-bis d.lgs. n. 74 del 2000 nel processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2025, 2063-2064

⁷⁵⁶ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 20

Il raccordo non opera simmetricamente nelle due direzioni, poiché la riforma ha introdotto nell'art. 20 la possibilità di acquisire nel processo penale le sentenze rese nei giudizi tributari e divenute irrevocabili, ai fini della prova del fatto in esse accertato, formalizzando un indirizzo già presente nella giurisprudenza. Come osservano Tripodi e Giovannini, mentre l'assoluzione penale ricorrente nelle condizioni dell'art. 21-bis assume efficacia vincolante nel giudizio tributario, la sentenza tributaria rimane invece un elemento acquisibile e valutabile dal giudice penale. Si determina quindi una circolazione asimmetrica: l'accertamento penale assolutorio può acquistare forza di giudicato, mentre quello tributario entra nel processo penale quale elemento probatorio rimesso alla valutazione giudiziale.⁷⁵⁷

La riforma interviene, inoltre, sui raccordi informativi tra le autorità, come il nuovo co. 3-quater dell'art. 129 disp. att. c.p.p., che impone al pubblico ministero di comunicare all'Agenzia delle entrate l'esercizio dell'azione penale per un delitto tributario, nonché le modificazioni dell'art. 32 d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 51 d.P.R. n. 633 del 1972, attraverso le quali viene disciplinata la risposta dell'Amministrazione e la trasmissione degli atti anche al competente Comando della Guardia di Finanza.⁷⁵⁸ Giovannini individua nella medesima disciplina una delle manifestazioni della volontà di far dialogare i due segmenti dell'accertamento, attraverso una più intensa circolazione delle informazioni relative alla vicenda tributaria.⁷⁵⁹

Nel giudizio complessivo di Tripodi, tali interventi producono “evidenti” ricadute positive proprio sull'indice della *close connection* relativo all'assenza di una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, cui si aggiunge un presumibile effetto di accelerazione dei tempi processuali. La riforma non elimina quindi la doppia istruttoria, ma tenta di ridurne gli effetti attraverso l'utilizzazione reciproca delle decisioni e un più intenso scambio informativo tra le autorità; in tal senso, essa interviene precisamente su uno degli aspetti che, nel sistema anteriforma, avevano reso dubbia la configurabilità di due procedimenti come segmenti sufficientemente integrati di una risposta unitaria.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 20-21; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 6-7.

⁷⁵⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 21-22

⁷⁵⁹ GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 8

⁷⁶⁰ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 21-22

Il significato di tale intervento emerge chiaramente se confrontato con i dubbi manifestati nel corso dell'iter di riforma. A tal proposito Ciro Santoriello, commentando lo schema precedente all'approvazione definitiva, aveva definito quella prospettata una “soluzione assai minimale”, lamentando soprattutto la mancata disciplina della circolazione probatoria e osservando come una “sostanziale incomunicabilità” tra i procedimenti fosse difficilmente conciliabile con l'esigenza europea di evitare, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove. In tale prospettiva, il coordinamento istruttorio costituiva precisamente uno degli elementi necessari perché i due binari potessero raggiungere quella *sufficiently close connection in substance and time* richiesta dalla giurisprudenza sovranazionale.⁷⁶¹

Analogamente, Andrea Giovanardi, sempre con riferimento allo schema di decreto, aveva rilevato come le disposizioni proposte muovessero “qualche passo verso l'armonizzazione” del sistema, rimanendo però “ancora molto distanti” dal completo adeguamento prefigurato dalla delega. In particolare, l'Autore lamentava la permanenza dell'autonomia delle fasi istruttorie e la conseguente duplicazione della raccolta probatoria, oltre alla mancata regolazione della connessione temporale tra i due procedimenti. La critica è particolarmente significativa perché consente di cogliere il limite dell'approccio legislativo: il coordinamento viene rafforzato senza che venga abbandonata la regola dell'art. 20, sicché i procedimenti continuano a poter progredire autonomamente e il loro grado di integrazione deve essere verificato nella concreta vicenda.⁷⁶²

La principale criticità individuata già in quella fase riguardava, inoltre, il perimetro dell'art. 21-bis: Giovanardi e Santoriello si interrogavano sulla scelta di limitare l'efficacia vincolante alla sentenza pronunciata in seguito a dibattimento e alle formule assolutorie espressamente considerate, chiedendosi per quale ragione non dovessero assumere analogo rilevanza, ad esempio, gli accertamenti compiuti nell'ambito del giudizio abbreviato. Santoriello segnalava anche il possibile effetto disincentivante rispetto alla scelta dei riti alternativi, mentre Giovannini, pur valorizzando fortemente la

⁷⁶¹ SANTORIELLO C., *Rapporti fra processo penale e giudizio tributario: verso un punto di equilibrio?*, in *Il fisco*, 2024, 1391-1392.

⁷⁶² GIOVANARDI A., *Prime osservazioni*, cit., 14-17.

nuova disposizione, riconduceva la delimitazione legislativa alla particolare pienezza dell'accertamento che dovrebbe caratterizzare il dibattimento.⁷⁶³

Un ulteriore limite è individuato da Leonardo Maria Galieni nella mancata valorizzazione del provvedimento di archiviazione: la scelta di riferire l'art. 21-bis alle sole assoluzioni dibattimentali lascia infatti fuori dal relativo meccanismo gli esiti favorevoli intervenuti prima dell'esercizio dell'azione penale. L'Autore ritiene che tale omissione meriti particolare attenzione alla luce della riforma Cartabia, che ha collegato la richiesta di archiviazione all'impossibilità di formulare una "ragionevole previsione di condanna". Nella sua ricostruzione, la componente prognostica della valutazione rafforzerebbe le ragioni per attribuire rilievo in sede tributaria agli elementi emersi nelle indagini. La proposta non richiede necessariamente di equiparare l'archiviazione a un giudicato assolutorio, ma mira almeno a farne una decisione che il giudice tributario debba considerare, motivando l'eventuale dissenso rispetto alla ricostruzione fattuale. Si tratta, dunque, di un'istanza di maggiore coordinamento probatorio, distinta dall'efficacia vincolante prevista dall'art. 21-bis.⁷⁶⁴

Le difficoltà interpretative prodotte dal nuovo art. 21-bis sono emerse con particolare evidenza nelle prime applicazioni giurisprudenziali, come nella sentenza n. 3800 del 2025, in cui la Cassazione ha circoscritto l'efficacia vincolante dell'assoluzione alle sanzioni tributarie, mantenendo per l'accertamento dell'imposta il precedente regime di autonoma valutazione della decisione penale come elemento di prova. Stella critica tale soluzione, poiché essa farebbe operare "a intermittenza" il vincolo relativo al medesimo fatto: questo sarebbe definitivamente fissato ai fini della sanzione, ma tornerebbe liberamente valutabile ai fini dell'imposta. Il problema riguarda quindi la possibilità che, all'interno dello stesso giudizio tributario, il medesimo presupposto fattuale riceva valutazioni incompatibili a seconda della conseguenza giuridica considerata. Il contrasto ha investito anche l'efficacia delle assoluzioni pronunciate ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p..⁷⁶⁵ Come ricostruisce Giovanni Giacalone, entrambe le questioni sono confluite nel

⁷⁶³ GIOVANARDI A., *Prime osservazioni*, cit., 15-16; SANTORIELLO C., *Rapporti fra processo penale e giudizio tributario*, cit., 1395-1396; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 3-4.

⁷⁶⁴ GALIENI L. M., *La riforma penal-tributaria "dimentica" di valorizzare l'archiviazione nel giudizio tributario*, in *il fisco*, n. 28/2024, 2665-2666

⁷⁶⁵ STELLA M., *Il c.d. giudicato penale sui fatti*, cit., 2065-2066; per l'orientamento restrittivo, Cass., sez. V, 14 febbraio 2025, n. 3800

percorso che ha condotto le Sezioni Unite, con l'ordinanza interlocutoria n. 31961 del 9 dicembre 2025, ad attendere la pronuncia della Corte costituzionale.⁷⁶⁶

La questione ha trovato un importante punto di approdo nella sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2026, che ha dichiarato inammissibili le questioni riferite all'art. 97 Cost. e non fondate le altre, in parte nei sensi precisati in motivazione. Secondo la ricostruzione di Rossella Miceli, la Corte non si limita a salvaguardare formalmente la disposizione, ma ne propone una lettura sistematica diretta a realizzare un equilibrio tra l'esigenza di evitare giudicati contrastanti sugli stessi fatti materiali e la necessità di preservare gli spazi di autonomia del processo tributario quando vengano in considerazione specifiche regole probatorie proprie di tale settore.⁷⁶⁷

Un passaggio particolarmente significativo della pronuncia riguarda, secondo l'Autrice, lo *standard* probatorio. La Corte costituzionale prende atto del progressivo avvicinamento tra processo penale e tributario, valorizzando l'art. 7, co. 5-bis, d.lgs. n. 546 del 1992, che impone all'Amministrazione di dimostrare in maniera "circostanziata e puntuale" le ragioni oggettive sulle quali si fonda la pretesa. Miceli individua qui il superamento dell'idea di una radicale contrapposizione tra lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio proprio del penale e un più tenue criterio probabilistico tributario, fermo restando che le differenze tra i due processi permangono quanto agli strumenti istruttori e ai mezzi di prova ammessi.⁷⁶⁸

Come evidenzia Giacalone, il rilievo del raccordo probatorio emerge anche rispetto alle assoluzioni pronunciate ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p.: la Corte, nella sentenza n. 50 del 2026, non ne esclude in via generale l'efficacia per il solo fatto che la prova risulti mancante, insufficiente o contraddittoria. L'art. 21-bis, infatti, non introduce una distinzione tra l'accertamento positivo dell'insussistenza del fatto e l'esito assolutorio dipendente dall'insufficienza delle prove, purché ricorrano le formule e gli ulteriori presupposti previsti dalla disposizione. L'efficacia dell'assoluzione non può quindi essere

⁷⁶⁶ GIACALONE G., *Giudicato penale e processo tributario: assoluzione e medesimezza del fatto valgono, ma... fino a un certo punto!*, in *Giur. it.*, 2026, 1334-1335

⁷⁶⁷ MICELI R., *L'efficacia del giudicato penale nel processo tributario: una pronuncia della Consulta espressione di effettività giuridica*, in *Riv. giur. trib.*, 2026, 471-473

⁷⁶⁸ MICELI R., *L'efficacia del giudicato*, cit., 475ss; Corte cost., 13 aprile 2026, n. 50

negata sulla sola base del richiamo al secondo comma dell'art. 530 c.p.p., ma deve essere considerata insieme alle specifiche eccezioni individuate dalla Consulta.⁷⁶⁹

Tale riconoscimento deve tuttavia essere coordinato con i limiti individuati dalla Consulta: la sentenza assolutoria conserva, in via generale, efficacia di giudicato nel processo tributario, ma la Corte distingue anzitutto le fattispecie fondate su presunzioni legali tipiche: in tali ipotesi, perché l'assoluzione possa spiegare automaticamente effetti, occorre che essa derivi da un accertamento positivo della non esistenza del fatto e non dalla semplice mancanza o insufficienza della prova. Il giudice tributario conserva altrimenti il compito di verificare il funzionamento della presunzione e l'eventuale prova contraria, proprio perché simili meccanismi probatori non trovano necessariamente un equivalente nel procedimento penale.⁷⁷⁰

Analoga eccezione viene individuata nell'ipotesi in cui l'assoluzione penale dipenda esclusivamente dall'inutilizzabilità del materiale probatorio: se gli elementi non utilizzabili nel processo penale siano stati acquisiti nel rispetto delle regole fiscali e possano quindi legittimamente entrare nel processo tributario, viene meno la ragione per attribuire automaticamente alla decisione assolutoria efficacia preclusiva rispetto all'accertamento fiscale. La Corte realizza così un raccordo che non comporta la completa subordinazione di un giudizio all'altro, poiché l'identità materiale del fatto opera come principio di collegamento, ma non cancella le specificità normative che giustificano un'autonoma valutazione tributaria in circostanze determinate.⁷⁷¹

Un ulteriore profilo critico è individuato da Giacalone nell'asimmetria degli effetti riconosciuti alle decisioni penali, poiché l'art. 21-bis attribuisce infatti efficacia vincolante alla sentenza di assoluzione, senza riconoscere alla condanna penale un analogo automatismo a favore dell'Amministrazione finanziaria. Secondo l'Autore, se il fondamento del raccordo risiede nell'esigenza di evitare accertamenti incompatibili sui medesimi fatti materiali, il problema della coerenza tra i due giudizi si pone anche nella

⁷⁶⁹ GIACALONE G., *Giudicato penale e processo tributario*, cit., 1332-1334; Corte cost., 13 aprile 2026, n. 50, punto 30.1.1 del Considerato in diritto

⁷⁷⁰ MICELI R., *L'efficacia del giudicato*, cit., 475ss; Corte cost., n. 50 del 2026

⁷⁷¹ MICELI R., *L'efficacia del giudicato*, cit., 478

direzione inversa: la “medesimezza” non può essere unidirezionale senza incidere sulla certezza del diritto e sull’unitarietà dell’ordinamento.⁷⁷²

La critica deve essere distinta dalla soluzione accolta dalla Consulta, poiché quest’ultima ha infatti ritenuto non fondate le questioni relative a tale asimmetria, richiamando l’ampia discrezionalità legislativa nella conformazione degli istituti processuali e la specifica indicazione della delega, riferita alle sole sentenze di assoluzione. Il rilievo di Giacalone conserva quindi il significato di un’obiezione sistematica alla scelta legislativa e alla motivazione della pronuncia, senza descrivere un profilo di illegittimità costituzionale accertato.⁷⁷³

Alla luce di tale evoluzione, il nuovo art. 21-bis segna un superamento della precedente impermeabilità tra i due binari, ma non determina il ritorno ad una vera pregiudizialità penale. La regola dell’art. 20 rimane, i procedimenti continuano ad essere autonomamente instaurati e soltanto determinati accertamenti acquistano efficacia vincolante nell’altro giudizio. La riforma realizza quindi una forma di integrazione selettiva, nella quale la medesimezza materiale del fatto, la circolazione delle decisioni e i “racordi informativi” riducono il rischio di duplicazioni e contrasti senza eliminare integralmente la struttura duale del sistema.⁷⁷⁴

4.3.2 Gli interventi sostanziali e il nuovo meccanismo di compensazione sanzionatoria

Accanto al coordinamento processuale, la riforma interviene sul piano sostanziale attraverso un complesso di disposizioni che Tripodi riconduce ad una nuova cornice “improntata alla garanzia della proporzione complessiva delle misure punitive”. Il primo elemento è costituito dalla generale riduzione delle sanzioni amministrative, che rimangono comunque, nella ricostruzione dell’Autore, sostanzialmente penali in ragione del loro carattere ultra-compensativo; a ciò si aggiungono gli interventi sugli art. 13 e 13-

⁷⁷² GIACALONE G., *Giudicato penale e processo tributario: assoluzione e medesimezza del fatto valgono, ma... fino a un certo punto!*, in *Giur. it.*, 2026, 1331-1332

⁷⁷³ GIACALONE G., *Giudicato penale e processo tributario*, cit., 1331-1332; Corte cost., 13 aprile 2026, n. 50, punto 29.1 del Considerato in diritto

⁷⁷⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 20-22; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 3-8; MICELI R., *L’efficacia del giudicato*, cit., 471-478

bis d.lgs. n. 74 del 2000, attraverso il rafforzamento delle cause di non punibilità e delle circostanze attenuanti collegate all'adempimento del debito tributario.⁷⁷⁵

L'attenzione alla proporzionalità della risposta amministrativa non nasce con il decreto delegato, ma già nel dibattito precedente alla riforma Luca Peverini individuava nel principio uno dei criteri destinati a guidare la revisione del sistema, precisando come il suo rispetto non potesse risolversi in una mera riduzione generalizzata delle sanzioni, ma richiedesse di considerare tanto la loro costruzione in astratto quanto la concreta applicazione. Proprio su quest'ultimo piano l'art. 7 d.lgs. n. 472 del 1997 aveva già predisposto un meccanismo di adattamento al caso concreto;⁷⁷⁶ in particolare, come osserva Clara Farella richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 2023, il co. 4 opera quale "opportuna valvola di decompressione" del sistema, consentendo di attenuare la risposta quando le circostanze rendano manifesta la sproporzione della sanzione.⁷⁷⁷

Con riferimento alle cause di non punibilità e alle circostanze attenuanti collegate al pagamento del debito tributario, Tripodi evidenzia come la loro *ratio* immediata rimanga essenzialmente riscossiva: l'obiettivo è incentivare il pagamento del tributo, delle sanzioni e degli interessi. Attraverso quella che l'Autore definisce una sorta di "eterogenesi dei fini", gli effetti della disciplina finiscono per assumere anche una funzione compensativa, poiché il pagamento effettuato sul versante tributario determina la diminuzione o, in determinate ipotesi, l'esclusione della pena. La relazione tra i due binari viene così costruita anche attraverso la condotta successiva del contribuente, che incide sulla necessità e sull'intensità della reazione penale.⁷⁷⁸

Giovannini qualifica questo fenomeno come una forma di proporzionalità "premiale": il comportamento successivo del trasgressore, diretto a rimuovere o attenuare le conseguenze della violazione, determina l'abbandono o la mitigazione della risposta penale, facendo sì che il giudizio sulla proporzione non rimanga ancorato soltanto alla condotta originaria ma tenga conto anche della "successiva resipiscenza". In questa logica

⁷⁷⁵ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 22; GIOVANARDI A., *Prime osservazioni*, cit., 1-4.

⁷⁷⁶ PEVERINI L., *Il principio di proporzionalità nelle sanzioni amministrative*, in *il fisco*, n. 22/2023, 2130ss

⁷⁷⁷ FARELLA C., *Proporzionalità delle sanzioni: la "manifesta sproporzione" è la panacea di tutti i mali?*, in *il fisco*, n. 26/2023, 2535-2538

⁷⁷⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 22

vengono lette sia le modificazioni relative agli omessi versamenti, sia gli art. 13 e 13-bis, nei quali la soddisfazione del debito erariale attribuisce al versante amministrativo-riscossivo una rilevanza capace di incidere direttamente sul quantum o sull'*an* della risposta penale.⁷⁷⁹

La disposizione centrale per il *ne bis in idem* è rappresentata dal nuovo art. 21-ter, la quale è definita da Tripodi come “la vera novità” sul piano sostanziale: nelle ipotesi in cui non sia stata individuata una relazione di specialità tra gli illeciti, la norma impone al giudice o all’autorità amministrativa, nel momento della determinazione della sanzione di propria competenza e al fine di ridurre la misura, di “tener conto” delle sanzioni penali, amministrative o amministrative dipendenti da reato già irrogate con provvedimento o sentenza divenuti definitivi. Viene così positivizzato un meccanismo di compensazione volto ad impedire che la somma delle diverse conseguenze punitive produca un trattamento complessivamente sproporzionato.⁷⁸⁰

Il rapporto con la specialità è particolarmente importante, poiché il nuovo meccanismo non sostituisce l’art. 19, ma è destinato ad operare quando quest’ultimo non abbia impedito il cumulo. Giovannini insiste per questo sul “carattere residuale” dell’art. 21-ter, ritenendo che il “complesso reticolato” predisposto dalla riforma e la persistente operatività della specialità dovrebbero prevenire, nella maggior parte dei casi, la necessità di ricorrere direttamente alla compensazione. L’art. 21-ter rappresenterebbe quindi una regola di chiusura, chiamata ad operare soltanto quando i meccanismi destinati ad evitare a monte la duplicazione non abbiano raggiunto il proprio risultato.⁷⁸¹

Tripodi condivide l’indicazione circa la residualità formale della norma, ma ne ridimensiona la portata pratica, poiché evidenzia come, “data la tendenza giurisprudenziale a negare la sussistenza della relazione di specialità tra gli illeciti del settore”, il meccanismo potrebbe finire per rappresentare, nel passaggio dall’astratto al concreto, proprio il principale strumento chiamato a garantire la proporzionalità sanzionatoria complessiva. La centralità effettiva dell’art. 21-ter dipende dunque, ancora

⁷⁷⁹ GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 7-8.

⁷⁸⁰ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23

⁷⁸¹ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 6-7

una volta, dal modo in cui viene delimitato il campo della specialità: quanto più questo viene ristretto, tanto maggiore diviene il ricorso alla compensazione successiva.⁷⁸²

Il problema emerge più chiaramente considerando la proposta di Giovannini di adeguare anche la specialità alla “concretezza dei fatti”, infatti, la centralità assunta dalla materialità nel nuovo sistema dovrebbe condurre ad individuare la norma applicabile nel concorso apparente guardando al fatto nella sua concretezza e non soltanto attraverso il raffronto logico-formale tra fattispecie astratte. In tale modo anche la specialità diverrebbe una delle regole attraverso le quali trova attuazione il più generale principio di proporzionalità. È una ricostruzione che, proprio perché si discosta dalla tradizionale concezione strutturale del criterio, conferma come la riforma abbia riaperto, sul terreno tributario, problemi teorici già affrontati nell’analisi generale del concorso apparente.⁷⁸³

Al di là della qualificazione teorica, la principale difficoltà dell’art. 21-ter riguarda l’indeterminatezza della compensazione, poiché la disposizione impone infatti di “tener conto” della sanzione già applicata, ma non indica quale rapporto debba intercorrere tra la prima e la seconda misura, né offre parametri per tradurre in termini omogenei conseguenze che possono essere profondamente diverse quanto a natura e intensità. Tripodi individua in ciò il “generale e principale tratto di criticità” della norma: il riconoscimento di un potere giudiziale troppo ampio espone al rischio di un “sindacato diffuso di proporzionalità”, tanto più complesso quando debbano essere messe in relazione una sanzione amministrativa pecuniaria e una pena detentiva.⁷⁸⁴

Giovanardi, già commentando lo schema, aveva formulato la medesima obiezione in termini particolarmente netti: l’art. 21-ter “nulla dice sui criteri” attraverso i quali dovrebbe avvenire il contemperamento, con la conseguenza di lasciare la relativa decisione “alla assoluta discrezionalità dell’organo giudicante”. L’Autore inseriva questa carenza all’interno di una valutazione più ampia, secondo cui la riforma, pur muovendo alcuni passi verso l’armonizzazione dei due sistemi, non avrebbe realizzato pienamente il “completo adeguamento” richiesto dalla legge delega.⁷⁸⁵

⁷⁸² TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23

⁷⁸³ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 6

⁷⁸⁴ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23

⁷⁸⁵ GIOVANARDI A., *Prime osservazioni*, cit., 14-17

Santoriello aveva anticipato il medesimo rischio attraverso il confronto con la disciplina degli abusi di mercato, dove una compensazione rimessa al giudice consente infatti a quest'ultimo non soltanto di individuare l'esistenza di un eccesso punitivo, ma anche di determinarne direttamente le conseguenze. Nella ricostruzione dell'Autore, ciò espone ogni procedimento alla "spada di Damocle" di una valutazione individuale sulla severità del trattamento complessivamente dovuto, con il rischio di soluzioni differenti e conseguenti ricadute negative sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità della pena. Il problema si aggrava, inoltre, quando nel calcolo debbano essere considerate non soltanto misure pecuniarie, ma pene detentive, pene accessorie e confische.⁷⁸⁶

Giovannini, pur riconoscendo che l'art. 21-ter non fornisca criteri predeterminati, offre una valutazione diversa: l'assenza di una rigida griglia non sarebbe necessariamente incompatibile con la garanzia, sia per il carattere residuale della disposizione sia per la difficoltà di ridurre ad uno schema normativo uniforme l'enorme varietà delle circostanze che possono incidere sul giudizio di proporzione. La valutazione sarebbe quindi inevitabilmente affidata al libero apprezzamento del giudice o dell'autorità amministrativa; il silenzio legislativo, anziché produrre necessariamente un vuoto, responsabilizzerebbe il decisore e potrebbe consentire la progressiva formazione di orientamenti capaci di consolidarsi nel "diritto vivente".⁷⁸⁷

Il contrasto è significativo, poiché da un lato, l'elasticità viene considerata da Giovannini quasi inevitabile, in quanto funzionale ad una valutazione capace di adattarsi all'eterogeneità dei cumuli; dall'altro, Tripodi, Giovanardi e Santoriello ravvisano proprio in tale elasticità il rischio di trasferire sul giudice una scelta che incide direttamente sulla determinazione della pena. La questione non riguarda quindi soltanto l'effettività della compensazione, ma il rapporto tra proporzionalità e legalità: quanto maggiore è il potere del giudice di modificare il trattamento stabilito dal legislatore per rendere proporzionato il risultato complessivo, tanto più intensa diviene la tensione con la predeterminazione legislativa delle conseguenze punitive.⁷⁸⁸

⁷⁸⁶ SANTORIELLO C., *Dalla riforma una soluzione parziale per evitare la violazione del ne bis in idem in sede tributaria*, in *il fisco*, 2024, n. 14, 1313-1314

⁷⁸⁷ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 7

⁷⁸⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23-24; GIOVANARDI A., *Prime osservazioni*, cit., 17; GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 7.

Mongillo accentua ulteriormente tale profilo critico, considerando l'art. 21-ter come una disposizione che capovolge, "come in una camera oscura", la tradizionale vocazione processuale del *ne bis in idem*, affidando al decisore che interviene per secondo il compito di assicurare una risposta punitiva globalmente proporzionata. L'effetto concreto consiste nella possibilità di ridurre la seconda sanzione tenendo conto di quella divenuta definitiva, ma "entro quali limiti non è specificato". Per Mongillo, il meccanismo riproduce quindi i limiti già emersi nei modelli compensativi elaborati in altri settori e non è, di per sé, sufficiente a soddisfare tutte le condizioni della connessione sostanziale e temporale.

La critica dell'Autore non si ferma alla tecnica legislativa, ma investe la stessa scelta di mantenere una pluralità di binari punitivi, sottolineando come il legislatore continui a ricercare "la quadratura del cerchio sanzionatorio" nel modo più agevole, affidandola alla decisione sul caso concreto; la soluzione compromissoria finisce però per "esaltare la discrezionalità del giudice o dell'autorità amministrativa", senza offrire "nitidi criteri di ragguaglio tra sanzioni eterogenee". Il problema della proporzionalità viene così risolto a valle, senza un vero ripensamento delle ragioni che giustificano la contemporanea permanenza delle differenti pretese punitive.⁷⁸⁹

Tripodi individua, inoltre, una specifica tensione con il principio di legalità quando la compensazione richieda di oltrepassare i limiti della cornice edittale: nella ricostruzione dell'Autore, il problema non deriva tanto dalla gerarchia delle fonti nell'ambito coperto dal diritto dell'Unione, né dall'operatività *in bonam partem* della riduzione, quanto dalla separazione dei poteri: una manovra che arrivi sino alla totale disapplicazione della sanzione penale finirebbe infatti per "annullare l'opzione legislativa creatrice del doppio binario sanzionatorio", sostituendo alla scelta punitiva del legislatore una decisione giudiziaria sull'esistenza stessa della seconda pena.

La formulazione dell'art. 21-ter, secondo Tripodi, sembra almeno scongiurare l'esito più radicale, poiché il riferimento legislativo alla finalità di "ridurre la misura della sanzione" depone contro una sua integrale eliminazione. Rimane invece aperto il problema della rideterminazione al di sotto del minimo edittale. L'Autore distingue, a tal riguardo, l'ambito eurounitario, nel quale la diretta efficacia della garanzia può legittimare una disapplicazione della normativa interna incompatibile, dalle materie estranee alle

⁷⁸⁹ MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1563-1564.

competenze dell'Unione, nelle quali il giudice interno non dispone del medesimo strumento e l'eventuale necessità di oltrepassare il minimo legislativo deve essere portata dinanzi alla Corte costituzionale attraverso l'art. 117 Cost.⁷⁹⁰

Sul punto, la dottrina non presenta una posizione univoca: infatti Ambrosetti, Mezzetti e Ronco rilevano come una parte degli interpreti ritenga che il potere di mitigazione attribuito al giudice possa spingersi fino alla disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva, mentre un diverso orientamento esclude la possibilità di scendere al di sotto di tale limite. La questione conferma come il nuovo meccanismo, pur essendo costruito in funzione della proporzionalità complessiva, lasci irrisolto il problema dei confini entro i quali il giudice possa incidere sul trattamento sanzionatorio legislativamente predeterminato.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Art 117 cost.: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...]

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.”

⁷⁹¹ AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 448

Non è poi irrilevante che l'art. 21-ter non abbia previsto uno specifico criterio di conversione tra sanzioni eterogenee. Tripodi richiama, in particolare, l'art. 135 c.p.,⁷⁹² già valorizzato dalla Cassazione come possibile strumento per rendere omogenee la componente pecuniaria e quella detentiva ai fini della compensazione, ma ne evidenzia anche il limite: in presenza di una sanzione amministrativa particolarmente elevata, la conversione potrebbe assorbire integralmente la pena detentiva, facendo sì che il reato rimanga in concreto affidato soltanto alla precedente risposta pecuniaria. Anche sotto questo profilo emerge la difficoltà di tradurre matematicamente la proporzionalità complessiva tra conseguenze punitive qualitativamente differenti.⁷⁹³

Ne deriva un assetto nel quale la specialità continua a rappresentare il primo strumento di selezione, mentre la proporzionalità opera quale garanzia ulteriore quando la selezione non sia avvenuta. Sotto questo profilo, il nuovo art. 21-ter può essere considerato una vera e propria rete di sicurezza: non sostituisce il criterio destinato ad evitare a monte il cumulo, ma impedisce, almeno nelle intenzioni legislative, che l'applicazione di più sanzioni determini un trattamento eccedente. Proprio la sua natura residuale rende però decisiva la concreta estensione riconosciuta alla specialità e, con essa, la capacità del sistema di distinguere le ipotesi nelle quali vi siano effettivamente distinti disvalori da quelle nelle quali la seconda risposta punitiva costituisca soltanto una reiterazione della prima.⁷⁹⁴

4.3.3 La posizione dell'ente nel sistema riformato

Un ulteriore profilo nel quale la novella interviene in maniera significativa riguarda la posizione dell'ente: prima della riforma, l'inserimento dei reati tributari tra i reati-presupposto della responsabilità ex d.lgs. n. 231 del 2001 aveva determinato quello che Tripodi definisce un "evidente cumulo punitivo *in societatem*": all'ente poteva infatti essere applicata la sanzione amministrativa tributaria relativa alla violazione fiscale e, a

⁷⁹² Art 135 c.p.: Ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive:

"Salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge, quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva"

⁷⁹³ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 24-25

⁷⁹⁴ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 6-7; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23

partire dall'introduzione dell'art. 25-quinquiesdecies⁷⁹⁵, anche la sanzione derivante dalla responsabilità per il corrispondente reato tributario. Il risultato si poneva in tensione con l'assetto alternativo previsto per la persona fisica, rispetto alla quale l'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000 era destinato, nei limiti della specialità, a precludere l'esecuzione cumulativa delle due sanzioni.⁷⁹⁶

Santoriello aveva già individuato in questa situazione uno dei punti maggiormente problematici del sistema precedente, osservando come l'ente potesse essere destinatario delle sanzioni tributarie in quanto contribuente e, allo stesso tempo, delle conseguenze previste dal d.lgs. n. 231 del 2001, senza neppure beneficiare del meccanismo di mitigazione predisposto in altri sistemi cumulativi. Ne risultava un trattamento complessivo particolarmente severo, idoneo a sollevare autonomi dubbi di proporzionalità e di compatibilità con il *ne bis in idem*.⁷⁹⁷

Secondo Tripodi, la riforma realizza una tendenziale "equiparazione della posizione dell'ente a quella dell'individuo", poiché, ferma la responsabilità dell'ente per la sanzione tributaria, il nuovo co. 2-bis dell'art. 21 estende anche alla *societas* il meccanismo di sospensione dell'esecuzione nel rapporto tra sanzione tributaria e sanzione amministrativa dipendente da reato, con l'effetto che "il doppio binario punitivo anche per l'ente diviene alternativo".⁷⁹⁸

Ambrosetti, Mezzetti e Ronco evidenziano come l'alternatività così ricostruita non comporti tuttavia una piena riespansione del principio di specialità, e sottolineano come, nell'attuale assetto, quando l'illecito tributario sia commesso dal rappresentante legale di una società o di un ente, la sanzione penale colpisca la persona fisica autrice del reato,

⁷⁹⁵ Art. 25 quinquiesdecies: Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche:

"1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: [...]

1-bis. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, quando sono commessi al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri connessi al territorio di almeno un altro Stato membro dell'Unione europea, da cui consegue o possa conseguire un danno complessivo pari o superiore a dieci milioni di euro, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: [...]

2. Se, in seguito alla commissione dei delitti indicati ai commi 1 e 1-bis, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.

3. Nei casi previsti dai commi 1, 1-bis e 2, si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e)."

⁷⁹⁶ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 25-27

⁷⁹⁷ SANTORIELLO C., *Dalla riforma una soluzione parziale*, cit., 1314

⁷⁹⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 27; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 2-3

mentre la sanzione amministrativa tributaria gravi sulla società o sull'ente; venendo in rilievo soggetti diversi, il principio di specialità non è pertanto chiamato ad operare nei medesimi termini. A ciò si aggiunge la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 per i reati tributari ricompresi nell'art. 25-quinquiesdecies, che determina un ulteriore profilo di sovrapposizione tra la sanzione tributaria e quella amministrativa dipendente da reato. Il nuovo art. 21, co. 2-bis, interviene sul piano dell'eseguibilità della prima, ma non elimina la compresenza dei differenti titoli di responsabilità. È in tale prospettiva che gli Autori concludono come, anche dopo le modifiche legislative, "il principio di specialità riveste un ruolo limitato" nella risoluzione del concorso apparente degli illeciti tributari.⁷⁹⁹

Anche per l'ente opera, inoltre, il meccanismo compensativo dell'art. 21-ter, che consente, qualora l'alternatività non riesca concretamente ad impedire l'applicazione di entrambe le conseguenze, la norma consente di considerare la sanzione precedentemente irrogata nella determinazione di quella successiva. Tripodi legge tale previsione come un "ultimo baluardo di contenimento del fenomeno del doppio binario punitivo *in societatem*", destinato ad intervenire qualora venga disconosciuto il rapporto di specialità o si verifichi comunque un inceppamento del meccanismo previsto dall'art. 21.

La ricostruzione non è priva di difficoltà sul piano della specialità, infatti, Tripodi prospetta la possibilità di ravvisare nell'estensione dell'art. 21 il riconoscimento legislativo della maggiore specializzazione strutturale dell'illecito dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001 rispetto alla corrispondente violazione amministrativa tributaria e, proprio per questo, si domanda perché debba essere mantenuta anche la possibilità di una doppia applicazione tale da rendere necessaria la compensazione dell'art. 21-ter. Se il rapporto di specialità fosse strutturalmente riconosciuto, la duplicazione dovrebbe infatti essere impedita a monte e non soltanto neutralizzata attraverso il successivo riequilibrio quantitativo.⁸⁰⁰

Diversa è la ricostruzione di Mongillo, il quale dubita che il principio di specialità possa essere agevolmente utilizzato per mettere in relazione la sanzione tributaria dell'ente e quella derivante dal d.lgs. n. 231 del 2001, poiché le due responsabilità sarebbero costruite

⁷⁹⁹ AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 445-446 e 448

⁸⁰⁰ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 27-28

su presupposti strutturali differenti: la prima grava direttamente sull'ente in relazione al rapporto tributario, mentre la seconda è fondata su un illecito organizzativo collegato alla commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Proprio tale differenza renderebbe problematica la configurazione di un rapporto di genere a specie in senso stretto e contribuirebbe a spiegare la permanenza della funzione residuale della compensazione.⁸⁰¹

Il confronto tra le due ricostruzioni conferma come la riforma non abbia eliminato il problema teorico alla base del doppio binario, ma abbia costruito una pluralità di meccanismi destinati a contenerne gli effetti. Per la persona fisica come per l'ente, la specialità dovrebbe impedire la duplicazione quando sia ravvisabile una relazione tra le fattispecie; l'art. 21 disciplina gli effetti dell'alternatività; l'art. 21-bis e le modificazioni dell'art. 20 rafforzano l'integrazione degli accertamenti; l'art. 21-ter interviene infine sul quantum qualora il cumulo rimanga. La riforma assume così la proporzionalità e la materialità del fatto quali elementi di raccordo tra i diversi segmenti, senza rinunciare alla struttura pluralistica del sistema punitivo tributario.⁸⁰²

In conclusione, il d.lgs. n. 87 del 2024 segna un indubbio mutamento rispetto all'assetto precedentemente descritto, ma non realizza un superamento del doppio binario: sul versante processuale, la tradizionale autonomia dei procedimenti viene temperata dall'efficacia attribuita a determinati accertamenti penali, dalla circolazione delle decisioni e dal rafforzamento dei raccordi informativi; sul versante sostanziale, l'art. 21-ter introduce espressamente una compensazione destinata a contenere il trattamento punitivo complessivo. La novella tenta quindi di rendere i due procedimenti e le relative sanzioni parti maggiormente coordinate di un'unica risposta, secondo la logica della connessione sostanziale elaborata in sede europea.⁸⁰³

Rimane la questione se un simile coordinamento possa essere considerato sufficiente rispetto alle esigenze proprie del *ne bis in idem* sostanziale. Proprio la permanenza dell'art. 21-ter dimostra che il legislatore ammette la possibilità che due autonome pretese punitive giungano entrambe ad applicazione, limitandosi in tale ipotesi ad imporne il

⁸⁰¹ MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1562-1563

⁸⁰² GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 1-7; TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 19-28

⁸⁰³ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 19-28; GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario*, cit., 2-8.

riequilibrio. Il nodo individuato da Silva e Scoletta non risulta quindi definitivamente sciolto: la proporzionalità può impedire che il cumulo divenga eccessivo, ma non equivale necessariamente alla previa eliminazione della duplicazione del medesimo giudizio di disvalore. In questo senso, la riforma del 2024 costituisce un significativo tentativo di razionalizzazione del doppio binario tributario, ma lascia aperta la scelta tra una soluzione fondata sull'integrazione dei procedimenti e sulla compensazione delle sanzioni e una soluzione più radicale, che intervenga sulla delimitazione delle fattispecie e sulla stessa ammissibilità della pluralità punitiva.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35-38; SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 338-340; SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454; MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1563-1564

Conclusioni

L'analisi svolta ha consentito di ricostruire il problema della pluralità punitiva muovendo dalla distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo, per giungere ai criteri del concorso apparente e al principio del *ne bis in idem* sostanziale. L'esame del sistema tributario ha infine permesso di verificare come tali questioni si presentino in un settore nel quale la compresenza di differenti strumenti sanzionatori rende particolarmente evidente la necessità di delimitare la risposta punitiva complessiva. Ciò che collega questi diversi momenti dell'indagine è rappresentato dall'esigenza di stabilire quando la pluralità delle fattispecie corrisponda ad una reale autonomia dei contenuti offensivi e quando, invece, determini una reiterazione della medesima valutazione di disvalore.

Un primo risultato emerge dal dibattito sulla distinzione tra illecito penale e amministrativo, come ricostruito da Silva: le teorie qualitative, quantitative e teleologiche non hanno consentito di individuare un criterio sostanziale capace di separare stabilmente le due categorie. La possibilità che anche la sanzione amministrativa persegua finalità punitive e presenti un'intensità afflittiva significativa rende insufficiente il riferimento alla sola qualificazione formale prescelta dal legislatore. La progressiva elaborazione di una più ampia categoria di diritto punitivo ha quindi posto il problema delle garanzie applicabili alle diverse manifestazioni della potestà sanzionatoria, senza che la loro collocazione in settori differenti possa, da sola, giustificare una riduzione della tutela dell'individuo.⁸⁰⁵

In tale percorso, la legge n. 689 del 1981 ha assunto un rilievo fondamentale, offrendo una disciplina generale dell'illecito amministrativo e riconoscendo, attraverso l'art. 9, la possibilità di un concorso apparente tra disposizioni penali e amministrative. La ricostruzione di Palazzo consente di cogliere anche il significato di politica criminale di tale intervento: l'illecito amministrativo punitivo veniva configurato quale strumento alternativo alla pena, capace di contribuire al contenimento dell'area penalmente rilevante. La successiva diffusione dei doppi binari ha però modificato questo rapporto, affiancando alla logica dell'alternatività quella del cumulo.⁸⁰⁶ Ne deriva che il problema

⁸⁰⁵ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 29 ss, 56-59

⁸⁰⁶ PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa*, cit., 706-707; PALAZZO F., *Diritto penale e Costituzione*, cit., 985

non riguarda più solo la scelta dello strumento sanzionatorio, ma anche la giustificazione della contemporanea applicazione di più risposte punitive nei confronti dello stesso soggetto.

È proprio su questo piano che l'indagine sul concorso apparente acquista un significato ulteriore rispetto alla sola classificazione dei rapporti tra norme. L'esame delle teorie valoriali, naturalistiche e strutturali ha mostrato come esse rispondano ad esigenze differenti, che devono essere considerate nel loro rapporto reciproco. Nella ricostruzione comparativa di Scoletta, il confronto strutturale consente di delimitare l'attività dell'interprete e di rendere controllabile la soluzione, mentre l'attenzione al fatto concreto e al suo significato offensivo permette di verificare se la pluralità normativa esprima effettivamente una pluralità di illeciti.⁸⁰⁷ La difficoltà consiste nel tenere insieme tali esigenze, evitando sia un'applicazione eccessivamente rigida del confronto astratto, sia un giudizio di assorbimento affidato soltanto ad una generica valutazione di equità.

Sotto questo profilo, assume particolare rilievo la prospettiva di Scoletta che collega l'assorbimento alla dimensione tipologica della fattispecie e alla verifica dell'eventuale presenza di un'"autonoma eccedenza offensiva".⁸⁰⁸ Non è sufficiente che più disposizioni convergano sulla medesima vicenda per escluderne il concorso, così come la diversità materiale delle condotte non comporta necessariamente una pluralità di responsabilità. Occorre invece verificare se una fattispecie sia già idonea a rappresentare integralmente il disvalore della vicenda oppure se la disposizione concorrente esprima un contenuto ulteriore. In questo senso, il *ne bis in idem* sostanziale non determina un'indiscriminata eliminazione del concorso di reati, ma orienta la distinzione tra una pluralità giustificata di illeciti e una duplicazione della medesima valutazione punitiva.

La ricerca del fondamento del principio ha inoltre evidenziato come il suo richiamo non possa esaurirsi nell'affermazione che nessuno debba essere punito due volte per lo stesso fatto. Silva insiste sulla necessità di attribuire al *ne bis in idem* sostanziale un contenuto precettivo, individuandone il fondamento costituzionale e i criteri attraverso i quali esso possa incidere sulla qualificazione giuridica del fatto.⁸⁰⁹ Il riconoscimento del principio

⁸⁰⁷ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 124-130, 454-466

⁸⁰⁸ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 479-483

⁸⁰⁹ SILVA C., *Sistema punitivo*, cit., 175, 186ss, 198ss, 290-299

non rende quindi superflua la criteriologia del concorso apparente, ma richiede che questa venga interpretata in funzione dell'esigenza di impedire una duplicazione del medesimo contenuto offensivo. Al tempo stesso, tale impostazione conserva lo spazio per una pluralità di responsabilità quando le fattispecie esprimano disvalori effettivamente autonomi.

L'analisi ha reso necessario mantenere distinta questa dimensione dalla garanzia processuale: come chiarisce Scoletta, il riferimento all'*idem factum* e quello all'*idem crimen* individuano problemi differenti: nel primo caso viene in considerazione la reiterazione del giudizio sulla medesima vicenda storica; nel secondo, la possibilità che uno stesso contenuto di illecito venga nuovamente imputato attraverso una diversa qualificazione normativa.⁸¹⁰ La comune finalità garantistica non consente di sovrapporre i due piani, poiché la definizione di un procedimento e la corretta individuazione delle fattispecie applicabili costituiscono momenti diversi della tutela, ciascuno dei quali conserva una propria funzione rispetto all'esercizio della potestà punitiva.

L'evoluzione europea ha reso più complesso il rapporto tra queste dimensioni, come è emerso nel percorso esaminato, dove l'affermazione della nozione autonoma di materia penale e la valorizzazione dell'identità del fatto storico hanno ampliato la protezione rispetto alle duplicazioni derivanti dalla diversa qualificazione formale degli illeciti. Con la successiva elaborazione della connessione sostanziale e temporale, l'attenzione si è spostata anche sulla possibilità di considerare i procedimenti come parti di una risposta integrata. Tripodi descrive questo passaggio in termini di "relativizzazione-flessibilizzazione" della garanzia, la cui applicazione viene a dipendere dalla valutazione congiunta di una pluralità di indici.⁸¹¹ Il coordinamento e la proporzionalità acquistano così un ruolo centrale, ma rendono al contempo più articolata la verifica dei limiti entro i quali la duplicazione possa essere ammessa.

Uno dei principali punti problematici dell'intera indagine emerge nel rapporto tra proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale: la proposta di Tripodi valorizza la proporzione sanzionatoria quale fondamento di un rafforzamento della garanzia sostanziale, idoneo a incidere sia sull'individuazione degli illeciti concorrenti sia, qualora

⁸¹⁰ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 402-405, 406ss, 418ss

⁸¹¹ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 3-4; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1064-1066

il cumulo non possa essere escluso, sulla determinazione del trattamento sanzionatorio complessivo.⁸¹² In questa prospettiva, la proporzionalità non riguarda soltanto la singola pena, ma impone di considerare l'insieme delle conseguenze punitive che gravano sul destinatario.

Una funzione ancora più ampia viene riconosciuta alla proporzionalità da Giovannini, il quale la assume quale criterio ordinatore dei rapporti tra procedimenti e misure punitive. La distinzione tra proporzionalità intrinseca ed estrinseca permette all'Autore di ricondurre ad una comune esigenza sistematica la specialità, il divieto di *bis in idem* e i meccanismi di raccordo tra i diversi accertamenti.⁸¹³ Tale lettura offre una spiegazione unitaria degli strumenti attraverso i quali il sistema tenta di contenere la moltiplicazione della risposta sanzionatoria.

La critica di Silva impone però di precisare il rapporto tra le due garanzie, poiché l'Autrice, pur riconoscendo nella proporzionalità una "garanzia fondamentale" e un "limite invalicabile", rifiuta che il *ne bis in idem* sostanziale venga interamente ricondotto al controllo sul *quantum* della pena.⁸¹⁴ La questione della duplicazione sorge infatti in un momento logicamente anteriore, nel quale occorre stabilire se più fattispecie possano concorrere oppure se una di esse esaurisca già il disvalore rilevante. La riduzione della sanzione complessiva può contenere l'aggravio punitivo, ma non risolve necessariamente la legittimità della duplice qualificazione.

Il medesimo limite emerge nella valutazione di Scoletta, che considera la soluzione affidata alla commisurazione o all'assorbimento della pena "pragmaticamente accettabile" ma "sistematicamente discutibile".⁸¹⁵ Il riequilibrio quantitativo conserva una funzione di tutela, soprattutto quando il cumulo sia giunto ad applicazione, ma lascia aperta la domanda se il medesimo contenuto di illecito dovesse essere autonomamente valutato più volte. Si può quindi ritenere che proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale concorrano alla delimitazione del potere punitivo, senza che l'una possa sostituire integralmente l'altro.

⁸¹² TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, cit., 1079-1084

⁸¹³ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 3-5

⁸¹⁴ SILVA C., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 34-36

⁸¹⁵ SCOLETTA M., *Idem crimen*, cit., 451-454

Il sistema tributario ha consentito di verificare la concreta rilevanza di tale distinzione, poiché il quadro della riforma del 2024 esaminato nell'ultimo capitolo mostra un rafforzamento degli strumenti di coordinamento, senza un abbandono della struttura a doppio binario. Nella ricostruzione di Tripodi, gli interventi sulla circolazione delle decisioni e sull'efficacia di determinati accertamenti penali si affiancano a misure dirette a garantire la proporzione complessiva della risposta punitiva.⁸¹⁶ L'integrazione degli accertamenti e il contenimento delle sanzioni rappresentano quindi due direzioni complementari dell'intervento, ma non coincidono con la preventiva esclusione di ogni duplicazione.

La funzione attribuita all'art. 21-ter rende particolarmente evidente questo assetto, del quale Giovannini sottolinea il carattere residuale, poiché il meccanismo compensativo dovrebbe intervenire quando gli strumenti destinati ad impedire il cumulo non abbiano operato.⁸¹⁷ Tripodi osserva però come la concreta estensione riconosciuta alla specialità possa modificare tale rapporto: quanto più viene ristretto il suo ambito applicativo, tanto maggiore diviene il ruolo della compensazione successiva.⁸¹⁸ La residualità della norma dipende dunque anche dal modo in cui vengono risolti i problemi del concorso tra gli illeciti.

Rimane inoltre la difficoltà di individuare criteri sufficientemente determinati per il confronto tra sanzioni eterogenee, poiché, come evidenzia Mongillo, l'affidamento della proporzionalità al decisore del caso concreto rischi di accentuarne la discrezionalità, senza offrire "nitidi criteri di ragguaglio tra sanzioni eterogenee".⁸¹⁹ Il problema non riguarda soltanto l'effettività della riduzione, ma anche la certezza e la prevedibilità della risposta punitiva. Il caso tributario ripropone così, sul piano applicativo, la tensione già emersa nell'analisi generale tra l'esigenza di adeguare la sanzione alla vicenda concreta e quella di delimitare il potere valutativo dell'interprete.

All'esito del percorso svolto, si può quindi sostenere che la razionalizzazione del sistema punitivo richieda di mantenere distinti, pur coordinandoli, tre momenti: l'individuazione delle fattispecie effettivamente applicabili, la tutela rispetto alla reiterazione dei

⁸¹⁶ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 20-23

⁸¹⁷ GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità*, cit., 6-7

⁸¹⁸ TRIPODI A.F., *Prime osservazioni*, cit., 23

⁸¹⁹ MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario*, cit., 1563-1564

procedimenti e il controllo sulla proporzionalità delle conseguenze complessive. Ciascuno risponde ad un problema specifico e l'efficacia di uno non rende superflui gli altri. Una migliore circolazione degli accertamenti può ridurre il rischio di decisioni incompatibili, mentre una compensazione può contenere l'eccesso sanzionatorio; rimane però necessario verificare se la pluralità delle pretese punitive trovi giustificazione nell'autonomia dei disvalori considerati.

È in questa verifica che il *ne bis in idem* sostanziale conserva la propria funzione; infatti, il confronto tra le ricostruzioni esaminate non conduce ad escludere ogni pluralità sanzionatoria, ma mostra la necessità che essa non derivi automaticamente dalla moltiplicazione delle qualificazioni formali e che la risposta punitiva rimanga collegata al contenuto dell'illecito effettivamente attribuibile al soggetto. La proporzionalità costituisce una tutela essenziale quando più sanzioni concorrano, ma la questione preliminare resta quella di stabilire se tale concorso sia giustificato. Il settore tributario conferma, quindi, l'attualità del problema dal quale l'indagine ha preso avvio: individuare i limiti entro i quali la pluralità degli strumenti dell'ordinamento possa tradursi in una pluralità di punizioni, senza reiterare il medesimo giudizio di disvalore.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.

ALFANO R. - TRAVERSA E., *L'impatto del diritto europeo sull'applicazione del divieto di bis in idem in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, n. 1, 40-41.

ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, n. 11, 1053ss.

AMARELLI G., *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 6, 787-799.

AMBROSETTI E.M., *Il concorso apparente di norme (art. 15, 68, 84)*, in COCCO G. - AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, I, 1, *La legge penale*, Padova, 2016, 171ss.

AMBROSETTI E.M., *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in RONCO M. - AMBROSETTI E.M. - MEZZETTI E., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 3ª ed., Bologna, 2016, 439ss.

AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, 6ª ed., Bologna, 2026, 443.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed., aggiornata e integrata da CONTI L., Milano, 2003.

ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. It. dir. pen.*, 1948.

BARTOLI R., *Cifra essenziale, statuto costituzionale e ruolo sistematico dell'illecito punitivo civile*, in *disCrimen*, 7 febbraio 2020, 1-16.

- BELLAGAMBA F., *Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 8, spec. 961-965.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1978, 226
- BIN L., *Recensione a C. Silva, Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti, Giappichelli, Torino, 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2018.
- BONCOMPAGNI F., *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 3, 405-406.
- BONTEMPELLI M., *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rass. trib.*, 2017, n. 2, 562-577.
- BRICOLA F., *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, 36.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS M.- PALOMBARINI G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984, 40ss.
- CAPPITELLI R., *La persistente attualità del pensiero giuridico di Francesco Antolisei*, in *Giur. it.*, 2005, n. 5, 1019.
- CARINCI A., *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. trib.*, 2015, n. 2, 499-515.
- COLACURCI M., *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 799-805.
- COTTU E., *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 4, 476-478.

- DE BONIS V., *Il ne bis in idem e gli approdi del d.lgs. n. 87 del 2024: la latenza di un conflitto irrisolto nella prospettiva della complementarità e del collegamento cronologico dei trattamenti sanzionatori*, in *Dir. prat. trib.*, 2025, n. 4, 1416-1418 e 1451-1453.
- DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018.
- DE FRANCESCO G.A., *Il pensiero penalistico di Ferrando Mantovani*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, n. 3, 287.
- DE FRANCESCO G.A., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.
- DE FRANCESCO G.A., *Omicidio, rapina impropria, fine d'impunità: una problematica da rimeditare*, in *Giur. it.*, 2026, n. 7, 1623-1626.
- DELITALA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934.
- DELITALA G., *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 1095-1096.
- DI BITONTO M.L., *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 4, 438ss.
- DI GIUSEPPE M.O., *Sentenza "Grande Stevens": il ne bis in idem*, in *Rass. trib.*, 2014, 1440 ss.
- FARELLA C., *Proporzionalità delle sanzioni: la "manifesta sproporzione" è la panacea di tutti i mali?*, in *il fisco*, 2023, n. 26, 2535-2538.
- FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 1, 4-5, 7, 16-20.
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, n. 5, 939ss.

- FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano. Parte I. Diritto penale sostanziale*, tomo II, Torino, 1958.
- GALIENI L.M., *La riforma penal-tributaria “dimentica” di valorizzare l’archiviazione nel giudizio tributario*, in *il fisco*, 2024, n. 28, 2665-2666.
- GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 5, 577ss.
- GARGANI A., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Leg. pen.*, 3 dicembre 2018, 2-4 e 18-19.
- GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria” (art. 2 L. 28.4.2014 N. 67)*, in *Leg. pen.*, 2015, 15.
- GATTA G.L., *Un’importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali*, in *Sist. pen.*, 2025, n. 7-8, 131-132.
- GIACALONE G., *Giudicato penale e processo tributario: assoluzione e medesimezza del fatto valgono, ma... fino a un certo punto!*, in *Giur. it.*, 2026, 1331-1335.
- GIACONA I., *Considerazioni in tema di ne bis in idem sostanziale, a proposito del libro di Marco Scoletta, Idem Crimen, 2023*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2025, n. 1, 309-319.
- GIACONA I., *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022.
- GIACONA I., *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sist. pen.*, 5 ottobre 2023, 4-17.

- GIACONA I., *Istanze europee di ne bis in idem e posizioni attuali della dottrina italiana sul concorso apparente di reati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, n. 3, 393-402.
- GIACONA I., *L'aggravante dello stalking per l'omicidio e le lesioni personali al vaglio delle Sezioni Unite, tra reato complesso e disattenzioni del Legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2022.
- GIOVANARDI A., *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 20 aprile 2024, 1-4 e 14-17.
- GIOVANNINI A., *Diritto punitivo tributario: residualità applicativa del ne bis in idem e rapporti fra processi*, in *Riv. dir. trib.*, 4 settembre 2024, 1-9.
- GIOVANNINI A., *Sui rapporti fra principio di proporzionalità, ne bis in idem e specialità nel riformato sistema punitivo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 20 giugno 2024, 1-9.
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932.
- LABIANCA B., *Verso una nuova depenalizzazione?*, in *il fisco*, 2003, n. 11, 1624-1627.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 11^a ed., Milano-Padova, 2020.
- MASERA L., *I criteri Engel alla prova della prassi interna. La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di matière pénale*, in *Sist. pen.*, 2 luglio 2025, 1-22.
- MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile". In merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3, legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2015, 1-4.
- MAZZACUVA F., *Confisca e reati societari: la Consulta riafferma l'esigenza di proporzionalità della pretesa ablativa*, in *Società*, 2025, n. 7, 842-843.

- MAZZACUVA F., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 417ss.
- MICELI R., *L'efficacia del giudicato penale nel processo tributario: una pronuncia della Consulta espressione di effettività giuridica*, in *Riv. giur. trib.*, 2026, 471-478.
- MONGILLO V., *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul d.lgs. n. 87/2024*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, n. 12, 1558-1559 e 1562-1564.
- MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1954
- PAGLIARO A., *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2013, 1392.
- PAGLIARO A., *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 544ss.
- PAGLIARO A., *Il concorso di norme penali*, in *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 215ss.
- PAGLIARO A., *Relazioni logiche e apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice penale*, 1976.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 1980.
- PALAZZO F., *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 9, 1218-1224.
- PALAZZO F., *Diritto penale e Costituzione (Ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, n. 8, 984-985.
- PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 3, 286-287.
- PALAZZO F., *"Preclusioni soggettive" delle pene sostitutive e principi costituzionali di politica sanzionatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, n. 10, 1168-1169.
- PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 694ss.
- PALIERO C.E., *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Politica del diritto*, 1983.

- PALIERO C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894ss.
- PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988.
- PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Iperatrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PAPA M., *Le qualifiche giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.
- PELISSERO M., *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, n. 10, 1372-1373.
- PERRONE A., *Il criterio della “sufficiently close connection” ed il suo rapporto con il principio del ne bis in idem sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, n. 3, 1153-1158.
- PEVERINI L., *Il principio di proporzionalità nelle sanzioni amministrative, in il fisco*, 2023, n. 22, 2130 e 2133-2136.
- PULITANÒ D., *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1593-1594.
- RUGGIERO G., *Depenalizzazione, sanzioni amministrative, giudicato. Un intreccio complesso, in il fisco*, 2002, n. 30, fasc. 1, 4895.
- RUSSO F., *L'equilibrio storico sistematico tra processo penale e tributario alla luce dei principi CEDU e pronunce della Corte EDU*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2017, n. 1, 133-135.
- SANTORIELLO C., *Dalla riforma una soluzione parziale per evitare la violazione del ne bis in idem in sede tributaria, in il fisco*, 2024, n. 14, 1309 ss.
- SANTORIELLO C., *Rapporti fra processo penale e giudizio tributario: verso un punto di equilibrio?*, in *il fisco*, 2024, 1391-1392 e 1395-1396.

- SCOLETTA M., *Concorso di norme e concorso di reati*, in PALIERO C.E. (a cura di), *Il sistema penale*, Torino, 2024, 496-519.
- SCOLETTA M., *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023.
- SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, 4-38.
- SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.
- SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983.
- SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.
- SOTIS C., *Il “fatto” nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Indice penale*, 2017, 467.
- STELLA M., *Il c.d. giudicato penale sui fatti: prime applicazioni dell’art. 21-bis d.lgs. n. 74 del 2000 nel processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2025, n. 5, 2063-2066.
- TRAVERSA E., *Analisi sistematica di quarant’anni di giurisprudenza tributaria italiana della Corte di Giustizia (1983-2023)*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2023, n. 2, 556.
- TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 3, 1047-1086.
- TRIPODI A.F., *Pluralismo sanzionatorio e diritti fondamentali: il caso del cumulo tra sanzione penale e sanzione disciplinare*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, n. 5, 651 e 657-658.
- TRIPODI A.F., *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del ne bis in idem europeo*, in *disCrimen*, 2 ottobre 2024, 1-29.
- VALLINI A., *Concorso apparente di norme: lo stato dell’arte*, in *Cassazione, nell’anno trascorso*, in *Giur. it.*, 2025, n. 4, 874 e 880-881.
- VALLINI A., *Lo stalking finito in tragedia e il reato complesso: un’altra “prova tecnica” di ne bis in idem sostanziale*, in *Giur. it.*, 2022, n. 5, 1219-1221.

VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 4, 529-531 e 535-538.

VECCHIONI L., *Il concorso apparente di norme: un possibile revirement dei criteri sostanziali?*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2024, 3 e 5-9.

VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022, 14-16.

VIGANÒ F., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025, 11-12.

Giurisprudenza

Cass. pen., Sez. V, 07/02/1995, in *Cass. pen.*, 1996, n. 2225.

Cass. pen., Sez. un., 20/12/2005, n. 47164.

Cass. pen., Sez. un., 28/10/2010, n. 1235.

Cass. pen., Sez. V, 10/10/2018, n. 45829.

Cass. civ., Sez. un., 05/07/2017, n. 16601.

Cass., Sez. V, 14/02/2025, n. 3800.

Cass., Sez. un., Ord. interlocutoria, 09/12/2025, n. 31961.

Corte cost., Sent., 2015, n. 49.

Corte cost., Sent., 10/11/2016, n. 236.

Corte cost., Sent., 05/12/2018, n. 222.

Corte cost., Sent., 2019, n. 222.

Corte cost., Sent., 16/06/2022, n. 149.

Corte cost., Sent., 2023, n. 46.

Corte cost., Sent., 04/02/2025, n. 7.

Corte cost., Sent., 2025, n. 113.

Corte cost., Sent., 13/04/2026, n. 50.

Corte EDU, Plenaria, 08/06/1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

Corte EDU, Plenaria, 21/02/1984, *Öztürk c. Germania*.

Corte EDU, Camera, 24/02/1994, *Bendenoun c. Francia*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Schmautzer c. Austria*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Umlauf c. Austria*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Grading c. Austria*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Pramstaller c. Austria*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Palaoro c. Austria*.

Corte EDU, 23/10/1995, *Pfarrmeier c. Austria*.

Corte EDU, Grande Camera, 10/02/2009, *Zolotukhin c. Russia*.

Corte EDU, Sez. II, 04/03/2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

Corte EDU, Sez. IV, 20/05/2014, *Nykänen c. Finlandia*.

Corte EDU, Grande Camera, 15/11/2016, *A e B c. Norvegia*.

Corte EDU, 18/05/2017, *Jóhannesson e altri c. Islanda*.

Corte EDU, *Dubus S.A.*.

Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*.

Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*.

Corte EDU, *Lucky Dev c. Svezia*.

Corte giust. UE, Grande Sezione, 05/06/2012, *Bonda*, causa C-489/10.

Corte giust. UE, Grande Sezione, 26/02/2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

Corte giust. UE, Grande Sezione, 20/03/2018, *Menci*, causa C-524/15.

Corte giust. UE, Grande Sezione, 20/03/2018, *Garlsson Real Estate e altri*, causa C-537/16.

Corte giust. UE, 20/03/2018, *Di Puma e Zecca*.

Corte giust. UE, 08/05/2019, *EN.SA.*, causa C-712/17.

Corte giust. UE, Grande Sezione, 08/03/2022, *NE*, causa C-205/20.

Normativa

Costituzione della Repubblica italiana.

Codice penale Zanardelli.

Codice penale.

Codice civile e disposizioni sulla legge in generale (preleggi).

Codice di procedura civile.

Codice di procedura penale.

Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale.

Codice della strada.

L. n. 4/1929.

L. 30 aprile 1962, n. 283.

Legge di depenalizzazione del 1967.

D.P.R. n. 633/1972.

D.P.R. n. 600/1973.

D.l. n. 99/1974.

L. 7 giugno 1974, n. 220.

Legge di depenalizzazione del 1975.

L. n. 689/1981.

L. n. 516/1982.

Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, 19 dicembre 1983.

Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, 5 febbraio 1986.

D.lgs. n. 546/1992.

D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

D.lgs. n. 58/1998 (Testo unico della finanza).

D.lgs. n. 74/2000.

D.lgs. n. 231/2001.

L. 5 dicembre 2005, n. 251.

L. 28 aprile 2014, n. 67.

D.lgs. n. 28/2015.

D.lgs. n. 158/2015.

D.lgs. n. 7/2016.

D.lgs. n. 8/2016.

L. n. 3/2019 (Legge Spazzacorrotti).

L. n. 111/2023.

D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87.

Regolamento n. 1973/2004.

Direttiva 2014/67.

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 1968.

Codice penale tedesco.

Progetti di riforma e lavori preparatori

Testo unificato del Comitato ristretto della Commissione Giustizia, 31 luglio 1980.

Schema di legge delega della Commissione Pagliaro, 1992.

Progetto Grosso.

Progetto Nordio.

Progetto Pisapia.

RINGRAZIAMENTI

Ad Alessandro