



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**candidato: Enrico Pezzi**

**IL *NE BIS IN IDEM*  
SOSTANZIALE  
NELLA CONVERGENZA DI  
FATTISPECIE INCRIMINATRICI**

**Relatore: Prof. Alessandro Melchionda**

Anno Accademico  
2018-2019

**Indirizzo specialistico in:  
Diritto e procedura penale e filosofia del diritto  
XXXII ciclo**

**Valutatori esterni:**

- Prof. Ignazio Giacona, Università degli Studi di Palermo
- Prof. Michele Papa, Università degli Studi di Firenze

**Esame finale:**

**Commissione esaminatrice:**

- Prof.ssa Claudia Pecorella, Università degli Studi di Milano-Bicocca
- Prof. Davide Petrini, Università degli Studi di Torino
- Prof.ssa Francesca Ruggieri, Università degli Studi dell'Insubria

**INDICE**

ABSTRACT .....1

**CAPITOLO PRIMO**

**PREMESSE AD UNO STUDIO SUL CONCORSO DI FATTISPECIE  
INCRIMINATRICI**

**Sez. I: Convergenza reale e apparente**

1. I due piani dell'indagine: il fenomeno della convergenza di fattispecie e la questione del trattamento sanzionatorio nel concorso formale di reati..... 3

2. Preliminari questioni terminologiche. .... 7

3. Collocazione sistematica del concorso apparente di norme. .... 11

    3.1. La labile linea di confine fra concorso formale eterogeneo e concorso apparente di norme. .... 15

4. L'insufficienza del solo art. 15 c.p. per la risoluzione delle ipotesi di concorso apparente di norme. .... 19

5. Le posizioni teoriche sul tema: le teorie moniste e le diverse accezioni del principio di specialità. Specialità unilaterale e bilaterale..... 25

    5.1. "Stessa materia" e specialità in concreto: le teorie naturalistiche..... 34

    5.2. Le teorie pluraliste: sussidiarietà e consunzione. Il canone di *ne bis in idem* sostanziale. .... 39

6. La posizione (apparentemente) monolitica della giurisprudenza. .... 47

7. Le proposte di modifica dell'art. 15 c.p. nei lavori delle Commissioni di riforma del codice penale. .... 52

8. La necessità di "andare oltre" il principio di specialità logico-formale e l'insuperabilità delle critiche mosse a tutte le impostazioni teoriche sul tema: una nuova indagine alla luce dell'esperienza sovranazionale europea. .... 55

**Sez II: Il trattamento sanzionatorio delle ipotesi di convergenza**

1. Dal codice Zanardelli alla riforma del 1974. Dall'assorbimento al cumulo sanzionatorio..... 58

## SOMMARIO

2. Le prospettive di riforma del concorso di reati: i progetti di riforma del codice penale. .....	62
3. Dosimetria sanzionatoria fra cumulo giuridico extraedittale ed intraedittale.....	64

### CAPITOLO SECONDO

#### LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*: PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

1. La necessità di un'indagine sul contenuto ed i limiti del divieto di <i>bis in idem</i> sostanziale.....	69
2. Affinità e divergenze fra i due piani, sostanziale e processuale, del divieto: l'impossibilità di una <i>reductio ad unum</i> . ....	73
2.1. I profili di interferenza fra le due preclusioni. ....	79
2.2. Lo stato dell'arte in merito alla definizione degli elementi del “ <i>bis</i> ” e dell’” <i>idem</i> ” nelle due accezioni del divieto.....	84
3. La versione convenzionale del divieto, fra diritto comunitario e diritto internazionale. .....	87
3.1. La (imperfetta) adesione dell'Unione Europea alla CEDU e le ricadute in tema di divieto di doppio giudizio. ....	90
3.2. L'approccio europeo in tema di doppio binario sanzionatorio. La prima fase: dal caso Zolotukhin alla giurisprudenza “Grande Stevens”; dalla sentenza Van Esbroeck al caso Fransson. ....	94
3.3. La seconda fase: il revirement della Corte di Strasburgo (caso A. e B. c. Norvegia) ed il trittico della Corte di Giustizia (casi Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca).....	101
4. Il nucleo comune del <i>ne bis in idem</i> convenzionale: la contaminazione sostanziale della garanzia processuale. ....	107
4.1. <i>Ne bis in idem</i> convenzionale e proporzionalità. ....	111
4.2. La recezione dei test convenzionale ed eurounitario nella giurisprudenza italiana. .....	117
5. Le criticità del <i>ne bis in idem</i> convenzionale in tema di doppio binario sanzionatorio e la necessità di intervenire sul piano sostanziale della convergenza di fattispecie.....	120

## SOMMARIO

6. L'accoglimento della giurisprudenza convenzionale in tema di divieto di doppio giudizio e le sue possibili ricadute in tema di divieto di doppia condanna: la sentenza della Corte Costituzionale n. 200/2016 (c.d. "Eternit bis").....	125
7. Le due facce del divieto di bis in idem ed il <i>tertium genus</i> convenzionale. La necessità di un'autonoma elaborazione del divieto di doppia condanna e l'impossibilità di un esclusivo riferimento alle fonti sovranazionali. ....	131
8. L'esperienza sovranazionale come indizio (e non fondamento) della necessità di una positivizzazione del <i>ne bis in idem</i> sostanziale, attraverso la valorizzazione del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione. ....	134

### CAPITOLO TERZO

#### IL VOLTO COSTITUZIONALE DEL DIVIETO SOSTANZIALE DI *BIS IN IDEM*

1. Il divieto di <i>bis in idem</i> sostanziale nella legislazione ordinaria. I riferimenti codicistici degli artt. 68 ed 84.....	140
2. Dal diritto positivo al terreno dei principi: le nuove suggestioni teoriche per la costruzione di un principio costituzionale di <i>ne bis in idem</i> sostanziale. ....	145
3. I motivi della comparazione. Uno sguardo all'esperienza tedesca: le coordinate dell'art. 103, abs. III GG.....	151
3.1. I rapporti fra <i>ne bis in idem</i> , proporzionalità ( <i>Verhältnismäßigkeitsprinzip</i> ) e colpevolezza ( <i>Schuldprinzip</i> ) nella giurisprudenza del <i>Bundesverfassungsgericht</i> . ....	157
3.2. La garanzia costituzionale dell'art. 103, abs. III GG fra divieto di doppio giudizio e divieto di doppia condanna. Le differenze fra <i>Verbot der Doppelbestrafung</i> e <i>ne bis in idem</i> .....	160
4. Dal divieto costituzionale di <i>Doppelbestrafung</i> ai divieti di <i>Doppelverwertung</i> e di <i>Doppelbewertung</i> . Il § 46, comma 3 StGB. ....	164
4.1. Qualche considerazione in tema di divieto di doppia punizione e disciplina della commisurazione della pena.....	169
5. La valorizzazione del principio sostanziale di <i>ne bis in idem</i> sul terreno del concorso formale di reati. Il § 52 StGB ed il cumulo giuridico intraeditale ( <i>Kombinationsprinzip</i> ).....	173
6. Prime, preliminari, conclusioni: <i>ne bis in idem</i> , proporzionalità e colpevolezza fra dimensione nazionale, comparata e sovranazionale. ....	178

## SOMMARIO

6.1. Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale come precipitato del combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost.: la valorizzazione del divieto come argine alla violazione del principio di colpevolezza. ....	182
6.2. Il controllo di ragionevolezza quale limite all'applicazione del principio di proporzione fra fatto e sanzione. Il <i>ne bis in idem</i> come divieto che include ipotesi <i>in re ipsa</i> manifestamente irragionevoli.....	187
7. Il <i>ne bis in idem</i> alla luce della collocazione sistematica del concorso apparente di norme. Chiarificazioni circa il ruolo della preclusione rispetto alle teorie della validità e dell'efficacia della norma. ....	192
7.1. Qualche necessaria puntualizzazione in tema di rapporti fra dottrina della validità e sottrazione del fatto concreto alla sfera di previsione della fattispecie generale... ..	201
7.2. Gli ambiti di validità ed efficacia delle norme come base di partenza per una corretta definizione del concetto di " <i>idem</i> ". Critica delle concezioni che identificano la preclusione come divieto di reiterare il medesimo giudizio di illecito.....	207
7.3. L'accezione naturalistica del giudizio di medesimezza come divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto. Il rapporto fra <i>ne bis in idem</i> sostanziale e concorso formale di reati. ....	212
8. Qualche nota in tema di concezioni naturalistiche dell' <i>idem</i> . ....	217
9. La valenza prescrittiva del divieto: vincoli ed obblighi per il legislatore e l'interprete. ....	222

## CAPITOLO QUARTO

### LE RICADUTE IN TEMA DI CONCORSO FORMALE DI REATI E DI CONCORSO APPARENTE DI NORME

#### Sez. I: *Ne bis in idem* sostanziale e concorso formale

1. L'incidentale tutela avverso il " <i>bis</i> sanzionatorio" nei rapporti strutturali fra fattispecie.....	227
2. Il <i>bis</i> nel momento della (pre)determinazione delle ipotesi di cumulo sanzionatorio. Le conseguenze dell'individuazione dei principi di proporzionalità e colpevolezza quali fonti del divieto sostanziale di <i>bis in idem</i> sul cumulo giuridico extraeditale.....	232
2.1. L'applicazione della sanzione più grave fra assorbimento puro ed inasprito....	237

## SOMMARIO

3. Il concorso formale come garanzia del rispetto del <i>ne bis in idem</i> sostanziale: la delimitazione del requisito dell' <i>idem</i> . .....	243
3.1. L'unitarietà della condotta come nucleo indefettibile della medesimezza del fatto. ....	248
4. Qualche nota conclusiva in tema di rapporti fra <i>ne bis in idem</i> sostanziale e doppio binario sanzionatorio. ....	252

### Sez. II: *Ne bis in idem* sostanziale e concorso apparente di norme

1. L'autonomia del <i>ne bis in idem</i> sostanziale rispetto al principio di specialità. Il concorso apparente come precipitato degli artt. 15, 61, 62 c.p. e delle clausole di riserva espresse. ....	258
1.1. La specifica posizione delle clausole di riserva. ....	264
1.2 Il reato progressivo al vaglio del divieto sostanziale di doppia punizione. ....	267
2. La specialità "oltre" se stessa: qualche nota in merito ai rapporti fra <i>ne bis in idem</i> sostanziale ed approcci monisti al concorso apparente di norme. ....	271
3. <i>Ne bis in idem</i> sostanziale e teorie pluraliste: dal concorso apparente di norme al concorso formale di reati. ....	275
3.1. L'inconciliabilità delle categorie dell'antefatto e postfatto non punibili, nonché della progressione criminosa con il divieto sostanziale di <i>bis in idem</i> . ....	280
4. Qualche nota in merito alle paventate asimmetrie applicative in tema di rapporti fra <i>ne bis in idem</i> processuale, concorso formale di reati e concorso apparente di norme. ....	286
5. Considerazioni finali. ....	289

CONCLUSIONI.....	293
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA .....	301
--------------------	-----

MATERIALI .....	324
-----------------	-----





## ABSTRACT

Quanti (e quali) sono i criteri risolutivi in tema di concorso apparente di norme? Questa è la domanda che più comunemente ci si pone nell'approcciare l'ostico terreno della convergenza di fattispecie.

Il lavoro che si presenta muove invece da una differente, seppur intimamente connessa, prospettiva: quali sono, a monte, i principi regolatori del concorso apparente di norme e del concorso formale di reati?

Solo in un secondo momento, dalla ricognizione di questi, si potrà procedere a fornire una risposta alla prima questione.

Pertanto, si è posta attenzione al divieto sostanziale di *bis in idem*, nonché ai possibili riferimenti normativi, costituzionali e sovranazionali, idonei a legittimarne l'esistenza nell'ordinamento giuridico italiano.

Il metodo d'indagine prescelto si sviluppa pertanto su due diverse direttive: da un lato, la comparazione con l'ordinamento tedesco, che presenta premesse dogmatiche ampiamente sovrapponibili a quelle poste dalla scienza penalistica italiana, seppur rimanendo caratterizzato da talune peculiarità che rendono estremamente proficua un'indagine sul tema (su tutte, la presenza di un generale divieto di doppia punizione, *Doppelbestrafungsverbot*, nella Carta costituzionale tedesca, in relazione al quale manca uno speculare referente in quella italiana).

Dall'altro, una ricognizione della più recente giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria in tema di *ne bis in idem* processuale, nonché dei rapporti fra questo ed il principio di proporzionalità fra fatto e sanzione.

Su entrambi i versanti la tradizionale collocazione della preclusione sul piano processuale cede oggi parzialmente il passo a considerazioni di stampo valoriale, che portano ad interrogarsi sulla necessità di elaborare un autonomo divieto di *ne bis in idem* agente sul terreno del diritto penale sostanziale. Preclusione, questa, della quale si rende infine necessario analizzare i risvolti applicativi, tanto sul terreno del concorso apparente di norme, quanto su quello del concorso formale di reati.

È in quest'ultimo senso, cioè in relazione ai rapporti fra i principi costituzionali ed i fenomeni di convergenza di fattispecie, che ci si muove nella presente indagine.



## CAPITOLO PRIMO

### PREMESSE AD UNO STUDIO SUL CONCORSO DI FATTISPECIE INCRIMINATRICI

#### SEZ. I: CONVERGENZA REALE E APPARENTE

**Sommario:** 1. I due piani dell'indagine: il fenomeno della convergenza di fattispecie e la questione del trattamento sanzionatorio nel concorso formale di reati. 2. Preliminari questioni terminologiche. 3. Collocazione sistematica del concorso apparente di norme. 3.1. La labile linea di confine fra concorso formale eterogeneo e concorso apparente di norme. 4. L'insufficienza del solo art. 15 c.p. per la risoluzione delle ipotesi di concorso apparente di norme. 5. Le posizioni teoriche sul tema: le teorie moniste e le diverse accezioni del principio di specialità. Specialità unilaterale e bilaterale. 5.1. "Stessa materia" e specialità in concreto: le teorie naturalistiche. 5.2. Le teorie pluraliste: sussidiarietà e consunzione. Il canone di *ne bis in idem* sostanziale. 6. La posizione (apparentemente) monolitica della giurisprudenza. 7. Le proposte di modifica dell'art. 15 c.p. nei lavori delle Commissioni di riforma del codice penale. 8. La necessità di "andare oltre" il principio di specialità logico-formale e l'insuperabilità delle critiche mosse a tutte le impostazioni teoriche sul tema: una nuova indagine alla luce dell'esperienza sovranazionale europea.

*1. I due piani dell'indagine: il fenomeno della convergenza di fattispecie e la questione del trattamento sanzionatorio nel concorso formale di reati.*

La convergenza – reale od apparente – di più fattispecie sul medesimo fatto si pone come una delle sfide più ostiche per lo studioso penalista, tanto da essere stata più volte definita in dottrina come un "congegno cervelotico", e finanche un vero e proprio "ginepraio"<sup>1</sup>.

Approcciarsi per la prima volta a questo tema, infatti, può comportare un senso di smarrimento e, se si vuole, di sconforto. Smarrimento, a causa della sconfinata

---

<sup>1</sup> Parla di "congegno cervelotico", C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224; evocano la figura del ginepro F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 1; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano, 1943, 275.

produzione scientifica sul tema, nonostante il problema della distinzione fra concorso formale ed apparente si sia posto con forza nel dibattito dottrinale nostrano soltanto in tempi relativamente recenti<sup>2</sup>. Sconforto, perché tutt'ora non vi sono veri e propri punti fermi, né in dottrina, né in giurisprudenza, benché allo studio del concorso di questa materia siano stati dedicati lavori di raffinatissima elaborazione concettuale e di rara maestria<sup>3</sup>. In proposito, pochissimi sono i punti su cui si registra unità di vedute: si afferma concordemente che si ha concorso apparente ogniqualvolta una situazione concreta appaia riconducibile *prima facie* a più fattispecie incriminatrici, una sola delle quali risulta essere tuttavia applicabile (l'inapplicabilità delle restanti norme può infatti concretizzarsi già in seguito all'ordinario giudizio di tipicità, ovvero in virtù dell'applicazione di regole di portata generale, quali gli artt. 15 e 84 c.p., che forniscono criteri su come interpretare i rapporti fra più figure di reato tra loro interferenti<sup>4</sup>); una consolidata unità di opinioni si ha inoltre sull'operatività del principio di specialità, quanto meno di quella c.d. unilaterale, quale criterio risolutivo del concorso apparente.

Allontanandosi da questi preliminari punti fermi, il resto è tutt'ora in discussione.

Basti pensare che la stessa definizione di concorso apparente poc'anzi riportata, da adito a profondi dibattiti non appena si proceda ad analizzarne le singole

---

<sup>2</sup> I primi studi in tema di concorso apparente di norme nell'ordinamento italiano si devono a F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Gius. pen.*, II, 1942, 609; F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *ibid.*; G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1937; F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932, 500 ss. Si evidenzia che il concorso apparente di norme ha assunto un ruolo centrale nel dibattito scientifico solo negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Rocco, in virtù del fatto che solamente a partire da esso si è per la prima volta distinto il trattamento sanzionatorio previsto per i casi di concorso apparente (art. 15 c.p.) da quello del concorso formale (art. 81 c.p.). Scelta, questa, in controtendenza rispetto a quanto stabilito nel codice Zanardelli, che prevedeva in entrambi i casi il principio di assorbimento. Sul punto si veda D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, 17 ss.; I. GIACONA, *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 363 ss. Più diffusamente, *infra*, Sez. II.

<sup>3</sup> Basti qui ricordare le opere di G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, II ed., Padova, 1954; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997; S. PROSDOMICI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

<sup>4</sup> In questo senso cfr., *ex multis*, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 264. Cfr. anche M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 220 ss., il quale definisce l'art. 15 c.p. come "metanorma", contenente le direttive necessarie per l'interpretazione di altre norme penali.

componenti: lo stesso concetto di “situazione concreta” può essere infatti inteso nel senso di “unica azione” piuttosto che di “medesimo fatto”, il quale a sua volta può essere inteso in senso strutturale (quale fatto qualificato giuridicamente da più fattispecie incriminatrici), oppure in senso meramente naturalistico (come medesima situazione di fatto concretamente verificatasi).

Dibattuta, ancora, è l’ammissibilità di ulteriori criteri da affiancare a quello di specialità, nonché il fatto che gli stessi debbano essere definiti da un punto di vista logico (opzione generalmente effettuata attraverso un’interpretazione estensiva, o finanche analogica, dell’art. 15 c.p.) o valoriale (mediante la selezione della norma che risulti essere meglio in grado di abbracciare l’intero disvalore del fatto)<sup>5</sup>.

Fra gli studiosi che propongono l’adozione di criteri valoriali, in discussione è pure il fondamento degli stessi. A fronte di un generico richiamo al principio di *ne bis in idem* sostanziale, le opinioni differiscono notevolmente al momento di individuare i tratti salienti di detta preclusione, rendendo difficoltosa l’interpretazione degli elementi che la compongono<sup>6</sup>.

A livello di teoria generale del diritto penale, la stessa collocazione del concorso apparente nella dottrina del concorso di reati piuttosto che nella teoria della norma ha per lungo tempo costituito oggetto di riflessione. All’interno della teoria della norma, poi, si dibatte ulteriormente sulla circostanza che la convergenza apparente riguardi l’ambito di validità ovvero quello di efficacia della norma penale<sup>7</sup>.

Invero, l’elenco potrebbe continuare a lungo: il dibattito attorno al concetto di stessa materia *ex art. 15 c.p.*; il significato da attribuire alla clausola di riserva posta in chiusura di tale norma; l’identificazione del concorso apparente come istituto autonomo o come mera deroga al concorso di reati; i rapporti fra l’art. 15 c.p. e l’art. 9 l. n. 698/1981 in tema di concorso fra illecito penale ed amministrativo e così via<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Così, su tutti, A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217.

<sup>6</sup> Riassume efficacemente questa situazione F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 392 ss., secondo cui il principio di *ne bis in idem*, «oltre a non aver ricevuto alcuna precisa elaborazione, nel suo fondamento giuridico e nella sua portata, esprimendosi con esso più una esigenza equitativa che una operante realtà giuridica, trova discordi gli stessi Autori, che più consapevolmente vi si riferiscono».

<sup>7</sup> Si veda, sul punto la puntuale analisi di A. MORO, *op. cit.*, 37 ss. Cfr. inoltre, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 58 ss. Più diffusamente, *infra* Sez. I, par. 3.

<sup>8</sup> Per approfondimenti, oltre ai principali contributi già citati in nota 2, cfr. M. JORI, *op. cit.*, 211 ss.; C. SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Indice Penale*, 2017, 461 ss.

Non deve quindi stupire il fatto che, ancora oggi, in dottrina si rilevi che su tale tema «la riflessione dottrinale registra un'inquietante dissociazione tra qualità dei contributi e quantità dei problemi che possono dirsi irrisolti»<sup>9</sup>.

Invero, questa babele di teorie si crea quando la dogmatica, per quanto raffinata, non riesce a svilupparsi sulla base di premesse condivise<sup>10</sup>. Si prenda a titolo d'esempio, il criterio di specialità. Le implicazioni del brocardo *lex specialis derogat generali* dovrebbero essere d'immediata comprensione: la norma speciale deroga, sulla base di un raffronto strutturale fra fattispecie, la norma generale. Eppure la questione è tutt'altro che semplice, dal momento che gli studi effettuati sul principio ne hanno svelato molteplici sfaccettature: basti pensare alla distinzione fra specialità per aggiunta e per specificazione; alla teorizzazione della c.d. specialità bilaterale (ulteriormente classificabile come bilateralità per aggiunta o per specificazione); od, ancora, all'introduzione del concetto di "sottofattispecie comune a più norme incriminatrici".

Anche muovendo al di fuori dell'art. 15 c.p., ossia volgendo lo sguardo agli altri criteri elaborati in dottrina, può notarsi come, sebbene essi vengano generalmente ricondotti ad esigenze equitative nascenti dalla trasposizione sostanziale del principio processuale del *ne bis in idem*, purtuttavia quest'ultimo risulta sfornito di una vera e propria base concettuale. I riferimenti alla versione sostanziale della preclusione *de quo* sono infatti per lo più generici ed apodittici, col risultato che il principio stesso viene spesso proposto come autodimostrante ed autodimostrato<sup>11</sup>. Provocatoriamente, si potrebbe addirittura affermare che esistono tante accezioni del divieto quanti sono gli autori che ad esso fanno riferimento!

In altri termini, non è dato riscontrare un'unità di vedute nemmeno a monte, con riferimento alle stesse premesse concettuali su cui dovrebbe svilupparsi l'intero dibattito sul fenomeno della convergenza di fattispecie.

Tale circostanza induce a riflettere: come può parlarsi di quanti e quali criteri informino la disciplina del concorso apparente di norme, se prim'ancora non si è

---

<sup>9</sup> Così C. SOTIS, *ibid.* Dissociazione, questa, che accompagna il fenomeno del concorso apparente da oltre mezzo secolo. Ci si riferisce a quanto affermato già nel 1948 da F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 1, secondo cui «la nostra dottrina si è occupata con grande impegno di questo (...) problema, dedicandovi non poche pubblicazioni, alcune di mole cospicua, ma non si può dire che i risultati di sì nobili fatiche siano stati soddisfacenti».

<sup>10</sup> Si veda, M. JORI, *op. cit.*, 241 ss.

<sup>11</sup> In questo senso si veda, M. SINISCALCO, *op. cit.*, 62.

stabilito, con sufficiente chiarezza teorica e scientifica, se realmente esista un principio ispiratore, ulteriore rispetto al dato normativo fornito dall'art. 15 c.p.?

Pertanto, scopo della presente indagine è quello di interrogarsi sulla sussistenza e sulla portata di tale principio, al fine di verificarne i risvolti in tema di convergenza di norme.

Deve comunque anticiparsi sin da ora che una verifica di questo tipo comporta necessariamente di procedere attraverso un duplice piano d'indagine: in primo luogo, qualsiasi riferimento al divieto di *bis in idem* sostanziale inerisce, esplicitamente od implicitamente, al problema dell'individuazione e della portata dei criteri risolutivi del concorso di norme (convergenza apparente).

In secondo luogo, lo studio del divieto di punire più volte un soggetto per lo stesso fatto deve anche essere affrontato con riferimento all'istituto del concorso formale (convergenza reale), specie in un ordinamento come il nostro, che nei casi di più fattispecie commesse mediante una sola azione od omissione prevede una risposta sanzionatoria che travalica il massimo edittale previsto per la fattispecie più grave (art. 81, c. 1 c.p.)<sup>12</sup>. Infatti, la predisposizione del cumulo giuridico in relazione alla commissione di più reati attraverso un'unica condotta pone legittimamente il dubbio che, nelle ipotesi di concorso formale, il legislatore abbia disciplinato un'ipotesi espressa di *bis* sanzionatorio<sup>13</sup>.

## 2. Preliminari questioni terminologiche.

Un esempio cristallino dell'estrema complessità di questa materia si riscontra già sul terreno della terminologia da adottare al fine di perimetrarne gli istituti. I vocaboli

---

<sup>12</sup> Si specifica che l'espressione "divieto di punire più volte lo stesso fatto" deve essere qui intesa in senso meramente esemplificativo, trattandosi di un principio i cui stessi confini sono tutt'ora incerti, se non addirittura indeterminati. si rimanda Cap. II, parr. 2 e ss., per maggiori approfondimenti.

<sup>13</sup> Che il concorso formale rappresenti un'ipotesi di doppia sanzione nei confronti del medesimo fatto naturalistico è affermazione largamente riconosciuta in dottrina. Cfr. *ex multis*, F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, 1182; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 101; A. GAITO, F. RANALDI, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, 112-113; G. LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 68 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità dei reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 441; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 45-46; M. SINISCALCO, *op. cit.*, 62-63.

più ricorrenti (“concorso”, “conflitto”, “antinomia”, “convergenza”; gli attributi “reale” ed “apparente”; il corretto utilizzo dei termini “norma”, “disposizione”, “legge” e così via) vengono spesso adoperati per indicare fenomeni spesso parzialmente differenti tra loro, alimentando così incomprensioni in un ambito che non necessiterebbe invero di ulteriori complicazioni<sup>14</sup>.

A titolo d’esempio, basti qui richiamare il termine “conflitto”, utilizzando il quale diversi Autori hanno parlato di “conflitto apparente di disposizioni coesistenti”<sup>15</sup> oppure di “conflitto di norme”<sup>16</sup>. La scelta di questo vocabolo, in luogo dell’espressione “concorso”, viene spesso giustificata nei seguenti termini: dal momento che nella convergenza apparente una norma resta esclusa dall’operare di un’altra, non si può che essere in presenza di un conflitto<sup>17</sup>.

Non mancano tuttavia affermazioni in senso contrario, a tenore delle quali, dal momento che la riferibilità di più fattispecie ad un medesimo fatto può essere reale oppure apparente, l’alternativa dovrebbe risultare netta: se la convergenza è reale potrà parlarsi di “conflitto”; al contrario, se solamente un’illecito risulta applicabile, il fenomeno in questione in realtà non si verifica, non potendo parlarsi, a ragion di logica, di un vero e proprio conflitto di norme<sup>18</sup>.

Lo stesso può dirsi con riferimento all’aggettivo “apparente”. Se da un lato esso viene tradizionalmente utilizzato per evidenziare l’assenza di un effettivo concorso<sup>19</sup>, secondo altri il ricorso a detto termine non sarebbe corretto, dal momento che il diritto non può fondare i propri concetti sulla semplice apparenza<sup>20</sup>.

La complessità del piano definitorio si coglie anche ad un primo, superficiale, sguardo comparato: da un lato può citarsi l’esperienza tedesca, nella quale, anche in

---

<sup>14</sup> Il problema viene approfonditamente affrontato da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 12 ss. Cfr. anche, A. MORO, op. cit., 40 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 52 ss.; nella dottrina tedesca, fra gli altri, cfr., A. BAUMGARTEN, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau, 1909, 74 ss. Più di recente, si veda C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 94 ss.

<sup>15</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II ed., Milano, 1947, 414.

<sup>16</sup> Critica quest’ultima espressione G. CONSO, op. cit., 100.

<sup>17</sup> Sempre G. CONSO, *ibid.*

<sup>18</sup> In questo senso F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 16.

<sup>19</sup> In questo senso si muove la dottrina nettamente maggioritaria, tanto da essere la terminologia principalmente adottata anche dalla manualistica. Si veda, su tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2015, 715; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 517; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 839.

<sup>20</sup> In quest’ultima accezione si veda A. MORO, op. cit., 43, nonché R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 749 ss., A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545.



tempi precedenti rispetto al dibattito italiano, risultano numerosi gli Autori che criticano l'utilizzo dell'espressione *Gesetzeskonkurrenz*<sup>21</sup>, proponendo anche oltralpe problemi di carattere terminologico; dall'altro, deve notarsi come vi siano Paesi in cui risulta complicata la stessa individuazione di un referente linguistico idoneo ad individuare il fenomeno della convergenza apparente di norme, specialmente se si volge lo sguardo all'area anglosassone<sup>22</sup>.

Invero come scriveva Moro, in un fenomeno così complesso come quello qui esaminato, ogni scelta terminologica comporta il pericolo di oscurarne aspetti rilevanti<sup>23</sup>.

Non essendo pertanto possibile addivenire ad una nomenclatura che sia in grado di abbracciare interamente la tematica, senza contrasti in ordine all'utilizzo di specifici termini, si ritiene in questa sede necessario specificare quale corredo di vocaboli s'intende utilizzare, e con quali significati, fra la moltitudine di quelli proposti. Nel procedere con questo proposito, si concorda con l'affermazione secondo la quale la terminologia adottata deve essere idonea ad individuare con chiarezza il fenomeno a cui si ricollega, senza pretese di approfondimento o di classificazione; aspetti, questi, necessariamente riservati alla successiva indagine contenutistica sul tema<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Riassume efficacemente il dibattito tedesco, da ultima, C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 95 ss., la quale richiama, fra i tanti, N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, *Vor. §§ 52 ss.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28, Auflage, München, 2019, 887 ss., i quali ritengono ingannevole l'espressione "*Gesetzeskonkurrenz*"; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 2011, 332. Si veda inoltre, con riferimento alla disputa circa l'utilizzo o meno del termine "concorso di leggi", in senso favorevole P. BÜNGER, *Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe*, in *ZStW*, 1888, 685; F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, I, Lipsia, 1912, 40 ss.; in senso contrario, nella convinzione che, poiché nella *Gesetzeskonkurrenz* vi è l'applicazione di una sola norma, allora l'espressione concorso non può essere usata se non in modo convenzionale, R. HIRSCHBERG, *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZstW*, 1934, 38.

<sup>22</sup> Per ulteriori approfondimenti si rimanda a M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa?*, Padova, 1996, 431 ss., nonché 438 ss. secondo cui, mentre non vi sono particolari problemi nell'individuare un referente nel lessico tedesco (*Gesetzeskonkurrenz*), oppure in quello spagnolo (*concurso de leyes penales*), già in quello francese si è costretti a ricorrere ad espressioni che non si riferiscono al solo concorso apparente, abbracciando al contrario la più ampia tematica del concorso di reati (*concours de qualifications*, oppure *qualifications multiples*). Ancora, l'Autore rileva la complessità di individuare termini analoghi nell'area anglosassone, quantomeno sul piano del diritto penale sostanziale. Sul piano processuale, invece, il primo riferimento utile è sicuramente il principio di "*double jeopardy*", la cui natura è tuttavia quella di principio processuale.

<sup>23</sup> Cfr. A. MORO, op. cit., 43.

<sup>24</sup> In questo senso L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1007 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 55, il quale procede, sulla scorta di queste premesse, ad una scrupolosa critica della terminologia adottata da Frosali, "limiti di contenuto tra fattispecie e tra norme penali che presenterebbero possibilità di sovrapposizione". Cfr. R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 615.

Per questi motivi, la scelta ricade sui termini più utilizzati in dottrina e che più di altri sono entrati nel lessico (comune) del linguaggio specialistico, indi per cui si ritiene che l'espressione "concorso apparente di norme" raggiunga lo scopo fondamentale di identificare il fenomeno in esame nei suoi tratti essenziali. Più nello specifico, il termine concorso, fra tutti, risulta essere quello che meglio richiama l'aspetto della contemporanea presenza, *prima facie*, di più fattispecie convergenti sullo stesso fatto. La dicitura apparente, in secondo luogo, è idonea a qualificare detto concorso come quella situazione nella quale, sebbene più norme sembrano riferirsi *ex ante* al medesimo fatto, solo una troverà applicazione, rendendo appunto "apparente" *ex post* il concorso di norme precedentemente individuato<sup>25</sup>.

Sull'altra sponda, si utilizzerà il termine "concorso formale" (oppure "ideale") per designare i casi previsti dall'art. 81, c. 1 c.p., ossia quelli di effettivo concorso, realizzato mediante il compimento di una sola azione od omissione.

Ancora, entrambi i fenomeni possono essere raggruppati, secondo quanto affermato da Mantovani, sotto la dicitura di "convergenza di norme", ulteriormente specificabile mediante l'utilizzo degli attributi "reale" od "apparente"<sup>26</sup>. Sempre in accordo con l'Autore, si preferisce evitare l'utilizzo dell'espressione "conflitto", dal momento che essa evoca, almeno *prima facie*, un'idea di contrapposizione (se non addirittura di contrasto) di norme, che si ritiene fuorviante, nella descrizione del fenomeno<sup>27</sup>.

Si specifica infine che il concetto di "convergenza reale" non ha alcun rapporto e, pertanto, non deve essere in alcun modo confuso, con il fenomeno del concorso materiale di reati. In tale ultima situazione, essendovi più fattispecie integrate mediante più azioni od omissioni, manca *ab origine* una convergenza di fattispecie penali sul medesimo fatto.

---

<sup>25</sup> Nello stesso senso M. SINISCALCO, *op. cit.*, 54 s., secondo cui «la qualifica di "apparente" (...) coglie tuttavia quello che è senza dubbio il momento essenziale nello svilupparsi del fenomeno, il passaggio dalla pluralità alla unità».

<sup>26</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 19 ss., il quale invoca la necessità di «muovere da una rappresentazione non statica ma dinamica del fenomeno, visto cioè nel processo mentale con cui si perviene alla conoscenza effettiva della realtà giuridica; processo che (...) inizia con la constatazione del dato legislativo e si conclude con l'assestamento del medesimo nell'unità dell'ordinamento giuridico».

<sup>27</sup> Sempre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 20 ss. Nello stesso senso anche M. SINISCALCO, *op. cit.*, 55.

### 3. Collocazione sistematica del concorso apparente di norme.

Chiarite le questioni terminologiche, si può passare ad analizzare la collocazione sistematica del concorso apparente di norme. Come già anticipato, la dottrina si è assestata principalmente su due posizioni: da un lato, chi inserisce l'istituto all'interno della teoria del reato, ed in particolare nella dottrina del concorso di reati; dall'altro chi lo riconduce alla teoria della norma.

I sostenitori della prima posizione, da considerarsi invero del tutto recessiva, fanno leva sul rapporto intercorrente fra concorso formale e concorso apparente, considerandoli come differenti aspetti di un'unica realtà. In questo senso, il primo costituirebbe la regola mentre il secondo la sua eccezione, sicché il concorso apparente esisterebbe nei limiti della sua eccezionalità<sup>28</sup>.

Limiti invero estremamente rigorosi, dal momento che «ammesso il rapporto regola-eccezione, nei casi dubbi la preferenza va inevitabilmente alla soluzione conforme al principio giuridico regolatore»<sup>29</sup>.

A vero dire, oggi si è sostanzialmente concordi, quantomeno nella dottrina nostrana, nel collocare il concorso apparente entro i confini della teoria della norma giuridica, affermandone la piena autonomia concettuale rispetto al concorso formale. Del resto, ritenere che tale istituto costituisca una mera deroga rispetto alle ipotesi di convergenza reale significherebbe implicitamente affermare che pure nel concorso apparente si sarebbe in presenza di più reati, ma che detta apparenza si esaurirebbe “*quod poenam*”. Siffatta impostazione tuttavia, oltre a relegare l'istituto entro gli angusti confini della “eccezionalità”, non risulta in ogni caso in grado di spiegare il perché di siffatta deroga, ossia la *ratio* in base alla quale più reati dovrebbero essere

---

<sup>28</sup> in quest'ultimo senso F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 59 ss., al quale si rimanda per maggiori approfondimenti. In ogni caso, detta impostazione risulta essere invero più diffusa nella dottrina tedesca, che spesso ha analizzato la questione del concorso apparente in concomitanza con l'istituto del concorso formale, all'interno di una più generale trattazione dedicata alla unità e alla pluralità di reati. Cfr., fra i tanti, W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, III, Berlin, 1955, 229 ss.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 9, Auflage, Berlin, 1965, 224 ss. Conseguenze di tale collocazione si possono rinvenire anche sul piano terminologico, dal momento che spesso il concorso apparente è stato anche definito come “concorso formale improprio”.

<sup>29</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 66. Esclude energicamente il carattere di eccezionalità della convergenza apparente anche A. MORO, op. cit., 37 s., nonché 86.

puniti con una sola pena. Ancora, risulterebbe impossibile, aderendo a questa impostazione, distinguere concettualmente il concorso apparente da quello formale<sup>30</sup>.

Al contrario, se si ritiene, come è corretto, che nei casi di concorso apparente sussista, in realtà, uno ed un solo reato, allora l'istituto non potrà che essere inquadrato nell'ambito della teoria della norma<sup>31</sup>.

Collocato rettamente l'istituto in tale sede, ci si è interrogati ulteriormente sul fatto che esso vada inquadrato nella teoria della interpretazione ovvero in quella dell'applicazione della norma. La dottrina nettamente maggioritaria preferisce fare riferimento alla teorica dell'applicazione, sul rilievo che la risoluzione del concorso di norme avrebbe l'effetto di delimitare l'ambito di efficacia della norma ovvero quello della sua validità. Invero, la teoria dell'interpretazione, secondo la quale è da una corretta interpretazione della norma che discenderebbe l'esclusione di tutte le altre concorrenti, ha trovato terreno maggiormente fertile nella dottrina tedesca<sup>32</sup>. Tuttavia, come sottolineato da attenta dottrina, il riferimento all'interpretazione risulta essere troppo vago e generico, dal momento che ogni indagine giuridica si risolve, a conti fatti, in un'operazione interpretativa<sup>33</sup>.

Ancora, risulta inesatto arrestarsi al solo momento interpretativo, in considerazione del fatto che la funzione del concorso apparente è quella di regolare e coordinare i rapporti intercorrenti fra più norme, in modo tale che l'applicabilità di alcune resti condizionata dalla applicabilità (o meno) di altre<sup>34</sup>.

Riconducendo il discorso sui binari della teoria dell'applicazione, il dibattito si sposta ulteriormente sull'appartenenza dell'istituto all'ambito di efficacia, ovvero a quello di validità della norma.

---

<sup>30</sup> In questo senso sempre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 60, nonché, più diffusamente, 65.

<sup>31</sup> Aderiscono a questa impostazione tutti i maggiori Autori che si sono occupati del tema. Fra gli altri cfr., F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 58 ss.; MORO A., op. cit., 37 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 45 ss.

<sup>32</sup> Così, fra gli altri, A. BAUMGARTEN, op. cit., 76; W. HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Einleitung, das Wesen des Verbrechens, Verbrechenseinheit*, I, Berlin, 1901, 182.

<sup>33</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 697 s., il quale opportunamente osserva che a ritenere che l'apparenza della convergenza dipenda dall'interpretazione si finisce per confondere il procedimento (interpretativo) grazie al quale si risolve il concorso apparente con gli effetti in cui detta apparenza si concreta. Cfr. anche M. SINISCALCO, op. cit., 49.

<sup>34</sup> Così, sempre M. SINISCALCO, op. cit., 51. Interessante risulta essere la più datata terminologia adottata da R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 60, il quale parla anche di disposizioni di collisione, o di delimitazione, ovvero ancora di competenza.

Nello specifico, chi afferma che il concorso apparente riguardi un problema di efficacia delle norme parte dal presupposto che le fattispecie concorrenti contemplino tutte il fatto e che la prevalenza di una nei confronti delle altre incida unicamente sul piano degli effetti. Al contrario, chi ritiene che il concorso apparente sia riconducibile ad un problema di validità e, più precisamente, di *limiti di previsione delle norme*, ritiene che la sfera di previsione di una fattispecie “comprima” quella delle altre, sottraendole i fatti da esse contemplati, con la conseguenza che al fatto concreto risulterebbe applicabile la sola norma che lo prevede e non quelle apparentemente concorrenti, che non troverebbero applicazione poiché il fatto già esulerebbe dalla loro astratta previsione<sup>35</sup>.

La scelta fra le due impostazioni è invero netta, dal momento che la tesi dell’efficacia postula in ogni caso l’esistenza di una pluralità di violazioni, ad una sola delle quali consegue concretamente la sanzione, mentre quella della validità ritiene che già sul piano astratto sussista una ed una sola violazione. In quest’ultimo senso, trattandosi di un problema da risolversi sul piano astratto-normativo, deve ritenersi che «l’applicabilità di una sola norma al fatto concreto non è che il riflesso di una delimitazione di previsione desumibile sul piano delle norme»<sup>36</sup>.

Più risalente e minoritaria risulta essere la prima posizione, relativa all’efficacia delle norme, che basa il proprio assunto sulla circostanza che l’applicazione di una sola delle leggi apparentemente convergenti risulterebbe essere fenomeno analogo a quello della validità spaziale, personale e temporale della legge penale<sup>37</sup>. Essa, in sostanza, si fonda sul presupposto in base al quale tutte le norme apparentemente convergenti devono ritenersi “valide”, nel senso che ognuna di esse contemplerebbe il fatto. Secondo tale impostazione, l’accertata prevalenza di una non eroderebbe la sfera di previsione delle altre ma inciderebbe, come si è tentato di evidenziare, unicamente sulla loro applicabilità alla concreta situazione di fatto<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Per una mirabile sintesi di queste impostazioni cfr., su tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, 64 e ss.

<sup>36</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 63, in particolare nt. 87.

<sup>37</sup> Cfr., su tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1960, 73 ss.; L. CONTI, op. cit., 1009; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, op. cit., 414; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, op. cit., 545; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Vol. 1: Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, 534 ss.; nella dottrina tedesca K. BINDING, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1980, 60 ss.

<sup>38</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 64.

Fa riferimento alle relazioni fra “sfere di validità della norme” la dottrina maggioritaria, da intendersi come un problema di “limiti tra norme e tra elementi di norme”<sup>39</sup>. Sotto questo punto di vista, tale impostazione ritiene pertanto che il concorso apparente comporti che la sfera di validità di una fattispecie elida *ab origine* quella delle altre, le quali, pertanto, non contemplerrebbero il fatto.

Sviluppando le conseguenze di quest’ultima impostazione si dovrebbe sostenere che, una volta inquadrato il fatto sotto la *lex specialis*, non vi sarebbe più alcuno spazio per un’applicazione della disciplina generale, nemmeno nell’ipotesi in cui, per qualsiasi motivo, anche di carattere processuale, la norma generale venga meno<sup>40</sup>.

In definitiva, mentre la tesi dell’efficacia ritiene che le fattispecie apparentemente concorrenti contemplino *tutte* il fatto, quella della validità sostiene che quest’ultimo ricada esclusivamente nella previsione della norma c.d. primaria.

Alla domanda su quale delle due tesi si ritiene di dover aderire sarà fornita esaustiva risposta più avanti nel corso della presente indagine, potendo però sin da ora premettere che la tesi della validità della norma pare meglio prestarsi ad inquadrare il fenomeno del concorso apparente di norme<sup>41</sup>.

Si può qui concludere evidenziando in ogni caso che la scelta di collocare l’istituto in esame nella sfera di efficacia oppure in quella di validità della norma, viene ritenuta concordemente come un’opzione di scarso rilievo pratico<sup>42</sup>. Ciononostante, il motivo per cui si ritiene necessario evidenziare anche questa circostanza risulterà più chiaro nelle more della presente indagine: per quanto interessa in queste prime battute iniziali, l’aspetto fondamentale della collocazione nell’ambito della teoria della validità della norma risulta essere quello di evidenziare con maggiore chiarezza la completa autonomia concettuale dell’istituto del concorso apparente rispetto al fenomeno del concorso di reati. Autonomia che si disperde qualora, aderendo alla teoria dell’efficacia, si ritenesse in ogni caso che tutte le norme apparentemente concorrenti contemplino il fatto. In tale frangente, a rigor di logica, l’apparenza non riguarderebbe il concorso in

---

<sup>39</sup> Così M. SINISCALCO, *op. cit.*, 52. Cfr. anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 66. Parlano indistintamente di efficacia e validità, ma sembrano riferirsi alla seconda, R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 615 ss.; A. MORO, *op. cit.*, 40.

<sup>40</sup> Sul punto, più diffusamente, cfr. Cap. III, parr. 7 ss.

<sup>41</sup> Nuovamente, si rimanda alle considerazioni svolte nel Cap. III, parr. 7 e 7.1, anche all’esito di un’indagine comparata con la dottrina tedesca.

<sup>42</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 66.

sé, quanto piuttosto gli effetti dello stesso, rendendo i fenomeni di convergenza formale ed apparente concettualmente contigui.

Detta precisazione risulta infatti doverosa, dal momento che essi, sebbene non possano considerarsi in mero rapporto di regola-eccezione, vivono in una relazione di mutua esclusione, tale per cui l'esistenza dell'uno presuppone necessariamente l'insussistenza dell'altro.

### *3.1. La labile linea di confine fra concorso formale eterogeneo e concorso apparente di norme.*

Quest'ultimo assunto è di facile verificaione, partendo dal presupposto che l'unico criterio risolutivo dei casi di concorso apparente normativamente previsto – quello di specialità – impone un raffronto logico-strutturale fra fattispecie astratte. Tralasciando per un momento le dispute circa l'ammissibilità di criteri ulteriori, e restringendo i casi di concorso apparente al solo rapporto di genere a specie, risulta di tutta evidenza che il presupposto per eccellenza della convergenza deve essere ravvisato nella circostanza che le stesse vengano integrate attraverso una sola condotta. Nel momento in cui ci si trova dinanzi a più fattispecie realizzate tramite condotte differenziate non sarà pertanto possibile riscontrare quel “medesimo fatto” (*rectius*, stessa materia), strutturalmente inteso, che si pone alla base del rapporto di specialità<sup>43</sup>.

Conclusione logica di queste affermazioni è che ogniqualvolta più fattispecie siano integrate attraverso una sola azione od omissione le stesse potranno solamente essere in rapporto di concorso formale (art. 81, c. 1 c.p.) oppure di concorso apparente di norme (art. 15 c.p.).

Tale ultimo rilievo non è di poco conto. Lo stretto legame intercorrente fra i due istituti comporta che l'estensione o la restrizione del campo applicativo dell'uno si traduce, a contrario, nella restrizione od estensione dell'altro. In questi termini, a seconda del numero e del tipo di criteri prospettabili per l'identificazione del concorso apparente di norme, differente sarà anche la linea di confine fra quest'ultimo e le ipotesi di concorso formale.

---

<sup>43</sup> In questo senso cfr. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle corti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2018, 525 ss.

Ma v'è di più. Nel momento in cui si allarga il novero dei criteri utilizzabili per identificare i casi di concorso apparente, specie accogliendo quello di assorbimento (o consunzione), muta persino la linea di confine fra questo ed il concorso materiale di reati. Se è vero che da un punto di vista esclusivamente strutturale nessun punto di contatto dovrebbe essere ravvisato fra i due istituti (incentrandosi il secondo su più fattispecie integrate da più azioni od omissioni), tuttavia, l'adozione di criteri valoriali produce l'effetto di estendere il concorso apparente anche a casi di fattispecie integrate con condotte diverse, spesso poste in essere anche in tempi e luoghi differenti.

Si fa riferimento in particolare ai controversi casi di antefatto e postfatto non punibili, corollari del principio di assorbimento, che necessariamente presuppongono la presenza di distinti reati, commessi con diverse condotte ed in momenti differenti.

Si pensi al classico esempio del rapporto fra il delitto di furto (art. 624 c.p.) e la contravvenzione di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707 c.p.). Risulta chiaro che, secondo le logiche dell'*id quod plerumque accidit*, tale situazione comporterebbe l'assorbimento della contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. nel più grave delitto *ex art. 624 c.p.*, essendosi in presenza di un'ipotesi di concorso apparente per consunzione.

Tuttavia ciò è accettabile solo a patto di considerare operante anche tale criterio, a fianco di quello di stretta specialità. In caso contrario, si verserebbe in una classica ipotesi di concorso materiale di reati (difettando infatti il requisito dell'unicità di azione od omissione richiesto dal concorso formale), al più temperato dal vincolo della continuazione, il quale farebbe scattare l'applicazione del cumulo giuridico in luogo di quello materiale, come sancito dall'art. 81, c. 2, c.p.

Non deve pertanto stupire se, data la stretta connessione fra i sopracitati istituti, gli stessi vengano trattati unitamente dalla manualistica, seppur si ritiene di doverne rimarcare la reciproca autonomia concettuale, in forza delle considerazioni già svolte nel precedente paragrafo<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Basti qui richiamare G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 648 ss., ove, in riferimento al concorso apparente di norme, si afferma che risulta «più opportuno esaminarlo dopo aver trattato del concorso di reati, perché innegabilmente sussistono dei punti di contatto tra i due argomenti: infatti, solo dopo aver inteso in pieno la teoria del concorso di reati può essere ben compresa quella del concorso di norme giuridiche». Cfr. anche, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2012, 462 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale, op. cit.*, 715 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2017, 463 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 517 ss.; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale, op. cit.*, 542 ss.



Deve comunque rilevarsi che, anche rifiutando, per le ragioni sopraesposte, che fra gli stessi sussista un rapporto di regola-eccezione, non può non riconoscersi che uno dei due debba sempre essere definito in negativo rispetto all'altro, alimentando ulteriormente l'evanescenza della linea di demarcazione fra le ipotesi di convergenza reale ed apparente<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda poi il fenomeno del concorso reale, si segnala che, nella prospettiva della teoria generale del reato, non è raro il suo accostamento più o meno esplicito al settore della commisurazione della pena.

Ciò è vero in particolare sul fronte comparatistico. A titolo d'esempio, il legislatore tedesco disciplina il concorso formale (*Idealkonkurrenz*) al § 52 StGB, nel titolo terzo della terza sezione, concernente le conseguenze giuridiche del fatto (*Rechtsfolgen der Tat*)<sup>46</sup>. Ancora, si può citare il *Código Penal* spagnolo, che colloca il *Concurso Ideal* all'interno della disciplina dell'applicazione delle pene, all'art. 77, Sez. 2 (*Reglas especiales para la aplicación de las penas*), Capo II, del Titolo III<sup>47</sup>.

Sebbene tale vicinanza non porti tuttavia la dottrina d'oltralpe, ed in particolar modo quella tedesca, a ricondurre i fenomeni di convergenza *in toto* sul terreno della pena, risulta in ogni modo significativo il ruolo che quest'ultima gioca (o potrebbe giocare) soprattutto per quanto concerne i casi di concorso formale.

Sul punto si ritornerà più avanti<sup>48</sup>. In questa sede risulta tuttavia opportuno evidenziare che, già ad un rapido sguardo comparato, può osservarsi come il fenomeno della convergenza di norme venga regolato attraverso istituti direttamente od indirettamente incidenti sulle conseguenze sanzionatorie, suggerendo pertanto di ampliare il campo d'indagine alla verifica della compatibilità di tale fenomeno con le istanze di proporzione fra fatto e sanzione<sup>49</sup>.

Invero, tale finalità emerge pure dai lavori della Commissione Pagliaro, per la riforma del codice penale, la quale proponeva una espressa codificazione del principio

---

<sup>45</sup> Sempre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 173. Da ultimo, C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 100. Anche per questo la già citata teoria della validità appare preferibile, poiché permette di meglio distinguere, anche dal punto di vista dogmatico, i due fenomeni.

<sup>46</sup> Cfr. anche H.W. LAUFHÜTTE *et al.*, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. II, Berlino, 2006, 1241 ss.

<sup>47</sup> Cfr. L. RODRÍGUES RAMOS (*coordinador*), *Código Penal, comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2007.

<sup>48</sup> Cfr. Cap. III, par. 3 e ss.

<sup>49</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 249 ss.; ID, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme*, op. cit., 455 ss.

di *ne bis in idem* sostanziale, da affiancarsi al criterio di specialità, per la risoluzione dei casi di concorso apparente. Alla base di tale scelta, la Relazione accompagnatrice del Progetto di riforma riportava, appunto, l'esigenza di assicurare «proporzione tra pena e disvalore complessivo del fatto»<sup>50</sup>.

La questione, anch'essa ritenuta di scarso rilievo pratico, merita al contrario di essere valorizzata per lo stretto legame che la teoria della pena intrattiene con il divieto di *bis in idem* sostanziale. Risulta chiaro che, qualora si delineasse con sufficiente precisione tale preclusione, elevandola a livello di principio, ci si dovrebbe interrogare su differenti aspetti: se il concorso di norme impone di indagare sull'apparenza della convergenza, il divieto sostanziale di *bis in idem* comporterebbe la necessità di interrogarsi sui presupposti del *bis* sanzionatorio e, pertanto, sulle tecniche sanzionatorie adottate dal legislatore per la sua regolamentazione.

Questo aspetto verrà approfondito più avanti<sup>51</sup>. Tuttavia preme sin da subito evidenziare come la scelta sanzionatoria strutturata dal legislatore italiano nell'art. 81, c. 1 c.p. si caratterizza per il suo notevole rigore, in particolare se raffrontata con altre esperienze europee, spesso orientate all'adozione di cumuli giuridici intraedittali<sup>52</sup>. Pertanto, la collocazione dei fenomeni di convergenza di fattispecie sul terreno della dosimetria sanzionatoria imporrebbe anche una valutazione circa l'aderenza del cumulo giuridico (extraedittale) dell'art. 81 c.p. con il principio di proporzionalità della sanzione.

D'altro canto, la collocazione del concorso apparente sul terreno della teoria della norma si riconnette intimamente ad istanze di certezza legate al principio di legalità<sup>53</sup>. In tale ambito, gli aspetti da privilegiare risulterebbero maggiormente legati alla *certezza* dei criteri distintivi fra concorso formale ed apparente, in favore di indagini rigorosamente logico-strutturali fra fattispecie. In questo senso, la scelta ricadrebbe sul solo principio di specialità, tutt'al più integrato attraverso il riconoscimento dell'operatività della specialità bilaterale o reciproca<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Così la *Relazione sullo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti giustizia*, in *Ind. pen.*, III, 1992, 309.

<sup>51</sup> Cfr. Cap. IV, Sez. I.

<sup>52</sup> Cfr. *infra*, Sez. II.

<sup>53</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 254 ss.

<sup>54</sup> Così sempre M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 263 ss.

Chiaro è, in definitiva, che la collocazione del fenomeno della convergenza di fattispecie muta a seconda che essa sia reale od apparente, riflettendo la diversità dei due fenomeni, pur a fronte dello stretto rapporto intercorrente fra gli stessi.

*4. L'insufficienza del solo art. 15 c.p. per la risoluzione delle ipotesi di concorso apparente di norme.*

Già si è accennato ai pochissimi punti fermi in tema di concorso apparente di norme: l'accoglimento espresso del principio di specialità quale criterio regolatore dell'istituto, da un lato, ed il riconoscimento della sua insufficienza per la risoluzione di tutte le ipotesi di convergenza apparente, dall'altro.

Addentrandosi nel dedalo di teorie che si sono sviluppate sul tema, si potrebbe tuttavia provocatoriamente affermare che, come questa tipologia di concorso, lo stesso principio di specialità risulta essere solo *apparentemente* un punto fermo<sup>55</sup>!

Ma procediamo con ordine, da un dato che non si ritiene essere in discussione: prim'ancora di essere individuato come criterio risolutore dei casi di concorso apparente di norme, il principio di specialità si sostanzia in un canone del ragionamento logico-giuridico che trova applicazione in tutti i settori del nostro ordinamento (*in toto iure generi per speciem derogatur*)<sup>56</sup>.

In questo senso, la specialità si accompagna ad altri criteri, quali quelli gerarchico, cronologico e di competenza, elaborati per la risoluzione dei rapporti fra diverse disposizioni normative, senza che abbia alcun rilievo la branca del diritto di cui esse fanno parte. Conseguentemente, non si è mai dubitato in dottrina della sua

---

<sup>55</sup> Data l'imponente mole di correnti dottrinali sviluppatesi partendo dall'art. 15 c.p., risulta oggi difficile condividere quanto affermato più di sessant'anni fa da A. MORO, *op. cit.*, 48, secondo cui, «mentre sugli altri principi adottati per regolare il concorso di leggi vi è contrasto nella dottrina circa il numero, il nome, il significato e le applicazioni, per la specialità invece le divergenze toccano aspetti marginali». In questo senso anche, F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme, op. cit.*, 3. Al contrario, tale criterio viene sovente declinato secondo le definizioni più diverse, risultando essere un concetto dai confini del tutto fluidi.

<sup>56</sup> Cfr., su tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 601 ss., il quale si sofferma anche sulla portata del principio in questione in altri settori dell'ordinamento, quale il diritto civile, commerciale, ecclesiastico, etc.

operatività, indipendentemente dal fatto che abbia o meno ricevuto un espresso riconoscimento legislativo<sup>57</sup>.

Del resto, il brocardo “*lex specialis derogat legi generali*” vanta una storia più che millenaria, affondando le sue radici nel pensiero aristotelico<sup>58</sup>.

Restringendo la lente al solo diritto penale, il principio trova in ogni caso esplicito riconoscimento all’art. 15 c.p., secondo il quale «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».

Continuando a muoversi sul terreno dell’“apparenza”, il meccanismo logico sottostante a tale principio risulta, *prima facie*, semplice ed immediato: si ha specialità quando tutti gli elementi previsti dalla fattispecie generale risultano ricompresi in quella speciale, la quale tuttavia contiene anche ulteriori elementi, c.d. specializzanti, in modo tale che solo quest’ultima verrà applicata<sup>59</sup>. Coerentemente con questo assunto, qualora venisse a mancare la norma speciale, il caso contemplato rientrerebbe in quella generale<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Si esprimono, fra gli altri, sulla validità del principio a prescindere da qualsiasi espresso riconoscimento legislativo, I. CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 5 s.; G. CONSO, *op. cit.*, 104; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 158. Al di fuori del diritto penale cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 79; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, 77 s.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 129. Cfr. inoltre F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 635, per l’affermazione secondo cui detto principio viene riconosciuto e preso in considerazione da altri rami del diritto, anche se non esplicitamente enunciato.

<sup>58</sup> Si veda, *ex multis*, C. Ass. di Milano, Sez. III, 19 marzo 1980, con nota di E. MUSCO, *Il mendacio all’autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 807 a tenore del quale il rapporto di specialità opera «secondo uno schema logico formale di aristotelica ascendenza strutturato con riguardo al numero inversamente proporzionale delle note caratteristiche di un concetto (cosiddetta “comprensione”) e degli individui coi il concetto medesimo è riferibile (cosiddetta “estensione”).».

<sup>59</sup> Questa è la definizione classica data dalla manualistica. Cfr., su tutti, F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 3; A. MORO, *op. cit.*, 48. Nella dottrina d’oltralpe si veda, *ex multis* R. HONIG, *Straflose Vor-und Nachtat*, Leipzig, 1927, 19: «sämtliche Tatbestandsmerkmale der lex generalis (der Grundtatbestandes) in der lex specialis enthalten sind, ausserdem aber noch ein oder mehrere spezialisierende Merkmale».

<sup>60</sup> Sempre F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 3; nonché F. LENT, *op. cit.*, 10. Cfr. A. MORO, *op. cit.*, 48, il quale afferma che «la norma speciale può considerarsi come un settore di quella generale, particolarmente caratterizzato». Ancora, si veda V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 383, secondo cui: «se la norma speciale è, per definizione, una norma generale, arricchita da taluni elementi specializzanti, se, dunque, essa contiene al suo interno la struttura della norma generale più qualche altro elemento specializzante, appare evidente come il più contenga il meno, e, quindi, una volta applicata la norma speciale, quella generale non abbia più ragione di esistere».

Il rapporto di genere a specie può anche essere definito, adottando un linguaggio formalizzato, nei seguenti termini: «la disposizione speciale contempla un “insieme” di casi, il quale costituisce un “sottoinsieme” dell’“insieme” dei casi contemplati dalla disposizione generale». Si pensi all’evocativa rappresentazione che del principio si è data attraverso l’utilizzo dei diagrammi di Eulero-Venn, i quali raffigurano, per l’appunto, tutte le possibili relazioni logiche tra una collezione finita di insiemi (nel nostro caso norme) differenti: «Se indichiamo con  $S$  l’insieme dei casi contemplati dalla disposizione speciale, e con  $G$  l’insieme dei casi contemplati dalla disposizione generale, possiamo esprimere questa relazione scrivendo  $S \subseteq G$ . Questa espressione si legge “ $S$  è incluso in  $G$ ” oppure “ $S$  è un sottoinsieme di  $G$ »<sup>61</sup>. In questo senso, il rapporto di specialità viene ad essere rappresentato attraverso la nota figura dei cerchi concentrici, nella quale il cerchio più piccolo (norma speciale) è interamente contenuto in quello più grande (norma generale), in modo tale che tutti gli elementi del secondo (fatti sussumibili nella fattispecie astratta speciale) rientrano anche nel primo, ma non viceversa.

In definitiva, vi è concordia fra gli studiosi nel ritenere che il meccanismo di prevalenza della legge speciale su quella generale si risolve in un postulato logico, «altrimenti (la legge speciale) sarebbe inutile, perché, avendo in sé gli elementi di quella generale, non verrebbe mai in considerazione»<sup>62</sup>.

In questi termini, il principio di specialità appare di intuitiva applicazione. Tuttavia, nell’approfondirne il meccanismo e le possibili interpretazioni, le problematiche si moltiplicano per numero e complessità.

Infatti, quello che si è appena definito risulta essere un concetto, si potrebbe dire, minimo di specialità: strettamente intesa, essa si traduce in un rapporto logico-strutturale fra norme, a tenore del quale, in tema di convergenza apparente, si dovrà procedere ad un confronto fra fattispecie astratte al fine di individuare quella applicabile. Per utilizzare le comuni classificazioni nate sul tema, la definizione “minima” di specialità, coincide con quella c.d. unilaterale. Solo essa può *veramente* dirsi conforme al puro dato letterale dell’art. 15 c.p.<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Così A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, op. cit., 218 ss.

<sup>62</sup> A. MORO, op. cit., 49. Così anche A. BAUMGARTEN, op. cit., 75.

<sup>63</sup> Si avrà occasione di specificare meglio questo assunto nel prossimo paragrafo. Basti qui ricordare che la c.d. specialità bilaterale (o reciproca) non si sostanzia in un vero e proprio rapporto di genere a specie,

Tuttavia, allontanandosi da questa definizione essenziale, ci si trova al cospetto di innumerevoli teorie, che spesso giungono a conclusioni del tutto estranee alle logiche poc'anzi menzionate. Così, si assiste alla formulazione di teorie strutturali che tuttavia operano una commistione fra base logica del principio e componenti valoriali, che poco o nulla hanno a che fare con un canone strutturale, come è quello di specialità<sup>64</sup>. Ancora, a partire dall'art. 15, si sono sviluppate posizioni in tema di specialità che tendono a deformarne i contorni, fino a trasfigurarla nei suoi tratti essenziali<sup>65</sup>.

Ulteriori elementi di complessità poi, derivano dallo stesso dato normativo dell'art. 15 c.p., in ordine non solo alla delimitazione del rapporto di genere a specie, ma anche in riferimento alle dispute sorte circa l'interpretazione dei concetti di "stessa materia", di "leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale", nonché della clausola di riserva posta in chiusura della norma.

Gli sforzi compiuti dalla dottrina per estendere il principio di specialità oltre i suoi confini naturali, ovvero nella ricerca di ulteriori criteri, si spiegano attraverso un rilievo spaventosamente semplice: il rapporto di genere a specie, così come delineato nelle pagine precedenti, risulta essere troppo rigido e di applicazione troppo angusta per disciplinare, da solo, tutti i casi di concorso apparente di norme<sup>66</sup>. Ed infatti, l'unico punto in comune che può ravvisarsi nella maggior parte delle dottrine sviluppatesi sul tema, risulta essere la ricerca di un "terzo elemento", che si traduce nell'adozione di criteri ulteriori, ovvero di una definizione più "estesa" del canone della specialità, da affiancare al mero rapporto di genere a specie<sup>67</sup>.

I motivi sono da ricondurre essenzialmente alla presenza di innumerevoli ipotesi "di confine", le quali, non rientrando nelle rigorose maglie della specialità unilaterale, finirebbero tuttavia per essere regolate dalla disciplina del concorso formale di reati, con

---

dal momento che entrambe le norme contengono, rispettivamente, elementi speciali. Può parlarsi di specialità, a patto di riconoscere che si tratta di un criterio che non risponde al ben noto brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

<sup>64</sup> Il riferimento corre subito, in primo luogo, ad alcune teorie sulla specialità bilaterale, che risolvono la convergenza attraverso l'applicazione della fattispecie che prevede la sanzione più grave. Se è vero che tali impostazioni nascono da un'analisi a monte strutturale fra fattispecie, non si può negare che la scelta della norma applicabile, se demandata al solo indice della sanzione più grave, finisce per essere espressione di valutazioni di stampo valoriale, più affini alle logiche del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>65</sup> Si pensi alle teorie naturalistiche, che individuano un concetto di specialità in concreto, che poco o nulla ha da spartire con il rapporto di specialità.

<sup>66</sup> Su questo punto, la dottrina si rivela pressoché unanime. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 45 ss.; M. SINISCALCO, *op. cit.*, 11.

<sup>67</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 45 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 73.

conseguenze sanzionatorie tutt'altro che secondarie: l'applicazione della sanzione più grave, aumentabile sino al triplo.

Conseguenze che vengono da più parti ritenute, in determinate ipotesi, eccessivamente gravose.

Questi casi, poi, non possono nemmeno essere liquidati come fenomeni marginali, tant'è che un'elencazione esaustiva necessiterebbe l'impiego di pagine e pagine. Basti qui ricordare alcuni casi di scuola: il rapporto fra aggio semplice (art. 501 c.p.) ed il vecchio reato di aggio societario (art. 2628 c.c.); il danneggiamento dei vestiti della vittima (art. 653 c.p.) nel delitto di omicidio (art. 575 c.p.); la fattispecie di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) con quella di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), nei casi in cui le dichiarazioni che favoriscono l'autore del reato vengano rese prima alla Polizia Giudiziaria ed in seguito davanti al giudice dal soggetto chiamato a testimoniare; i casi di antefatto e postfatto non punibili, e così via.

Deve sottolinearsi come quasi tutti gli esempi prospettabili possano essere ricondotti a due macro ipotesi, che riflettono due differenti visioni del concorso apparente. Da un lato, nel rispetto di un approccio comunque logico-strutturale, quelle fattispecie che, differenziandosi solo per taluni elementi, presentano tuttavia una "base comune", generalmente coincidente con la condotta o con "porzioni" di essa, come nel caso del rapporto fra aggio semplice (ulteriormente caratterizzato dalla presenza del dolo specifico) e quello societario (che, in quanto reato proprio, può essere commesso solo da soggetti in possesso di determinate qualifiche).

Dall'altro, reati che non presentano formalmente alcun "nucleo comune", come i casi di antefatto e postfatto, ovvero i reati di omicidio e danneggiamento, ma ai quali si ritiene di dover estendere la disciplina del concorso apparente sulla base di considerazioni di volta in volta definite di "equità", di "senso giuridico comune", ovvero ancora di "giustizia sostanziale" e che, in definitiva, si riconnettono a visioni di stampo valoriale, che fanno riferimento al *ne bis in idem* sostanziale. In questi casi, difetta sovente anche quel minimo presupposto necessario per poter individuare una "base comune", dal punto di vista strutturale, fra fattispecie: la condotta<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Specificando che, anche laddove sia possibile enucleare quantomeno una condotta comune, come nel caso di danneggiamento degli abiti della vittima, le due fattispecie risultano così "distanti", strutturalmente parlando, da non poter ipotizzare alcun tipo di rapporto strutturale fra fattispecie.

Risulta pertanto chiaro che, quantomeno con riferimento al secondo gruppo, l'applicazione del solo art. 15 c.p. comporterebbe necessariamente la constatazione dell'assenza di un rapporto di genere a specie, con conseguente classificazione delle stesse sotto la disciplina del concorso formale (cumulo giuridico), oppure sotto quella del concorso materiale, nel caso di diversità di condotte (cumulo materiale, ovvero giuridico, nel caso le fattispecie siano avvinte dal medesimo disegno criminoso).

Tale inquadramento, di facile intuizione nei casi in cui già a monte si riscontri una diversità di condotta (si pensi ai casi di antefatto e postfatto non punibili), necessita di quale precisazione ulteriore nei casi di fattispecie legate da una "base comune", come nei casi di aggrigotaggio, che tuttavia presentano entrambe elementi specifici. Si tratta, a ben vedere, dei casi c.d. di specialità bilaterale, nei quali ciascuna norma risulta essere al contempo generale e speciale nei confronti dell'altra.

Riadottando la rappresentazione secondo i diagrammi di Eulero-Venn, nei casi di specialità reciproca si abbandona la figura dei cerchi concentrici, trovandosi più propriamente dinanzi a cerchi, o insiemi, intersecantisi<sup>69</sup>: qui, nessun insieme ricomprende interamente l'altro, ma si assiste ad una "zona comune", data dai casi che rientrano in entrambe le fattispecie, e due zone che appartengono rispettivamente ad uno o all'altro insieme (ipotesi che integrano gli elementi specializzanti solo di una delle due fattispecie).

In tale frangente, non può invero parlarsi di vero e proprio rapporto di specialità, dal momento che, rivestendo entrambe le norme il carattere di *lex specialis* e *lex generalis*, in realtà nessuna delle due è *veramente* speciale o generale. Tuttalpiù, si potrà affermare che ciascuna di esse risulta speciale nei confronti di quella "zona comune" ad entrambe, che tuttavia fattispecie autonoma non è, poiché nasce dall'intersezione delle strutture delle due norme di volta in volta considerate.

Assodata l'impossibilità di far rientrare tutti i casi di concorso apparente nello spettro della specialità *stricto sensu* intesa, non resta che analizzare le posizioni dottrinali sviluppatasi sul tema.

---

<sup>69</sup> Si veda A. PAGLIARO, *Relazioni Logiche*, op. cit., 220 ss.



5. *Le posizioni teoriche sul tema: le teorie moniste e le diverse accezioni del principio di specialità. Specialità unilaterale e bilaterale.*

Proseguendo nella trattazione, la stessa classificazione delle correnti dottrinali sviluppatesi sul tema risulta problematica: la diversità di opinioni, i criteri risolutivi utilizzati, la presenza di interpretazioni del concetto di specialità formalmente differenti ma spesso ampiamente sovrapponibili, hanno dato luogo a numerosi metodi di classificazione. Basti in questa sede richiamarne due, che più degli altri hanno avuto successo: in primo luogo, la più volte citata *summa divisio* fra dottrine moniste e pluraliste<sup>70</sup>, che basa la propria tassonomia sulla distinzione fra teorie che adottano il solo criterio di specialità (seppur in accezioni che poco hanno a che fare con il rapporto di genere a specie)<sup>71</sup> e dottrine che, ad esso, affiancano ulteriori criteri<sup>72</sup>; in secondo luogo, la suddivisione di tali dottrine in tre classi di pensiero: impostazioni di tipo valutativo-teleologico (che, in un modo o nell'altro, riconoscono rilevanza fondamentale alle relazioni fra gli interessi protetti), dottrine a sfondo naturalistico (che si riferiscono al fatto concretamente verificatosi) e dottrine di tipo logico-strutturale (secondo le quali il concorso apparente è un problema di relazioni fra fattispecie astratte)<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Su tutti, si veda F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 73 ss.

<sup>71</sup> Fra i tanti si veda F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, op. cit., 609 ss.; ID., *Sul concorso apparente di norme*, op. cit., 1 ss.; I. CARACCIOLI, op. cit., 1 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, 5 ss.; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 941 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 124 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Il Concorso apparente di norme e il reato compresso*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1996, 221. Più di recente si veda C. SOTIS, op. cit., 461 ss.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 299; ID., *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, op. cit., 525 ss.

<sup>72</sup> Propendono per l'utilizzo di una pluralità di criteri, anche se con rilevanti divergenze circa il numero e la tipologia dei criteri adottabili R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 395 ss.; A. MORO, op. cit., 70 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, op. cit., 415 ss.; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, op. cit., 224 ss. più di recente cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 363 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 150 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, ne bis in idem e proporzionalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, 1047 ss. Nella dottrina tedesca cfr., H. WELZEL, op. cit., 234-235; N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, op. cit., 890 ss.; W. SAUER, op. cit., 231 ss.

<sup>73</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, op. cit., 1 ss. Cfr. inoltre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 172, che tripartisce le varie impostazioni nei seguenti termini: quelle fondate su un giudizio, astratto o concreto, basato sulla valorizzazione degli interessi tutelati dalle fattispecie; quelle che propongono un giudizio imperniato sul raffronto fra fattispecie concreta e fattispecie legali; quelle fondate interamente su un giudizio logico-strutturale fra fattispecie. Va infine specificato che non s'intende in questa sede richiamare tutte quelle teorie, risalenti e da considerarsi del tutto superate, che identificavano la "stessa materia" ex art. 15 con il requisito della identità del bene giuridico, ai fini dell'operatività del principio di specialità. Fra i principali esponenti di tale filone dottrinale possono richiamarsi, fra gli altri,

Fra le tante classificazioni prospettabili, nella presente indagine si opererà per una ricostruzione del panorama dottrinale secondo la tradizionale *summa divisio* fra teorie moniste e pluraliste (seppur diversificando le singole posizioni per quanto concerne la valorizzazione degli aspetti valutativi-teleologici, naturalistici o logico strutturali), perché più adatta a riflettere quella dicotomia fra istanze connesse al principio di legalità ed esigenze equitativo-valoriali già esposte in sede di collocazione sistematica della disciplina del concorso di norme<sup>74</sup>.

Per quanto concerne le teorie moniste, le stesse si caratterizzano per lo sforzo di fornire letture “estensive” (o persino analogiche) del principio di specialità, al fine di elaborarne una versione capace di ricomprendervi il maggior numero di casi possibile fra quelli “limite”<sup>75</sup>. Proprio in seno a questa “sponda” si sono sviluppate, a fianco del classico principio di specialità unilaterale, le dottrine della specialità in concreto e della specialità bilaterale (o reciproca).

Prima di addentrarsi nei meandri di queste teorie e, nello specifico, della specialità reciproca, s’impone ancora qualche breve considerazione in tema di specialità *stricto sensu* unilaterale, dal momento che essa viene soventemente scissa, in dottrina ed in giurisprudenza, in due sotto-tipologie, a seconda del “ruolo” rivestito dagli elementi specializzanti rispetto alla fattispecie generale.

---

G. BETTIOL, *op. cit.*, 652; U. FERRARI, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 540; G. SABATINI, *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola pos.*, 1932, 194. Tale impostazione risulta respinta già dalle prime indagini effettuate in tema di concorso apparente di norme. Basti qui ricordare, come evidenziato da R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 257 ss., che una simile impostazione condurrebbe a ritenere inoperante il concorso apparente anche in ipotesi di solare specialità unilaterale: si pensi a tutte quelle situazioni in cui il legislatore disciplina un reato proprio e la speciale qualifica rivestita dal soggetto comporta il mutamento del titolo del reato, come nel rapporto fra appropriazione indebita e peculato. Critica classica, quest’ultima, già rinvenibile in F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati*, 611. Nello stesso senso A. MORO, *op. cit.*, 54-55. Più di recente si veda A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 284-285. Ancora, in dottrina si evidenzia che il bene giuridico è elemento che non viene *regolato*, quanto piuttosto *tutelato* dalla fattispecie incriminatrice, mal coniugandosi pertanto alla dicitura “regolano la stessa materia” *ex art. 15 c.p.*, come sottolinea G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 6. Ed invero, come quest’ultimo Autore efficacemente osserva «è la relazione di *genus ad speciem* che si riflette sul piano dell’oggettività giuridica e non il contrario; con la conseguenza che la constatazione relativa all’identità o diversità dei beni tutelati può essere considerata soltanto un *posterius* dell’indagine sul rapporto di specialità, e non un elemento condizionante l’esistenza di tale rapporto». In quest’ultimo senso anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 170-171.

<sup>74</sup> Si è consapevoli che la tripartizione poc’anzi menzionata offre una differenziazione più coerente e razionale rispetto alle logiche che informano le varie teorie in tema di concorso di norme. Tuttavia, la dicotomia fra istanze valoriali e strutturali risulta più congegnale allo studio di un principio di natura schiettamente valoriale, quale è il *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>75</sup> Si pensi, su tutti, all’impostazione di F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 1 ss., il quale fornisce una concezione talmente ampia di specialità in concreto da essere idonea a contenere qualsiasi ipotesi di convergenza, anche reale, di norme sul medesimo fatto.

Si parla in particolare di specialità unilaterale per specificazione laddove la norma speciale presenti tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generale, ma uno di essi viene disciplinato con un maggior grado d'intensità (risultando, appunto, maggiormente specifico).

Possono citarsi, a titolo d'esempio, le fattispecie di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.<sup>76</sup>) e la violenza privata (art. 610 c.p.<sup>77</sup>), laddove la costrizione a “compiere o subire atti sessuali” prevista dalla prima risulta essere elemento più intensamente specifico, del “fare, tollerare od omettere qualche cosa” della seconda.

Ancora, si possono richiamare la fattispecie di ingiuria (art. 594 c.p., prima della depenalizzazione avvenuta con d. lgs., 15 gennaio, 2016, n. 7<sup>78</sup>) e quella di oltraggio a magistrato in udienza (art. 343 c.p.<sup>79</sup>), il cui elemento specializzante consiste nel passaggio da reato comune, il primo, a proprio, il secondo.

Si ha invece specialità per aggiunta ogniqualvolta la norma speciale, oltre a contenere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generale, prevede anche un ulteriore elemento, non previsto da quest'ultima. In altri termini, in tale situazione non si avrà una variazione di intensità rispetto alla fattispecie generale, bensì un elemento del tutto nuovo.

Fra gli esempi più classici si può richiamare quello del rapporto fra sequestro di persona (art. 605 c.p.<sup>80</sup>) e sequestro a scopo di estorsione (art. 630 c.p.<sup>81</sup>), laddove, evidentemente, la finalità di conseguire un ingiusto profitto prevista dalla seconda fattispecie si risolve in un elemento aggiuntivo rispetto alla prima<sup>82</sup>.

Infine, una fattispecie potrebbe considerarsi speciale rispetto ad un'altra sia per la presenza di elementi specializzanti, sia per la presenza di elementi aggiuntivi, come

---

<sup>76</sup> “Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni”.

<sup>77</sup> “Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni”.

<sup>78</sup> “Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516”.

<sup>79</sup> “Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione fino a tre anni”.

<sup>80</sup> “Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni”.

<sup>81</sup> “Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni”.

<sup>82</sup> Per approfondimenti circa la distinzione fra specialità per aggiunta e per specificazione si veda, *ex multis*, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 25 ss., Nonché F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 225.

nel caso dei delitti di furto semplice (art. 624 c.p.<sup>83</sup>) e di furto in stato di bisogno (art. 626 n. 2 c.p.<sup>84</sup>), laddove la necessità di provvedere ad un grave ed urgente bisogno costituisce un elemento aggiuntivo, estraneo al delitto di furto, mentre la restrizione dell'oggetto materiale alle sole cose di "tenue valore" risulta un elemento specializzante rispetto al ben più generale riferimento alle "cose mobili altrui".

Ancora, detta distinzione opera anche nei casi di specialità bilaterale, nei quali gli elementi specializzanti delle due norme possono essere a loro volta aggiuntivi o maggiormente specializzanti rispetto all'altra norma. Deve infine sottolinearsi che potrebbe benissimo aversi un'ipotesi di specialità bilaterale che preveda sia elementi aggiuntivi, sia elementi specializzanti, dando vita ad un rapporto di specialità bilaterale in parte per aggiunta e in parte per specificazione<sup>85</sup>.

Tuttavia, la specialità per aggiunta richiede qualche ulteriore precisazione: potrebbe infatti risultare logicamente insostenibile che una norma che presenta elementi *aggiuntivi* risulti speciale rispetto ad un'altra, soprattutto se della specialità si fornisce una versione "formalizzata" come quella, già citata, data dai diagrammi di Eulero-Venn<sup>86</sup>. Invero, tale discrasia è solo apparente, se si ha l'accortezza di sottolineare che, nella specialità per aggiunta, sebbene gli elementi aggiuntivi non siano descrittivamente previsti dalla fattispecie generale, lo sono tuttavia "logicamente", dal momento che essi «non sono enunciati poiché indifferenti all'*an* della punibilità del fatto, ma tuttavia rilevanti, data la loro incidenza sul *quomodo* e sul *quantum* della punizione»<sup>87</sup>.

Da questo punto di vista, non può che concordarsi con quanto affermato da Pagliaro, il quale sostiene che specialità per aggiunta e per specificazione trovano una

<sup>83</sup> "Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516".

<sup>84</sup> Il quale fra le varie ipotesi di furti punibili a querela della persona offesa, ricomprende anche il caso in cui "il fatto è commesso su cose di tenue valore, per provvedere a un grave ed urgente bisogno".

<sup>85</sup> In questo senso si veda il rapporto fra art. 641 c.p. ed art. 218 L. Fall. Mentre il primo prevede il proposito aggiuntivo di non adempiere all'obbligazione contratta (elemento aggiuntivo), il secondo risulta essere un reato proprio (elemento specializzante), a fronte di una "base comune" data dall'identità di condotta. L'art. 641 c.p. prevede che: "Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 516". L'art. 218 L. Fall. prevede che: "Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni".

<sup>86</sup> Cfr., *infra*, par. 4. Tale specificazione non s'impone anche con riguardo alla specialità c.d. bilaterale proprio perché, come già si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, essa non può essere considerata, se non in via analogica, come un rapporto di genere a specie *stricto sensu* inteso.

<sup>87</sup> Così R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna 2007, 124.

vera e propria distinzione sul solo piano del fatto concreto, ridimensionandosi quindi la necessità di una categorizzazione<sup>88</sup>, sicché «a stretto rigore di logica, non sussistono elementi (...) aggiuntivi o di specificazione, ma solo concetti giuridici che potranno essere più o meno specifici o generici»<sup>89</sup>. Invero, siffatta distinzione risulta avere una certa rilevanza solo spostando il campo d'indagine dalla specialità unilaterale a quella bilaterale.

I teorici della specialità bilaterale o reciproca, come, più in generale, tutte le teorie ascrivibili all'indirizzo monistico, ritengono di poter affiancare tale ulteriore (o più estesa) nozione di specialità, facendo leva sul concetto di “stessa materia” *ex art.* 15<sup>90</sup>. Già si è data una definizione di cosa s'intenda per specialità bilaterale e già si è sottolineata l'impossibilità di far rientrare questo concetto, a stretto rigor di logica, nel rapporto di genere a specie, dal momento che quest'ultimo, al più, s'instaurerebbe fra le due norme e la sottofattispecie comune ad entrambe.

A questa osservazione, tuttavia, si replica in dottrina attraverso lo sforzo di differenziare i casi di specialità bilaterale proprio sulla circostanza che si tratti di specialità per aggiunta o per specificazione.

Il riferimento è alla tesi di De Francesco, che propone una lettura della specialità bilaterale come forma comunque rientrante, a determinate condizioni, nel concetto di stessa materia<sup>91</sup>.

Muovendo dalla necessità di escludere qualsiasi elemento terzo nel raffronto strutturale fra fattispecie, l'Autore propone un'interpretazione del concetto di “stessa

---

<sup>88</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 189. Nello stesso senso cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 225 ss.; Cfr. anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 127 s., la quale evidenzia l'estraneità di tale distinzione alla logica ed alla matematica, richiamando quanto affermato da S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, 326: «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 predeterminati da regole di interpretazione»; A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2011, 857.

<sup>89</sup> Così C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 128.

<sup>90</sup> Rappresentano questo filone interpretativo, fra gli altri, S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, II, 1992, 230; G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 276 ss.; C. SOTIS, *op. cit.*, 476.

<sup>91</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, *passim*.

materia” compatibile con alcune forme di specialità bilaterale, individuando talune ipotesi di diversità fra fattispecie tuttavia compatibili con l’art. 15 c.p.<sup>92</sup>.

Le fattispecie diverse, ma rientranti nel concorso apparente di norme, sarebbero proprio quelle di specialità bilaterale, ad esclusione tuttavia delle ipotesi in cui entrambi gli illeciti presentano elementi aggiuntivi<sup>93</sup>. Conclusione resa possibile da un’interpretazione del fenomeno della “interferenza” (ossia la relazione-base del concorso formale eterogeneo di reati), che l’Autore identifica come un particolare modo di atteggiarsi della più ampia categoria della specialità bilaterale, ossia quella per aggiunta<sup>94</sup>.

Tuttavia, anche volendo accettare una interpretazione estensiva del criterio di specialità (seppur “depurando” la specialità bilaterale dai casi di bilateralità per aggiunta), le predette teorie finiscono generalmente in contraddizione nel rapporto fra premesse e conclusioni.

Nello specifico, il pregio delle teorie strutturali risiede su un duplice ordine di presupposti. Il primo, comune a tutte le dottrine moniste, è che la convergenza apparente è fenomeno la cui regolamentazione può e deve esaurirsi nell’alveo dell’art. 15 c.p., unico vero referente normativo in materia; il secondo concerne invece la necessità, in ossequio ad esigenze di certezza riconducibili al principio di legalità ed alla necessità di elidere quanto più possibile la discrezionalità interpretativa su tale materia, di una rigorosa analisi strutturale. Analisi, pertanto, scevra da considerazioni valoriali

---

<sup>92</sup> L’Autore sostiene che talune fattispecie, fra loro “diverse”, ricadrebbero entro lo spettro applicativo del concorso apparente di norme, mentre altre risulterebbero incompatibili con l’identità di materia *ex art.* 15 c.p., costituendo pertanto ipotesi di concorso di reati. Tale assunto viene giustificato osservando che se con l’inciso stessa materia s’intendesse riferirsi solo alle ipotesi in cui gli elementi strutturali delle fattispecie sono tutti identici, allora si avrebbe concorso apparente nei soli casi di perfetta identità. Tuttavia, gli elementi specifici e generici si trovano, secondo un punto di vista logico, sempre in situazione di “diversità”, sicché si deve ritenere che tale tipologia di diversità non sia «rilevante in base all’art. 15 c.p.». Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 56.

<sup>93</sup> Ciò perché se entrambe le norme prevedono elementi più specifici, la relazione instaurata sarà in ogni caso un rapporto di genere a specie. Laddove poi vi sia un solo elemento aggiuntivo in una delle due norme (ed uno specializzante nell’altra), esso non avrebbe in ogni caso alcun referente su cui basare la propria diversità (dal momento che l’altra norma sarebbe comunque speciale per specificazione, in relazione ad altro elemento). Nel caso di due fattispecie entrambe speciali per aggiunta, invece, si avrebbe una radicale diversità fra tali elementi aggiuntivi, non riconducibile al concetto di stessa materia. In altri termini, essi dovrebbero essere considerati come “reciprocamente diversi”. «In definitiva, quindi, perché vi sia un concorso apparente di norme, deve sussistere il limite negativo dato dall’assenza di un’ipotesi di specialità “bilaterale” per “aggiunta”». Così G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 66, nonché, per il percorso logico-argomentativo, 64 ss.

<sup>94</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 59 e ss.

che, per loro natura, nulla hanno a che fare con il piano della tipicità, risolvendosi in istanze equitative che agiscono in punto di dosimetria sanzionatoria.

Pertanto, un'analisi strutturale non può che muovere dal rilievo secondo cui il problema del concorso apparente di norme è un problema di relazioni fra fattispecie astratte, al di fuori di ogni considerazione relativa al "fatto concreto": solo in base ad un'analisi rigorosamente strutturale deve essere pertanto possibile stabilire, nei casi limite, quali ipotesi appartengano alla convergenza apparente e quali a quella reale.

Tuttavia, se le premesse risultano condivisibili, i problemi sorgono a valle, nel momento in cui, una volta ricondotta la specialità bilaterale al concorso apparente, si deve procedere all'individuazione di quale sia la norma applicabile. Proprio qui risiedono i maggiori attriti fra la specialità unilaterale e bilaterale. Mentre la prima impone l'automatica applicazione della fattispecie speciale, nella seconda tale automatismo non risulta possibile, essendo entrambe le norme in parte generali ed in parte speciali.

In proposito, non può condividersi la soluzione di chi afferma che dovrebbe ritenersi applicabile la fattispecie che prevede il trattamento sanzionatorio più severo<sup>95</sup>. Simile conclusione si pone infatti nettamente in contrasto con le premesse rigorosamente strutturali di tale impostazione. La scelta in favore della fattispecie più grave, infatti, finisce per comportare il passaggio da un'analisi logica ad una valoriale. Tralasciando il rilievo che l'applicazione di una norma *veramente* speciale non necessariamente si risolve nell'applicazione di quella che prevede il trattamento più severo<sup>96</sup>, non si può non evidenziare che la fase di applicazione sconta le stesse critiche

---

<sup>95</sup> In questo senso, si veda la teorica della sottofattispecie consistente nello "stesso fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme" di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit., passim*, il quale, nei casi di specialità bilaterale, sostiene che qualora non sia possibile individuare la norma da applicare in base al criterio gerarchico, spaziale o di specialità, dovrebbe operare quello della maggior gravità della sanzione, con la precisazione tuttavia che tale ultimo criterio dovrà avere valore indicativo e non assoluto. In questo senso, l'Autore riporta l'esempio della omessa denuncia (art. 361 c.p.) e favoreggiamento personale (378 c.p.), ritenendo che, nei confronti del pubblico ufficiale che, omettendo la denuncia, favorisca il reo di un delitto punibile con l'ergastolo o la reclusione, vada applicata solamente la prima fattispecie, nonostante sia punita più lievemente. Ciò, in quanto può sempre risultare che «la sottofattispecie apparentemente comune a più fattispecie present(i) gli elementi di disvalore propri di una di esse soltanto», sicché dovrà farsi applicazione di questa, anche se sanzionata con pena meno grave, cit. 666. Deve comunque specificarsi che l'Autore, pur proponendo una teoria strutturale, non s'inserisce nell'alveo delle impostazioni moniste, dal momento che ritiene che la specialità non esaurisca, da sola, la risoluzione del concorso apparente di norme.

<sup>96</sup> Si pensi al già citato caso del rapporto fra furto in stato di bisogno *ex art. 626 c.p.* (che prevede la reclusione sino ad un anno) e delitto di furto *ex art. 624 c.p.* (reclusione da sei mesi a tre anni).

che i sostenitori delle teorie strutturali muovono alle teorie di stampo valoriale, cadendo pertanto in contraddizione.

Per ovviare a tali problemi, altra dottrina sostiene che, in tale frangente, la norma da applicare dovrebbe essere quella “più specializzante”, da individuarsi attribuendo peso diverso e, pertanto, gerarchizzando i vari indici di specialità che, di volta in volta, vengono in considerazione<sup>97</sup>. Se da un lato tale soluzione ha il pregio di mantenersi ancorata ad un piano strutturale, tendendo di individuare la norma speciale partendo dal dato astratto della struttura della fattispecie, non può non condividersi il rilievo di chi, anche in questo caso, sostiene che la scelta della norma “maggiormente speciale” risulti in ogni caso indefinita, nonché non del tutto scevra da considerazioni di stampo valoriale<sup>98</sup>. Infatti, non può non evidenziarsi che la categorizzazione dei vari “indici di specialità” rischia di risolversi in una gerarchizzazione diversa da autore ad autore, a seconda del “peso” che si vuole assegnare ad un determinato elemento della fattispecie: i motivi in base ai quali ritenere che il passaggio da reato comune a reato proprio sia, a titolo d’esempio, elemento più specializzante rispetto alla presenza di una diversa intensità del dolo fra due fattispecie non può che riconnettersi a quali aspetti di fondo s’intende privilegiare nella lettura della norma<sup>99</sup>.

Ancora, deve rilevarsi che taluni degli elementi valorizzati ai fini dell’individuazione della norma prevalente risultano essere “sganciati” dalla struttura delle fattispecie. Così è per i casi in cui la norma prevalente viene individuata in base a considerazioni basate sulla *ratio* delle fattispecie incriminatrici<sup>100</sup>.

Inoltre, non ci si può sottrarre dal rilevare che l’estremo formalismo che connatura la tesi della specialità reciproca, se pur ha il pregio di rispondere ad istanze di determinatezza, suscita più di una perplessità, in tutti quei casi in cui non risulti possibile ravvisare un nucleo comune a due fattispecie, che tuttavia vengono da più

<sup>97</sup> Questa la proposta di G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 131 ss.

<sup>98</sup> Cfr. S. CAMAIONI, *op. cit.*, 238; C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 143; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 214-215.

<sup>99</sup> Invero, una simile soluzione, fondata su una gerarchizzazione degli indici di specialità, fornirebbe più garanzie in prospettiva *de iure condendo*, nel caso in cui gli stessi fossero preordinati dallo stesso legislatore. Solo in questo caso, in linea teorica, si potrebbero ridimensionare i rischi di letture valoriali circa la identificazione della fattispecie “più speciale”. Tale prospettiva non sembrerebbe troppo dissimile dall’auspicio formulato da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 263, secondo cui i «rapporti formali-strutturali fra fattispecie, se davvero sono tali in astratto, (dovrebbero essere) tutti individuati per ipotesi».

<sup>100</sup> Così, in tema di rapporti fra art. 616 c.p. e art. 619 c.p., G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 135 ss.



autori accostate, secondo le logiche del *ne bis in idem* sostanziale, alla disciplina del concorso apparente di norme, come il caso del rapporto fra danneggiamento ed omicidio<sup>101</sup>.

Ma anche rimanendo all'interno delle ipotesi esemplificative addotte per individuare la norma "maggiormente specializzante", non possono non condividersi altre criticità evidenziate in dottrina. Il riferimento, a titolo d'esempio, è alle osservazioni mosse circa i rapporti che intercorrerebbero fra violenza privata (art. 610 c.p.<sup>102</sup>) e violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.<sup>103</sup>). Secondo la dottrina qui esaminata, mentre la prima sarebbe speciale per aggiunta, poiché richiede l'effettiva costrizione del soggetto passivo, la seconda sarebbe a sua volta speciale per specificazione, poiché considererebbe una delle possibili *species* in cui può atteggiarsi il comportamento coartato (il "commettere un reato")<sup>104</sup>.

Contro tale ricostruzione si è tuttavia efficacemente osservato che «il fine di "costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato", previsto dall'art. 611 c.p., è comunemente considerato dolo specifico, e che quest'ultimo è normalmente qualificato dalla stessa dottrina in esame in altre ipotesi esemplificative come elemento aggiuntivo. In tale prospettiva (...) il rapporto tra i due reati sarebbe in realtà di concorso effettivo; per cui, qualora la persona coartata commetta il reato, l'autore della violenza o minaccia dovrebbe rispondere non soltanto del reato realizzato e di quello di cui all'art. 611 c.p., ma anche – in modo evidentemente incongruo – di violenza privata (art. 610 c.p.)»<sup>105</sup>.

Nonostante il pregio di voler ancorare il problema della risoluzione dei casi di concorso apparente di norme al terreno della legalità, espungendo qualsiasi mutevole considerazione valoriale circa la fattispecie applicabili fra quelle convergenti, la teoria della specialità bilaterale incontra critiche difficilmente superabili, sia per la mancanza di coerenza fra premesse e conclusioni, sia per alcuni risultati, non accettabili, che condurrebbe nella prassi.

<sup>101</sup> Cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 372 ss.

<sup>102</sup> "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni".

<sup>103</sup> "Chiunque usa violenza o minaccia per costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato è punito con la reclusione fino a cinque anni".

<sup>104</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, op. cit., 62.

<sup>105</sup> Così efficacemente I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 373-374.

5.1. “Stessa materia” e specialità in concreto: le teorie naturalistiche.

Fra i diversi tentativi tesi ad estendere il principio di specialità oltre i suoi naturali confini concettuali meritano menzione anche le posizioni di stampo naturalistico che vengono accumulate sotto la definizione di specialità in concreto<sup>106</sup>.

Tali impostazioni, da ritenersi oramai superate, meritano di essere comunque considerate alla luce delle più recenti novità in tema di *ne bis in idem* processuale e, nello specifico, in relazione alle interpretazioni che dello stesso hanno fornito le Corti europee.

Come si avrà modo di evidenziare più avanti, la vicenda europea, sebbene circoscritta formalmente alla sola preclusione processuale, presenta invero profonde commistioni anche con il diritto penale sostanziale<sup>107</sup>. La questione sarà affrontata più approfonditamente nel secondo capitolo. Basti qui accennare all’interpretazione del requisito della medesimezza fattuale valevole ai fini dell’integrazione del *ne bis in idem* processuale, da identificarsi nel fatto storico concretamente verificatosi (*idem factum*) in luogo della qualificazione giuridica dello stesso (*idem crimen*). Tale circostanza, si vedrà, ponendo al centro del dibattito il concetto di accadimento concreto, impone di valutarne le conseguenze anche sul terreno sostanziale della convergenza di fattispecie<sup>108</sup>.

Fatte tali precisazioni, deve sin da subito rilevarsi che, sotto la definizione di specialità in concreto rientrano impostazioni teoriche profondamente eterogenee, il cui minimo comune denominatore consiste nella valorizzazione della situazione storica concretamente verificatasi, al fine di regolare una più vasta gamma di ipotesi rispetto a

---

<sup>106</sup> Aderiscono a questa impostazione, fra i tanti, F. ANTOLISEI, *Manuale, op. cit.*, 121; L. CONTI, *op. cit.*, 1013; G. DELITALA, *Concorso di norme, op. cit.*, 108 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo, op. cit.*, 10; ID, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 157 ss.; M. PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 154. Cfr. inoltre I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 127, secondo il quale se l’art. 15 c.p. si riferisce alla sola specialità in astratto esso sarebbe «completamente inutile, posto che il principio di specialità sarebbe sempre e comunque presente in ogni ramo dell’ordinamento». Per l’accoglimento della specialità in concreto in relazione alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, date dalla convergenza di sanzioni penali ed amministrative, cfr. G. DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1591.

<sup>107</sup> Cfr. Cap. II, parr. 3.2 e ss.

<sup>108</sup> Centralità, quella dell’*idem factum*, confermata anche dalla Corte costituzionale, cfr. C. cost., n. 200/2016, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019). Più diffusamente Cap. II, par. 6.

quelle rientranti nel paradigma della specialità unilaterale, discostandosi tuttavia dall'esigenza di effettuare un'analisi rigorosamente strutturale fra fattispecie<sup>109</sup>.

Sul piano delle concretezze, si può richiamare il caso dell'amministratore, il quale ponga in essere condotte tese a "giocare" sul rialzo e ribasso dei titoli, contemporaneamente agendo anche al fine di turbare il mercato interno. In tale frangente, si potrà affermare che questa (medesima) situazione di fatto risulti inquadrabile in entrambe le figure dell'agiotaggio semplice (art. 501 c.p.) e societario (art. 2628 c.c.)<sup>110</sup>.

Ma v'è di più. Secondo questo filone interpretativo, l'utilizzo del criterio della "medesimezza del fatto" permetterebbe inoltre di estendere la disciplina dell'art. 15 c.p. anche ad ipotesi ulteriori, non solo rispetto alla specialità unilaterale, ma anche ai casi di specialità bilaterale, come nel caso del danneggiamento degli abiti della vittima. In tale situazione, il medesimo fatto (l'uccisione con un colpo di arma da fuoco della vittima) risulterebbe ricompreso tanto nel danneggiamento quanto nella fattispecie di omicidio.

Un'efficace inquadramento delle impostazioni che, a vario titolo, si rifanno al fatto concreto per la risoluzione dei casi di concorso apparente si rinviene nell'opera di Mantovani, il quale individua tre principali impostazioni: una prima corrente di pensiero, avanzata da Delitala, assumendo l'inesistenza di un vero e proprio referente normativo, ritiene che tale criterio sia desumibile tramite estensione analogica dall'art. 15 c.p.; una seconda impostazione, al contrario, ritiene che il requisito della medesimezza del fatto concreto sia desumibile da una corretta interpretazione del concetto di "stessa materia" ex art. 15 c.p.; infine, la teoria avanzata da Siniscalco, il quale, premettendo che il principio di specialità deve essere inteso come raffronto fra fattispecie astratte, ritiene tuttavia che il concetto di "stessa materia" debba essere inteso come "comportamento concretamente tenuto"<sup>111</sup>.

La prima impostazione, in particolare, ritiene che qualora «la medesima fattispecie (concreta) corrisponda, simultaneamente ed ugualmente, *in tutte le sue parti*,

---

<sup>109</sup> Per un'approfondita disamina delle teorie naturalistiche cfr., *ex multis*, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 7 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 126 ss.; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 200 ss.

<sup>110</sup> Questo l'esempio portato da G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 10.

<sup>111</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 126 ss. L'efficace "tripartizione" interna alle teorie della specialità in concreto operata dall'Autore viene riproposta anche da G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 7 ss.

a due diverse fattispecie legali (...) si avrà (...) concorso apparente di norme»<sup>112</sup>. Al contrario, si avrà concorso formale nel caso in cui la medesima fattispecie concreta rientri per taluni elementi in una delle fattispecie astratte e per talaltri nell'altra.

Tale indirizzo, isolato in dottrina, sconta penetranti critiche<sup>113</sup>: il tentativo di “sganciare” il criterio della medesimezza del fatto dal dato letterale dell'art. 15 c.p. comporta la necessità di rinvenirne un diverso fondamento logico, ossia il divieto sostanziale di *bis in idem*. Invero, la valorizzazione del medesimo fatto (*idem*) riconducibile *in toto* a più fattispecie incriminatrici (*bis*), non può essere rettamente estrapolata da una interpretazione analogica dell'art 15 c.p., quanto piuttosto da un più generale divieto di punire più volte per lo stesso fatto. Tuttavia, in tanto si può sostenere che il medesimo fatto risulti essere il presupposto dal quale far dipendere il concorso apparente, in quanto si sia previamente dimostrata l'esistenza di un superiore principio regolatore della materia, ossia il *ne bis in idem* sostanziale (così operando, il ricorso all'analogia non sarebbe infatti necessario. Al contrario, il ricorso all'*analogia legis* nulla dice in merito alla distinzione fra le ipotesi che ricadrebbero sotto la disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p. e quelle riconducibili all'art. 15 c.p., poiché non fornisce alcun indizio in merito all'interprete.

Il secondo orientamento, al contrario, ritiene desumibile il criterio della medesimezza fattuale dallo stesso art. 15 c.p., interpretando il concetto di “stessa materia” nel senso di “medesima situazione di fatto concretamente verificatasi”<sup>114</sup>. Coerentemente con questa premessa, l'intento è quello di estendere i confini del principio di specialità, seppur con una precisazione: il riferimento alla “stessa materia” sarebbe inutile, se per essa s'intendesse una medesima situazione di fatto che ricada sotto le descrizioni di tutte le fattispecie convergenti, in modo tale da poter rientrare in una qualsiasi di esse, qualora le altre mancassero. Infatti, siffatto meccanismo si sostanzierebbe nella mera applicazione della regola *lex specialis derogat legi generali*. Quest'ultima tuttavia, in quanto canone generale dell'interpretazione, opererebbe in ogni caso, a prescindere da una sua espressa positivizzazione, sicché l'art. 15 c.p., in forza di un'interpretazione conservativa, dovrebbe essere declinato “in concreto”<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Così G. DELITALA, *Concorso di norme*, op. cit., 108.

<sup>113</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 129 ss.

<sup>114</sup> Così, fra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., 121; L. CONTI, op. cit., 1013; M. GALLO, *I reati di pericolo*, op. cit., 10; ID, *Diritto penale italiano*, op. cit., 157 ss.

<sup>115</sup> Cfr. in questo senso M. GALLO, *Diritto penale italiano*, op. cit., 159 s.

Pertanto, la specialità in concreto deve essere ricondotta a quei casi in cui il medesimo fatto risulti riconducibile a più fattispecie incriminatrici, *anche* se non in rapporto di specialità.

A tale impostazione si sono avanzate due critiche invero non superabili.

In primo luogo, si contesta, dal punto di vista metodologico, l'attribuzione di un duplice significato al principio di specialità, la quale assumerebbe natura anfibologica, come criterio "in astratto" ed "in concreto". In secondo luogo, il rapporto di specialità, che prim'ancora di essere criterio risolutivo dei casi di concorso apparente di norme, si sostanzia in un canone del ragionamento logico-giuridico, non può estendersi a casi che nulla hanno a che fare con esso, quale è quello della medesimezza del fatto. In altri termini, in tanto può parlarsi di specialità, in quanto si affermi che essa si declini secondo un approccio logico-strutturale, non potendosi ad essa fornire significati differenti dalla sua stessa natura<sup>116</sup>.

Ancora, si è evidenziato che risulterebbe impossibile valutare se il fatto concreto sia il medesimo senza vagliare la sua corrispondenza con i requisiti della fattispecie legale, dal momento che solo mediante questi sarebbe possibile selezionare, fra le innumerevoli sfaccettature della vicenda storica, quelle "tipiche", di cui valutare l'eventuale unicità<sup>117</sup>.

In terzo luogo, un'obiezione definitiva è mossa da chi evidenzia come tale impostazione, finirebbe per ricondurre qualsiasi ipotesi di concorso di reati alla disciplina dell'art. 15 c.p., dal momento che sarebbe sempre possibile ricondurre un medesimo fatto concreto a più fattispecie convergenti, anche se non in rapporto di specialità<sup>118</sup>.

Infine, la posizione di Siniscalco si segnala per il tentativo di edificare una teoria che parte dal fatto concreto, per poi passare tuttavia al raffronto dei singoli elementi

---

<sup>116</sup> In questo senso, l'alternativa è netta: o si ritiene estendibile la specialità secondo logiche comunque strutturali, come tentano di fare i teorici della specialità bilaterale, oppure si ritiene necessario affiancare ad essa ulteriori criteri, in accordo con le impostazioni pluraliste.

<sup>117</sup> Così, tra i tanti, A. VALLINI, *Giusti principi*, *op. cit.*, 849.

<sup>118</sup> È questa la lucida osservazione di G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo*, *op. cit.*, 943 ss. Sotto diversa angolazione cfr. A. VALLINI, *Giusti principi*, *op. cit.*, 849-850, il quale sottolinea che il semplice "quadro di vita" non è sufficiente per permettere di comprendere se le norme su di esso convergenti risultino in concorso apparente o formale, dal momento che anche quest'ultimo si caratterizza per la plurima valutazione di medesimi profili della stessa vicenda.

delle fattispecie astratte<sup>119</sup>. Secondo tale Autore, il caso concreto dovrebbe rappresentare esclusivamente il punto di partenza, la cui “utilità” sarebbe soltanto quella di porre in correlazione fattispecie che non si trovino in rapporto di genere a specie<sup>120</sup>. Dopo aver effettuato questo passaggio preliminare, l’indagine si dovrebbe esplicare su solide basi strutturali, riferendosi tuttavia non alle fattispecie complessivamente considerate, ma ai singoli elementi delle stesse. Il tutto, secondo l’Autore, sarebbe possibile facendo leva sul concetto di “disposizione” presente nell’art. 15 c.p.

Tuttavia, anche nei confronti di tale teoria non sono mancate penetranti e decisive critiche<sup>121</sup>.

Se, da un lato, si è evidenziato come, nella sostanza, tale teoria non si discosti dalle altre concezioni naturalistiche (le cui già evidenziate critiche possono qui riproporsi), dall’altro, laddove l’Autore afferma che per la risoluzione dei casi di specialità bilaterale si debba far riferimento, ancora una volta, a quella che prevede la pena più severa<sup>122</sup>, si critica la mancata coerenza fra l’utilizzo di criteri logici (raffronto in astratto dei singoli elementi), naturalistici (il fatto concreto come base di partenza) e valoriali (l’applicazione della fattispecie che prevede la sanzione più grave)<sup>123</sup>.

In definitiva, le dottrine che, a vario titolo, fanno riferimento al medesimo fatto concreto scontano critiche insuperabili. In particolare, si ritiene decisiva quella riguardante la presenza, nel nostro ordinamento dell’art. 81, c. 1 c.p.: adottando il criterio di specialità in concreto cadrebbe ogni possibilità di distinzione fra i fenomeni di convergenza reale ed apparente, comportando la scomparsa dei primi in favore dei secondi. Sotto questo punto di vista, tuttavia, il legislatore ha espressamente previsto che determinati fatti, da considerarsi “medesimi” sotto il profilo naturalistico, siano

---

<sup>119</sup> Così M. SINISCALCO, *op. cit.*, 104 ss.: «a noi sembra che attraverso la formula “stessa materia” si inserisca nel giudizio concernente i rapporti tra leggi o disposizioni di legge un elemento nuovo che si sostanzia appunto nel comportamento concretamente tenuto. Ne consegue che tre sono i dati tra i quali si instaura la relazione di genere a specie, in quanto se è vero che la relazione corre pur sempre tra elementi normativi, è il caso concreto che dà occasione alla loro messa in confronto. Poiché, fuori della specialità in astratto, le fattispecie hanno tra loro solo una parte di elementi comuni, e per il resto elementi non collegati da rapporto di specialità, non si può non muovere dalla considerazione della situazione realizzatasi in concreto».

<sup>120</sup> M. SINISCALCO, *op. cit.*, 106 ss.

<sup>121</sup> Cfr., su tutte, quelle avanzate da G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 15 ss. e F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 153 ss.

<sup>122</sup> Cfr. M. SINISCALCO, *op. cit.*, 122.

<sup>123</sup> Cfr., da ultima, C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 124.

puniti attraverso il meccanismo, extraeditale, del cumulo giuridico, sicché esso e la specialità in concreto si pongono in un rapporto di totale inconciliabilità<sup>124</sup>.

5.2. *Le teorie pluraliste: sussidiarietà e consunzione. Il canone di ne bis in idem sostanziale.*

L'insufficienza dell'art. 15 c.p. ha portato altra parte della dottrina ad interrogarsi sull'esistenza di ulteriori criteri che potessero indiziare l'interprete nello studio del concorso apparente di norme<sup>125</sup>. In questo senso, gli interpreti di tale fronda dottrinale muovono dal presupposto che al principio di specialità non possa fornirsi altro significato al di fuori di quello minimo, unilaterale, sicché, dato il ristretto spazio applicativo che in tal modo si "concede" all'art. 15 c.p., l'unica conclusione possibile sarebbe quella di adottare altri criteri per risolvere le ipotesi di concorso apparente<sup>126</sup>.

Da questo punto di vista, il passaggio è netto: se, da un lato, la specialità si attegna a criterio logico-strutturale, fondato sul raffronto di fattispecie astratte, dall'altro, gli ulteriori criteri proposti nascono da aspirazioni «*latu sensu equitative*»<sup>127</sup>, il cui *trait d'union* consiste nella valorizzazione, di volta in volta, del bene giuridico ovvero della proporzionalità fra fatto e sanzione. Dette impostazioni non possono che definirsi di stampo "valoriale", dal momento che ritengono che il concorso apparente vada esteso a tutti quei casi in cui, pur difettando una relazione strutturale fra le norme convergenti, appaia comunque iniquo sanzionare il reo per ogni singola fattispecie

<sup>124</sup> Ciò perché, si ripete, l'applicazione del cumulo giuridico ai casi di più reati commessi con una sola azione od omissione comporta la presenza, nel nostro ordinamento, di un'espressa ipotesi di *bis* sanzionatorio per lo stesso fatto.

<sup>125</sup> Ritengono necessario affiancare ulteriori criteri a quello di specialità, fra gli altri, G. BETTIOL, *op. cit.*; R.A. FROSALI, *Concorso di norme, op. cit.*; F. GRISPIGNI, *Diritto penale, op. cit.*; A. MORO, *op. cit.*; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche, op. cit.*

<sup>126</sup> Le teorie pluraliste nascono invero nell'ordinamento tedesco, favorite soprattutto dall'assenza di un espresso riferimento normativo di carattere generale in tema di concorso apparente di norme, contrariamente a quanto accade nell'esperienza giuridica nostrana. Si specifica tuttavia che è possibile rinvenire approcci monisti anche in seno alla dottrina tedesca, pur in assenza di una disposizione analoga al nostro art. 15 c.p. Il riferimento è a G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2 Aufl.*, Berlin-New York, 1991, 867 ss., che elabora una nozione di specialità particolarmente affine al concetto nostrano di specialità in concreto; nonché a I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Berlin, 1979, sulla cui impostazione, che ritiene il *ne bis in idem* sostanziale come principio ispiratore del concorso formale di reati, si tornerà, più diffusamente, nel Cap. III, par. 5.

<sup>127</sup> Così, *ex multis*, G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis, op. cit.*, 4; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme op. cit.*, 77 ss.; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche, op. cit.*, 221; Cfr. anche A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati, op. cit.*, 297 ss.

integrata, dovendosi al contrario propendere per la natura apparente del concorso<sup>128</sup>. Sotto questo punto di vista, mancando un espresso riferimento normativo che legittimi l'ingresso di detti criteri, le teorie pluraliste hanno di volta in volta fatto leva, per la loro giustificazione, o sulla clausola di riserva prevista dallo stesso art. 15 c.p.<sup>129</sup>, ovvero sul canone di *ne bis in idem* sostanziale, quale proiezione dell'omonimo principio processuale<sup>130</sup>. Ancora, con riferimento ai criteri di sussidiarietà e consunzione, non pochi Autori ritengono che gli stessi ricevano almeno un riconoscimento implicito negli artt. 68 ed 84 c.p. (la consunzione), concernenti, rispettivamente, la disciplina del concorso di circostanze e del reato complesso, e nelle clausole di riserva (la sussidiarietà) previste da disposizioni incriminatrici<sup>131</sup>.

Ma procediamo con ordine.

Come efficacemente sottolineato in dottrina, se i fautori di un approccio pluralista al concorso apparente di norme si presentano come un fronte unitario nelle premesse, l'accordo è tuttavia di breve momento: nell'istante in cui si deve "procedere oltre" la specialità, ci si trova dinanzi ad un intricatissimo groviglio di opinioni, tale per cui non solo risultano incerti quali e quanti criteri debbano essere affiancati all'art. 15

<sup>128</sup> Emblematico quanto affermato da A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, op. cit., 219 ss., il quale, nel richiamare esempi quali quello del danneggiamento degli abiti della vittima uccisa da colpi di arma da fuoco, afferma che, in queste situazioni, è lo stesso "senso giuridico comune" a far propendere per l'applicazione di una sola fra le norme concorrenti.

<sup>129</sup> Fa leva sull'inciso, posto a chiusura dell'art. 15 c.p., "salvo che sia altrimenti stabilito", *ex multis*, A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, op. cit., 224: «Se è vero che nell'art. 15 c.p. è espressamente recepito il solo principio di specialità, è anche vero che nulla, in questo articolo, indica che "solo" il criterio di specialità possa risolvere in senso unitario il concorso di norme. Nella parte speciale del codice penale si trovano numerosi accenni (...) alla prevalenza non delle norme speciali, ma della norma che prevede il reato più grave; e persino nello stesso art. 15 c.p. è possibile rintracciare il riconoscimento di questo altro criterio, là dove gli si dà, sia pure in casi particolari (con l'inciso "salvo che sia altrimenti stabilito"), prevalenza di effetti giuridici rispetto al principio di specialità». Aderisce a detta impostazione anche C.E. PALIERO, *La Legge 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 121 il quale sottolinea che la mancanza di detta clausola di riserva nell'art. 9 della l. n. 689/1981 indicherebbe che in tale frangente il legislatore abbia deciso di vincolare la soluzione dei casi di convergenza apparente al solo criterio di specialità. In senso contrario, sostenendo l'assenza di qualsiasi riferimento normativo, fra gli altri, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, op. cit., 4 ss.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 299 ss. In particolare quest'ultimo evidenzia che la clausola di riserva *ex art. 15 c.p.* rinvierebbe a casi in cui «un'eventuale eccezione al principio di specialità venga ad essere "stabilita"», riferendosi pertanto alle sole deroghe espresse.

<sup>130</sup> Cfr. R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 221, 561, 610; A. GIULIANI, *Ne bis in idem e concorso apparente di norme*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 318 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 71 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 61 ss. Esprimono dubbi circa l'esistenza di un principio o canone di *ne bis in idem* sostanziale, *ex multis*, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 7ss.; C. SOTIS, op. cit., 467 ss. Per la dottrina tedesca cfr. R. HONIG, *Straflose*, op. cit., 30ss.; A. KÖHLER, *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, München, 1900, 60.

<sup>131</sup> Cfr. R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 406 ss.; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1968, 83.



c.p., ma, altresì, quelli prospettati risultano spesso fra loro parzialmente od ampiamente sovrapponibili, lanciando il destro a penetranti critiche circa l'indeterminatezza e la vaghezza che permeano tali impostazioni<sup>132</sup>.

Così, di fianco ai più noti criteri di sussidiarietà e assorbimento (o consunzione), possono richiamarsi, a titolo d'esempio, quelli di alternatività, di prevalenza e di accessorietà<sup>133</sup>. Tralasciando quei criteri che risultano oramai del tutto abbandonati, o che hanno incontrato qualche riconoscimento solo oltralpe, può dirsi senza dubbio alcuno che, allo stato dell'arte, i principali criteri che in dottrina si affiancano a quello di specialità risultano essere quelli di sussidiarietà e consunzione<sup>134</sup>.

Per quanto riguarda il primo, due norme possono definirsi in rapporto di sussidiarietà qualora prevedano stadi o gradi diversi di offesa al medesimo bene giuridico, ovvero a beni giuridici analoghi<sup>135</sup>. In questo senso, in dottrina si porta l'esempio, quanto al concorso apparente omogeneo, del furto di benzina quale fattispecie sussidiaria del furto dell'auto, ovvero, per il concorso eterogeneo, l'ipotesi di chi compie una truffa spendendo un atto falso, il quale dovrebbe rispondere della sola fattispecie *ex art.* 640 c.p.<sup>136</sup>. L'operatività di detto criterio consisterebbe nel ritenere sussidiaria la norma che presenta il grado di lesività meno intenso, in favore della sola applicazione dell'altra fattispecie.

Ragionando in questo senso, si individuano due tipologie di sussidiarietà, una espressa e l'altra tacita<sup>137</sup>. Si parla di sussidiarietà espressa, in tutti quei casi in cui è la stessa norma incriminatrice a "cedere il passo" all'applicazione di altra fattispecie, attraverso l'utilizzo, a livello testuale, delle ben note clausole di riserva: formule di rinvio presenti in una fattispecie incriminatrice, che impone la sua non applicazione in

<sup>132</sup> Così, su tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 72 ss.

<sup>133</sup> Cfr., nel panorama tedesco, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, 349 ss.; R. HIRSCHBERG, *op. cit.*, 48; H. WELZEL, *op. cit.*, 234-235. Nel panorama italiano si rimanda all'approfondita disamina condotta da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 73.

<sup>134</sup> Del resto, questi risultano essere gli unici criteri ormai affrontati nella principale manualistica di parte generale, al più affiancando ad essi i peculiari casi di antefatto, postfatto e progressione criminosa (considerati in ogni caso come veri e propri corollari del principio di assorbimento stesso). Cfr., su tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale*, *op. cit.*, 679 ss.

<sup>135</sup> Cfr. in questo senso la principale manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale*, *op. cit.*, 685; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 492. Cfr. in particolare G. BETTIOL, *Diritto penale*, 653, che, nel definire il rapporto di sussidiarietà, afferma che esso si ha quando «si tratta di stadi o gradi diversi di offesa di uno stesso bene, in modo che l'offesa maggiore assorbe la minore e pertanto l'applicabilità di questa è condizionata alla non applicabilità dell'altra». Le elaborazioni più approfondite del criterio in esame si devono a R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, *passim*; A. MORO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>136</sup> Cfr. A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 298.

<sup>137</sup> Cfr. R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 481.

favore di altra od altre disposizioni. Detto rinvio può avvenire in modo specifico (es. “fuori dei casi indicati” o “preveduti”)<sup>138</sup>, sicché si parla in tal caso di clausola di riserva determinata, ovvero in modo generico (“se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge”)<sup>139</sup> o parzialmente generico (“fuori dei casi previsti da particolari disposizioni di legge”, “se il fatto non costituisce più grave reato”)<sup>140</sup>, parlandosi in questo caso di clausole di riserva indeterminate o parzialmente indeterminate<sup>141</sup>.

Si sottolinea che tale tipologia di sussidiarietà, laddove non integri comunque ipotesi in rapporto di specialità (come nel caso, a titolo d’esempio, degli art. 405 e 409 c.p.), non desta chiaramente problemi di legittimazione, in quanto è la stessa norma a sancire l’esclusione di un concorso effettivo con altre disposizioni.

Dibattuta, al contrario, è l’ammissibilità del secondo tipo, la sussidiarietà tacita, riscontrabile nei casi in cui, pur in assenza di una clausola di riserva, si ritiene comunque di poter pervenire interpretativamente all’applicazione di una sola fra più fattispecie potenzialmente convergenti, ossia quella che prevede la sanzione più severa. In questo senso, chi critica le impostazioni pluraliste colloca i casi di sussidiarietà espressa al di fuori della controversia, proprio per la presenza di esplicite clausole di riserva, ritenendo invece che la sussidiarietà tacita si sostanzia in una categoria vaga, superflua ed indeterminata<sup>142</sup>.

L’altro criterio generalmente riconosciuto in seno alle teorie pluraliste è quello di consunzione, del quale si sono fornite diverse, seppur ampiamente sovrapponibili, definizioni. Così, essa viene identificata nelle ipotesi in cui il fatto previsto da una fattispecie rientri nel fatto contemplato da un’altra, maggiormente comprensiva, sicché la *lex consumens* risulterà dotata di una oggettività giuridica idonea, per l’appunto, ad assorbire la *lex consumpta*<sup>143</sup>; ovvero si identifica un rapporto di consunzione nei casi in

<sup>138</sup> Si pensi all’art. 409 c.p. (Turbamento di un funerale o servizio funebre), il quale si applica “fuori dei casi previsti dall’art. 405 c.p.” (Turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa), oppure all’art. 618 c.p. (Rivelazione del contenuto di corrispondenza), che si applica “fuori dei casi previsti dall’art. 616 c.p.” (Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza).

<sup>139</sup> È il caso del sopracitato art. 616 c.p.

<sup>140</sup> Si veda l’art. 340 c.p. (Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità), che si applica “fuori dei casi previsti da particolari disposizioni di legge”, ovvero dell’art. 323 c.p. (Abuso d’ufficio) che si applica “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”.

<sup>141</sup> Per un’analisi approfondita delle clausole di riserva si veda, su tutti, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 140 ss., del quale si ripropone la classificazione.

<sup>142</sup> Su tutti cfr. F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 8-9.

<sup>143</sup> Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 3.

cui il reato meno grave risulti essere strettamente funzionale alla realizzazione di un reato più grave<sup>144</sup>; ancora, la maggior ampiezza della norma consumante viene fatta di volta in volta discendere dalla circostanza che il bene giuridico tutelato da una norma ricomprenda anche quello tutelato dall'altra, dalla natura dei mezzi adoperati o dagli effetti prodotti, nonché dal fatto che una prevede come elemento costitutivo o come circostanza il fatto previsto dall'altra<sup>145</sup>.

Più in generale, può affermarsi che il rapporto di consunzione è ravvisabile ogniqualvolta una fattispecie (*lex consumens*), ne ricomprenda un'altra (*lex consumpta*), perché di più ampia portata, a causa del fatto che la commissione della prima presuppone, secondo l'*id quod plerumque accidit*, anche la realizzazione della seconda<sup>146</sup>.

In questo senso, si farebbero rientrare sotto la disciplina del concorso di norme non solo casi in cui si può sostanzialmente ravvisare un'unicità d'azione, come nel caso del danneggiamento degli abiti della vittima, ma anche ipotesi in cui le condotte risultano plurime e distanziate nel tempo, come nell'ipotesi in cui un soggetto dapprima contraffà monete false, integrando la fattispecie di cui all'art. 453 c.p., per poi procedere, in un secondo momento, alla messa in circolazione delle stesse, secondo lo schema incriminato dall'art. 455 c.p.<sup>147</sup>.

Richiamandosi pertanto la capacità della norma consumante di esaurire il disvalore del fatto concreto, prescindendo da un confronto analitico tra gli elementi delle singole fattispecie, il criterio di consunzione si caratterizza per la sua indubbia ampiezza, nonché per la sua "elasticità" nel ricomprendere ipotesi che tuttavia non possono in alcun modo considerarsi convergenti su un medesimo fatto. Nello specifico, deve notarsi come taluni esempi che tradizionalmente vengono avanzati in relazione a

---

<sup>144</sup> In questo senso A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 298.

<sup>145</sup> Così, C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 156.

<sup>146</sup> Così, su tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale*, op. cit., 686.

<sup>147</sup> Va tuttavia sottolineata l'esistenza di un orientamento dottrinale che ritiene che, al contrario, l'ambito di operatività del criterio di assorbimento sia più limitato rispetto a quello di specialità, traendo tale conclusione dall'assenza di alcuna disposizione positiva che ne fondi la valenza generale. Nello specifico, esso troverebbe applicazione nei soli casi in cui il legislatore ne richiami espressamente l'applicazione, attraverso le clausole di riserva, assimilando di fatto l'ambito di operatività del criterio di consunzione con quello di sussidiarietà. Cfr. G. MARINI, *sub art. 15*, in G. MARINI, M. LA MONICA, L. MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, I, Torino, 2002, 208. Si ritiene tuttavia di non condividere detta impostazione, per il semplice fatto che la stessa si risolverebbe in una implicita adesione alle teorie strutturali. Essa non si discosta, a ben vedere, dall'impostazione, rigorosamente monistica e strutturale, adottata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Cfr., *infra*, par. 6.

detto criterio, quali la progressione criminosa<sup>148</sup>, l'*ante factum* ed il *post factum* non punibili<sup>149</sup>, vengono ricondotte alla disciplina del concorso apparente nonostante le norme considerate non possano realmente considerarsi convergenti su di un medesimo fatto<sup>150</sup>.

Ritorniamo all'esempio del rapporto fra gli artt. 453 e 455 c.p. in tema di contraffazione di monete false: è chiaro come in tale frangente, riconducibile al paradigma del postfatto non punibile, le condotte tipiche descritte dalle due fattispecie si pongono necessariamente, dal punto di vista naturalistico, in tempi e luoghi diversi, facendo cadere il presupposto minimo per parlarsi di medesimezza del fatto, ossia l'identità della condotta.

Ma anche volendo tralasciare tali ipotesi, invero le più controverse in tema di consunzione, le criticità rimangono molteplici.

Nello specifico, proprio l'assorbimento risulta essere, fra i vari criteri proposti in seno alle correnti pluraliste, quello più vago. Ed infatti, se quantomeno il criterio di sussidiarietà può dirsi "delimitato" dal requisito della necessaria identità del bene giuridico (tralasciando per un momento le seppur condivisibili perplessità che possono sorgere già in sede di identificazione dell'interesse tutelato che, conseguentemente, si riflettono sull'ambito applicativo di tale criterio), quello di consunzione, al contrario, si caratterizza per la sua estrema volatilità: non può non sottolinearsi come il riferimento al "quadro di vita", all'*id quod plaerumque accidit* ed altri, simili, espressioni, si sostanziano nei fatti nell'adozione di parametri estremamente condizionabili dalla visione personale del singolo interprete.

Basti qui un esempio: poniamo che Tizio, al fine di intascare il premio dell'assicurazione incendi la propria abitazione e al contempo creando un pericolo per la pubblica incolumità, così integrando le fattispecie di incendio di cosa propria (art. 423,

---

<sup>148</sup> Cfr. D. DEL ROSSO, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 623 ss.; S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 300 s. G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1150 ss.

<sup>149</sup> Si veda G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo*, op. cit., 940 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982; G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 505 ss. Per la dottrina tedesca cfr. J. BAUMANN, *Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz*, in *MDR*, 1959, 10 ss.; R. HONIG, *Straflose*, op. cit. 96 ss.; H. WELZEL, op. cit., 235-236.

<sup>150</sup> Dette ipotesi, sulle quali si tornerà più diffusamente nel Cap. IV, Sez. II, par. 3.1, risultano infatti estremamente dibattute, con riferimento alla loro collocazione nell'alveo del concorso apparente di norme. Cfr. anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 157-158.

c. 2 c.p.)<sup>151</sup> e di fraudolento danneggiamento di beni assicurati (art. 642 c.p.)<sup>152</sup>. In questo frangente, ci si trova dinanzi, a rigor di logica, ad un concorso formale eterogeneo di reati, come tale ricadente sotto la disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p.

Tuttavia, non pare così azzardato poter argomentare, a contrario, che l'incendio di cosa propria al fine di intascare il premio dell'assicurazione, soprattutto se per "cosa" s'intende la propria, personale, abitazione, possa essere inquadrabile all'interno delle logiche del "ciò che accade di solito": non può negarsi infatti che se è vero che la frode assicurativa può essere posta in essere attraverso molteplici modalità, è anche vero che l'incendio della propria abitazione porta a pensare, come sviluppo logico (anche nell'immaginario collettivo) ad una possibile truffa in danno all'assicurazione, tanto da poter sostenere che il binomio fra le due fattispecie possa rientrare nel paradigma dell'*id quod plaerumque accidit*. Esemplificando allo stremo, non pare in definitiva azzardato ritenere che la maggior parte degli incendi dolosi della propria abitazione, statisticamente, siano posti in essere proprio perché il soggetto agente è mosso dallo scopo di frodare l'assicurazione, per intascarne il premio.

In altri termini, il concetto del "ciò che accade di solito" sconta già in partenza profonde incertezze nella delimitazione di cosa s'intenda, ad esempio, per "logica conseguenza del primo delitto", oppure per "probabile sviluppo della condotta posta in essere", ovvero, più in generale, di quanto debba essere stretto il legame fra le fattispecie di volta in volta suscettibili di "accadere" l'una in funzione dell'altra.

Proprio sulla vaghezza ed indeterminatezza dei criteri prospettati si appuntano le prime critiche mosse alle teorie pluraliste<sup>153</sup>. Oltre alla consunzione, la stessa sussidiarietà tacita, edificata sul concetto di bene giuridico, risulta di difficile delimitazione: sia perché la stessa identificazione dell'interesse tutelato è, di per sé, operazione difficile e spesso viziata dalle visioni personali dell'interprete; sia a causa delle notevoli difficoltà di identificare uno ed un solo interesse tutelato, essendo il fenomeno della plurioffensività non infrequente nelle fattispecie incriminatrici. In

---

<sup>151</sup> Dispone l'art. 423 c.p.: "Chiunque cagiona un incendio è punito con la reclusione da tre a sette anni. La disposizione precedente si applica anche nel caso d'incendio della cosa propria, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica".

<sup>152</sup> "Chiunque, al fine di conseguire per sé o per altri l'indennizzo di una assicurazione o comunque un vantaggio derivante da un contratto di assicurazione, distrugge, disperde, deteriora od occulta cose di sua proprietà, falsifica o altera una polizza o la documentazione richiesta per la stipulazione di un contratto di assicurazione è punito con la reclusione da uno a cinque anni".

<sup>153</sup> Evidenzia gravi problemi di incertezza, fra i tanti, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati, op. cit.*, 299.

parole povere, muovendo da una base metodologica valutativa, quale è il bene giuridico, i cui confini non sono né univoci né verificabili sul piano del diritto positivo, tali criteri incarnano una troppo vaga aspirazione *latu sensu* equitativa<sup>154</sup>.

Ancora, non solo si dibatte sul quanti criteri affiancare all'art 15 c.p.<sup>155</sup>, ma gli stessi risultano spesso ampiamente sovrapponibili<sup>156</sup>. Infatti, anche fra chi aderisce all'approccio pluralista, vi è chi sostiene che gli stessi non siano altro che la proiezione di un solo canone superiore, da affiancare al principio di specialità, tanto da far riferimento genericamente ad un solo principio di consunzione "in senso ampio"<sup>157</sup>.

Più in generale, la principale critica concerne la stessa *ratio* ispiratrice di questi criteri, ovvero il difetto, per essi, di una vera e propria legittimazione positiva. Sebbene si cerchi un appiglio normativo nelle clausole di riserva (sussidiarietà) ovvero negli artt. 68 e 84 c.p. (consunzione), non può non concordarsi con chi evidenzia come tali referenti normativi non costituiscano invero una base sufficiente per essere considerati realmente fondativi di tali criteri. Ed infatti, come sostiene Mantovani, la dottrina che riconduce detti principi al diritto positivo non spiega *realmente* la ragione per cui essi dovrebbero operare anche al di fuori dei casi prospettati da tali riferimenti normativi, limitandosi pertanto a fondarne l'applicabilità in via analogica<sup>158</sup>.

Ma anche ragionando dichiaratamente, come fa Pagliaro<sup>159</sup>, sul piano dell'analogia, non ci si può esimere dal rilevare che della stessa manca un presupposto, ossia quello della "lacuna normativa". In altri termini, in assenza di detti criteri il campo

<sup>154</sup> Così G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 4; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 111.

<sup>155</sup> A titolo d'esempio, individuano il solo principio di sussidiarietà R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 729; A. MORO, *op. cit.*, 73 ss.; fa riferimento al solo principio di consunzione A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, *op. cit.*, 224 ss.

<sup>156</sup> Cfr., su tutti, G. BETTIOL, *op. cit.*, 651, il quale evidenzia l'impossibilità di avere sempre una netta demarcazione fra i due criteri. Ancora, nella dottrina tedesca, evidenzia la parziale sovrapponibilità dei due criteri U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW*, 1956, 399 ss. Più in generale, cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 103-104, il quale sottolinea che non solo sussidiarietà e consunzione fra loro, ma anche in relazione allo stesso principio di specialità, si sovrappongono nelle loro zone periferiche, se intesi nella loro più lata e comune accezione, concludendo nel senso che «l'assunzione di due o tre criteri non incide sulla estensione del concorso apparente, creando più ampie o più ristrette aperture, ma si riduce ad un problema di distribuzione degli stessi casi sotto l'uno o l'altro principio e, potremmo dire, ad una questione di semplificazione o di complicazione».

<sup>157</sup> In questo senso, da ultima, C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 162.

<sup>158</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 91-92.

<sup>159</sup> A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, *op. cit.*, 224 ss.

di intervento, lungi dall'essere privo di disciplina, risulterebbe essere quello del concorso formale o materiale di reati<sup>160</sup>.

Non rimane allora che passare dal piano del diritto positivo a quello dei principi, attraverso il richiamo al divieto di *bis in idem* sostanziale. Tuttavia anche questo percorso non ha ancora portato a risultati soddisfacenti. Deve infatti evidenziarsi come tale preclusione non abbia invero ricevuto elaborazioni così approfondite da poterlo realmente considerare alla stregua di un vero e proprio principio, sebbene almeno tale ultima considerazione pare destinata a mutare, alla luce delle più recenti novità in ambito europeo e convenzionale.

Il compito risulta comunque complicato, proprio a causa della mancanza di qualsiasi espresso riferimento normativo in materia, contrariamente a quanto accade sul versante processuale, che vede il divieto di doppio giudizio quantomeno consacrato all'art. 649 c.p.p.

Pertanto, anche le teorie pluraliste vanno incontro a penetranti critiche non risultando sufficienti (sia per difetto di legittimazione, sia per gli eccessivi margini di discrezionalità che lascerebbero agli organi giudicanti) a fondare un'estensione del concorso di norme oltre i casi di specialità strettamente unilaterale.

#### 6. La posizione (apparentemente) monolitica della giurisprudenza.

Volgendo lo sguardo all'esperienza giurisprudenziale la situazione sembra più definita solo ad uno sguardo superficiale. Se infatti il panorama dottrinale si presenta profondamente variegato, il diritto vivente appare fermo nel ripudiare qualsiasi criterio ulteriore rispetto a quello di specialità. In particolare, sono le stesse Sezioni Unite ad aver espresso a più riprese la necessità di una rigorosa indagine logico-strutturale in tema di concorso apparente<sup>161</sup>.

Nello specifico, i criteri deputati a regolare i casi di convergenza apparente sono esclusivamente quelli di stampo normativo, ossia l'art. 15 c.p. e le clausole di riserva

<sup>160</sup> Così, opportunamente, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 299.

<sup>161</sup> Cfr. fra le varie Cass. pen., SS. UU., 9 gennaio 2001, n. 23427, in *Riv. pen.*, 2001, 732; Cass. pen., SS. UU., 28 marzo 2001, n. 22902, in *Foro it.*, 2002, II, 572; Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, 47164, in *DeJure web*; Cass. pen., SS. UU., 19 aprile 2007, n. 16568, in *Foro it.*, 2007, 393; Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *Foro it.*, 2011, II, 682; Cass. pen., SS. UU., 23 febbraio 2017, n. 20664, in *Cass. pen.*, 2017, 2646; Cass. pen., SS. UU., 22 giugno 2017, n. 41588, in *DeJure web*.

presenti nelle singole disposizioni incriminatrici<sup>162</sup>. Seguendo queste considerazioni, anche le più recenti pronunce delle Sezioni Unite ritengono che la specialità assurga a criterio euristico di riferimento, ritenendo gli ulteriori criteri di sussidiarietà tacita e di consunzione in aperto contrasto con il principio di legalità, proprio per l'eccessiva indeterminatezza e discrezionalità che li contraddistingue<sup>163</sup>. La stessa presenza della clausola di riserva contenuta nell'art. 15 c.p. non viene ritenuta idonea a legittimare le teorie pluraliste, dal momento che essa farebbe riferimento ai soli casi di sussidiarietà espressa, in cui è la stessa norma incriminatrice, in deroga al criterio di specialità, a "cedere il passo" ad altre fattispecie, pur in assenza di un rapporto strutturale fra le stesse<sup>164</sup>.

Facendo propri i traguardi delle più moderne teorie strutturali in tema di concorso apparente di norme, la Suprema Corte ha riconosciuto l'operatività dell'art. 15 c.p. non solo nei casi di specialità unilaterale, ma ha esteso il concetto di "stessa materia" sino a ricomprendervi anche ipotesi di specialità reciproca per specificazione<sup>165</sup>, escludendo solamente quelle di specialità reciproca per aggiunta, ove ciascuna fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo

<sup>162</sup> Così, su tutte, Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, *ibid*.

<sup>163</sup> Così, Cass. pen., SS. UU., 22 giugno 2017, n. 41588, *op. cit.* ancora, Cass. pen., SS. UU., 23 febbraio 2017, n. 20664, *op. cit.*, afferma che «la loro applicazione quale criterio ermeneutico è stata ripetutamente negata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite per la mancanza di riferimenti normativi che consentano un collegamento di tale ricostruzione alla *voluntas legis*». Cfr. anche C. SILVA, *Sistema punitivo, op. cit.*, 170, la quale richiama quanto affermato da Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, *op. cit.*, a tenore della quale «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e 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. Come è stato ben chiarito, in realtà, un'esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento 'all'ordinamento penale complessivamente considerato', perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili. È vero che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie. Ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché muoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura della fattispecie».

<sup>164</sup> Su tutte, Cass. pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, *op. cit.*

<sup>165</sup> La Suprema Corte richiama, a titolo d'esempio, il rapporto intercorrente fra l'art. 581 c.p. (percosse) e l'art. 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia).



(come nel rapporto fra violenza sessuale, che presenta l'elemento della violenza o minaccia, ed incesto, che prevede il rapporto di parentela od affinità)<sup>166</sup>.

Coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza nega qualsiasi rilevanza ai beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici, affermando che si tratta di «elementi incerti quali dato di discriminazione (...), di non univoca interpretazione, e per questo suscettibili di opposte valutazioni da parte dell'interprete»<sup>167</sup>. Tuttavia, a fronte di questa apparentemente netta presa di posizione, anche il panorama giurisprudenziale, ad uno sguardo più approfondito, risulta più variegato e, a volte, persino incoerente, rispetto al quadro teorico menzionato.

Deve infatti rilevarsi come non siano infrequenti, pur a fronte di un orientamento monista maggioritario, delle derive, anche piuttosto recenti, verso le teorie pluraliste, nelle quali la cassazione ha fatto ricorso ai criteri di sussidiarietà e consunzione<sup>168</sup>.

Ancora, sebbene l'affermazione secondo cui il concetto di "stessa materia" dovrebbe essere inteso nel senso di "identità di bene giuridico" sia statuizione ormai rintracciabile solo nella giurisprudenza più risalente<sup>169</sup>, non di rado si assiste, in sentenze anche piuttosto recenti, all'affermazione di un rapporto di specialità non

<sup>166</sup> Sempre Cass. pen., SS. UU., 22 giugno 2017, n. 41588, *op. cit.* Tale sentenza riprende invero statuizioni già precedentemente sancite dalla celebre sentenza Giordano. Cfr. Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *Cass. pen.*, 2011, 3844, con nota di I. GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 3845.

<sup>167</sup> Cfr. Cass. pen., SS. UU., 23 febbraio 2017, n. 20664, *op. cit.*

<sup>168</sup> Hanno applicato il criterio di sussidiarietà Cass. pen, Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 7629, in *DeJure web*, la quale ha ritenuto che l'art. 423 c. 2 c.p. (incendio di cosa propria) sia norma sussidiaria rispetto all'art. 434 c. 2 c.p. (crollo di costruzioni), laddove il crollo dell'abitazione sia determinato dall'incendio; Cass. pen., Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, in *Foro it.*, 2009, II, 503, per quanto concerne il rapporto fra l'art. 316 *bis* (malversazione a danno dello Stato) e l'art. 640 *bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche). Fanno applicazione del criterio di consunzione Cass. pen., Sez. II, 5 giugno 2008, n. 28676, in *CED Cass.*, per il rapporto fra l'art. 640, c. 2 c.p. (truffa aggravata ai danni dello Stato) e l'art. 2 d. lgs. n. 74/2000 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), ritenendo il primo assorbito nel secondo; Cass. pen. Sez. V, 8 aprile 2014, n. 44017, in *CED Cass.* secondo cui l'art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù) assorbirebbe l'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi), laddove il primo sia commesso nei confronti del familiare o del convivente; Cass. pen, Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 8704, in *DeJure web*, che ritiene la fattispecie di cui all'art. 575 c.p. (omicidio volontario) assorbita dal delitto *ex art.* 422 c.p. (strage).

<sup>169</sup> Così Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 1961, n. 98694, in *CED Cass.*; nonché, in tema di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, Cass. pen., Sez. III, 20 marzo 2008, n. 25116, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 932, con nota di A. SMEDILE, *La circolazione di veicolo sottoposto a sequestro tra depenalizzazione e concorso di norme*, *ivi*, 940. Si evidenzia, per completezza, che la giurisprudenza più recente e nettamente maggioritaria, in tema di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, ritiene che l'art. 15 c.p. e l'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689 siano norme sostanzialmente corrispondenti, entrambe imponendo l'applicazione del principio di specialità in senso logico-strutturale. Cfr. in quest'ultimo senso, Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1963, *op. cit.*, in tema di rapporti fra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213, comma 4, c.s. (circolazione abusiva di veicolo sottoposto a sequestro amministrativo) ed art. 334 c.p. (sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa).

individuato secondo le logiche di un'indagine rigorosamente strutturale, bensì ricavato da un raffronto fra beni giuridici tutelati, dimostrando quindi la riemersione di impostazioni di stampo valoriale<sup>170</sup>.

Risulta pertanto chiara non solo la presenza di “contaminazioni” pluraliste in seno alla stessa giurisprudenza, ma, a ben vedere, sono diverse le sentenze le cui premesse, di carattere rigorosamente logico-strutturale, vengono poi disattese, sfociando in conclusioni di stampo valutativo e valoriale. Oltre ai casi in cui, come appena accennato, si ravvisa erroneamente un rapporto di specialità fra interessi tutelati, vi sono pronunce, anche molto recenti, che dopo aver richiamato i consolidati principi in tema di raffronto strutturale fra fattispecie, accolgono tuttavia, più o meno esplicitamente, anche i criteri di sussidiarietà e consunzione.

Basti qui richiamare quanto affermato in una recente pronuncia del 2016, in tema di rapporti fra gli artt. 374 *bis* (false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale) e 479 c.p. (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici)<sup>171</sup>. In tale frangente la Corte dopo aver rilevato l'esistenza di un rapporto di specialità unilaterale per aggiunta, finisce per riconoscere l'applicazione dell'art. 374 *bis* non in quanto *lex specialis*, bensì perché in grado di esaurire (consunzione) «l'intero disvalore penale del fatto medesimo, comprendendo in sé anche la tutela apprestata dall'art. 479 c.p.».

Ma vi è di più: anche in situazioni nelle quali la giurisprudenza sviluppa il proprio ragionamento prescindendo da considerazioni di carattere valoriale, le conclusioni raggiunte destano tuttavia profonde perplessità, a causa della torsione che la stessa Suprema Corte opera sul concetto di “elemento speciale”.

Caso emblematico è sicuramente quello affrontato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 1963 del 28 ottobre 2010, in tema di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale<sup>172</sup>.

In sede di determinazione della norma speciale fra il reato di cui all'art. 334 c.p.<sup>173</sup> e l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 c.s.<sup>174</sup> la Suprema Corte procede

<sup>170</sup> Evidenzia tale fenomeno A. VALLINI, *Giusti principi*, *op.cit.*, 850.

<sup>171</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13425, in *Cass. pen.*, 2016, 2905, richiamata anche da C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 146.

<sup>172</sup> Cfr. Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1963, con note di I. GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite*, *op. cit.*; A. VALLINI, *giusti principi*, *op. cit.* Evidenzia l'illogicità del percorso argomentativo della Corte anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 148 ss.

lucidamente ad illustrare la disciplina del concorso apparente di norme, secondo un impostazione logico-strutturale.

Ad una lettura delle disposizioni, risulta subito chiaro che le stesse si pongono in quella zona di confine fra concorso formale e concorso apparente, presentandosi i due illeciti in rapporto di specialità reciproca. Infatti, se da un lato l'art. 213 c.s. risulta speciale per specificazione per la condotta (la circolazione abusiva è *species* del *genus* sottrazione previsto dall'art. 334 c.p.) e per la sola natura amministrativa del sequestro (laddove la fattispecie delittuosa contempla anche quello penale)<sup>175</sup>; dall'altro il delitto contemplato nel codice penale risulta a sua volta fattispecie speciale per specificazione a causa del soggetto attivo, dal momento che l'art. 334 c.p. si caratterizza come reato proprio, integrabile dal solo custode, al contrario dell'illecito amministrativo, che sanziona "chiunque" circoli abusivamente.

Non risulta essere tuttavia questa la conclusione raggiunta dalla Corte. Invero, probabilmente a causa delle incertezze legate all'accoglimento della specialità reciproca quale ipotesi ulteriore di concorso apparente di norme<sup>176</sup>, le Sezioni Unite individuano fra i due illeciti un rapporto di sola specialità unilaterale, identificando *in toto* l'art. 213 c.s. come norma speciale e l'art. 334 c.p. come fattispecie di carattere generale. Secondo il ragionamento della Corte, tale inquadramento risulterebbe possibile poiché l'illecito amministrativo sarebbe non solo speciale per specificazione a causa della condotta e

---

<sup>173</sup> L'art. 334 c.p. recita: "chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa e affidata alla sua custodia, al solo scopo di favorire il proprietario di essa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 516.

Si applicano la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da euro 30 a euro 309 se la sottrazione, la soppressione, la distruzione, la dispersione o il deterioramento sono commessi dal proprietario della cosa affidata alla sua custodia".

<sup>174</sup> L'illecito amministrativo sanziona: "chiunque, durante il periodo in cui il veicolo è sottoposto al sequestro, circola abusivamente con il veicolo stesso è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 2.006 a euro 8.025. Si applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre mesi".

<sup>175</sup> Invero, un ulteriore elemento specializzante contenuto nella fattispecie amministrativa, non richiamato dalla sentenza ma esplicitato da A. VALLINI, *Giusti principi*, op. cit., 855, sarebbe l'oggetto materiale (il solo veicolo, in luogo di una qualsiasi cosa ex art. 334 c.p.).

<sup>176</sup> Infatti, se è vero, come nota C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 148, nota 238, che in tale sentenza può notarsi un'apertura verso la specialità bilaterale, non può non sottolinearsi che l'operatività di tale nozione di specialità risulti comunque negata anche in sentenze successive. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., SS. UU., 28 marzo 2013, n. 37425, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019); nonché Cass. pen., SS. UU., 28 marzo 2013, n. 37424, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019); entrambe con nota di A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, *ivi*, 18 settembre 2013.

della natura del sequestro, bensì anche speciale per aggiunta, laddove prevede la punibilità per chiunque in luogo dell'art. 334 c.p. che sancisce la punibilità del solo custode<sup>177</sup>.

In poche parole, la Corte ritiene che i soggetti ulteriori rispetto al solo custode rientrino nel paradigma dell'elemento aggiuntivo. Tale conclusione desta evidentemente profonde perplessità, se non altro a causa del fatto che proprio il passaggio da reato comune a reato proprio rappresenta un esempio solare di specialità fra illeciti! Non stupisce infatti che in dottrina si sia evidenziato come tale percorso argomentativo si risolva in un paradosso, o, meglio ancora, in un'antinomia, tale essendo ciò che è contrario ai principi che si ritengono ben stabiliti<sup>178</sup>.

A fronte di una simile statuizione, v'è da domandarsi, provocatoriamente, se veramente la specialità costituisca una paradigma interpretativo meno discrezionale per l'interprete.

Proprio a causa di tali considerazioni può affermarsi che la giurisprudenza si assesta su posizioni solo "di facciata" monolitiche, aprendosi in realtà, più o meno implicitamente, alle stesse problematiche che permeano il dibattito dottrinale. In particolare, la torsione interpretativa effettuata dalle Sezioni Unite nell'esempio da ultimo menzionato non può che destare profonde perplessità, tanto da chiedersi se le istanze di legalità siano veramente garantite dalla previsione del solo criterio di specialità.

#### *7. Le proposte di modifica dell'art. 15 c.p. nei lavori delle Commissioni di riforma del codice penale.*

Altra testimonianza della lacunosità dell'art. 15 c.p. si rinviene nei lavori delle varie Commissioni incaricate di riformare il codice penale.

---

<sup>177</sup> Così, testualmente, le Sezioni Unite: «c'è però, nell'art. 213, un ulteriore elemento specializzante: la circostanza che la violazione amministrativa possa essere commessa da "chiunque" e questo elemento può essere ritenuto specializzante "per aggiunta" (l'illecito può essere commesso – in aggiunta ai soggetti indicati nell'art. 334 cod. pen. – anche da persone che non hanno quelle qualità)».

<sup>178</sup> Così, efficacemente, A. VALLINI, *Giusti principi*, op. cit., 855.

Il riferimento è, come noto, alle Commissioni Pagliaro (1991), Grosso (1999), Nordio (2004) e Pisapia (2006)<sup>179</sup>.

Ad una rapida lettura degli articolati proposti dalle differenti Commissioni, può infatti notarsi non solo lo sforzo di predisporre una disciplina più dettagliata per quanto concerne il concorso apparente di norme e, più in generale, per l'interpretazione e l'applicazione della legge penale, ma anche la presenza, in ogni proposta, del richiamo al principio di *ne bis in idem* sostanziale, quale principio ispiratore (o, meglio, regolatore) della convergenza di fattispecie.

Partendo da quanto affermato dalla Commissione Pagliaro, a venire in gioco è l'art. 4.2, che prescriveva al legislatore delegato di «risolvere il concorso di norme prevedendo che la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla disposizione di legge generale e comunque nel rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale»<sup>180</sup>.

Sul punto, l'orientamento della Commissione è chiaro: «rispetto al concorso di norme, il principio del *ne bis in idem* sostanziale esprime una esigenza di proporzionalità tra fatto e sanzione, che va salvaguardata con la adozione di adeguati criteri risolutivi»<sup>181</sup>.

Tale impostazione trova poi ulteriore conferma nei lavori delle Commissioni successive.

Così nella Commissione Grosso, nella cui relazione preliminare si afferma: «il principio secondo cui la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale costituisce regola comunemente riconosciuta da tutte le legislazioni penali europee. Esso, tradizionalmente, si riferisce ai rapporti di c.d. specialità in astratto fra due o più norme penali. L'esperienza giurisprudenziale e dottrinale ha rivelato come il principio di specialità in astratto sia tuttavia inadeguato a rappresentare tutte le ipotesi in cui deve riconoscersi concorso apparente di norme coesistenti: la elaborazione dei criteri della sussidiarietà, dell'assorbimento e della consunzione da un lato, della specialità in concreto e della specialità bilaterale nelle sue diverse specificazioni dall'altro, stanno a dimostrare l'esigenza di impedire che il soggetto agente, pur in assenza di situazioni di specialità in astratto, sia chiamato a

<sup>179</sup> Con particolare riferimento al progetto Pagliaro, si rimanda in particolare a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 1 ss.

<sup>180</sup> Cfr. *Relazione sullo schema di delega legislativa*, op.cit., 309.

<sup>181</sup> Così sempre la relazione, *ibid.*; cfr. anche A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 257.

rispondere della violazione di più norme penali quando una di esse sia comunque in grado di comprendere per intero il disvalore del fatto (c.d. *ne bis in idem* sostanziale).

In questa prospettiva la Commissione, recependo quanto era già stato previsto dal progetto Pagliaro, ha ritenuto di prevedere nell'art. 4, a fianco del principio di specialità in astratto, che 'quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore', chiamando in questo modo l'interprete a valutare se, in mancanza appunto della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la, o le offese, realizzate dal fatto posto in essere»<sup>182</sup>.

Sulla stessa scia, l'art. 4 dell'articolato della Commissione Grosso (26 maggio 2001), prevedeva che: «salvo che sia altrimenti stabilito, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale». Specificando tuttavia al secondo comma che «quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore»<sup>183</sup>.

Impostazione, questa, seguita infine anche dalle Commissioni Nordio e Pisapia. La prima, all'art. 8 della articolato, prevedeva che: «quando più norme penali appaiono applicabili al medesimo fatto, la norma speciale prevale su quella generale, salvo che sia diversamente stabilito.

Quando più norme prevedono come reato fatti diversi che costituiscono insieme un reato complesso, si applica soltanto la norma che prevede il reato complesso, salvi i casi in cui la legge stabilisca diversamente.

In ogni caso nessuno può essere punito più di una volta per il medesimo fatto»<sup>184</sup>.

La seconda, al punto b dell'art. 5 della bozza di articolato, sanciva che: «in caso di concorso di norme, nel rispetto del *ne bis in idem* sostanziale, la legge o la disposizione di legge speciale deroghi alla legge o alla disposizione di legge generale,

---

<sup>182</sup> Cfr. Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000), in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ult. acc. 15/10/2019). Cfr. inoltre A. PAGLIARO, *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1999, 1184 ss.

<sup>183</sup> Cfr. Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Articolato 26 maggio 2001, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ult. acc. 15.10.2019).

<sup>184</sup> Si veda A. PAGLIARO, *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 1/2005, 244 ss.

salvo che sia diversamente stabilito, e che quando un medesimo fatto sia riconducibile a più disposizioni di legge, si applichi la norma che ne esprime per intero il disvalore»<sup>185</sup>.

In definitiva, può notarsi come tutte le Commissioni si siano mosse spinte dall'esigenza di "andar oltre" la specialità unilaterale, richiamando tanto il principio di *ne bis in idem* sostanziale, quanto l'applicazione della norma più grave.

Anche in queste formulazioni, tuttavia, permangono talune perplessità: un generico richiamo al *ne bis in idem* sostanziale, stante la mancanza d'identità di vedute circa la sua portata, non è comunque in grado di fornire alcuna sostanziale indicazione utile ad orientare l'interprete. Ancora, lo stesso requisito dell'*idem*, declinato nelle varie bozze degli articolati come "medesimo fatto", manca di sufficiente determinatezza, non solo per la circostanza che il medesimo fatto è concetto che può anche rievocare approcci naturalistici sul tema (come la specialità in concreto), bensì anche in considerazione del fatto che lo stesso può essere diversamente inteso a seconda che con esso s'intenda la sola condotta, ovvero che il requisito della medesimezza debba ricoprire anche altri elementi, quali l'oggetto materiale della condotta o l'evento<sup>186</sup>.

*8. La necessità di "andare oltre" il principio di specialità logico-formale e l'insuperabilità delle critiche mosse a tutte le impostazioni teoriche sul tema: una nuova indagine alla luce dell'esperienza sovranazionale europea.*

Il quadro tratteggiato sino ad ora non è fra i più confortanti: le derive pluraliste della cassazione, la surrettizia valorizzazione del bene giuridico nell'interpretazione del concetto di stessa materia, le torsioni interpretative dell'art. 15 c.p., tali da capovolgere la relazione di genere a specie, come nel caso del rapporto fra reato comune e reato proprio, costituiscono evidenti sintomi di un più profondo problema. Invero, detti *escamotage* interpretativi non sono altro che la logica conseguenza dell'incapacità del

<sup>185</sup> Cfr. Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Proposta di articolato, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ult. acc. 15.10.2019).

<sup>186</sup> Emblematica l'affermazione fatta nell'introduzione dei lavori della Commissione Nordio, nella quale, dopo aver identificato nel *ne bis in idem* sostanziale il principio da affiancare a quello di specialità, specifica tuttavia che «la discussione è stata invece molto articolata in merito alla formulazione positiva che esso doveva assumere e sui rapporti da instaurare fra i due criteri accolti. In proposito, la maggioranza ha accolto una soluzione che indica solo il risultato finale da tutti condiviso: l'inapplicabilità di una pluralità di pene per un medesimo fatto». In questo senso, non si è in realtà delineato un vero e proprio perimetro concettuale del principio, limitandosi a prevedere una mera e non meglio precisata regola di chiusura del sistema: in ogni caso, nessuno potrà essere punito più di una volta per un medesimo fatto.

solo principio di specialità unilaterale di abbracciare tutti i casi che, a vario titolo, si ritiene debbano sottostare alla disciplina del concorso apparente di norme, piuttosto che a quella del concorso, formale o materiale, di reati. Incapacità infine evidenziata anche dai lavori delle Commissioni di riforma del codice penale, accumulati dalla necessità di superare l'attuale dato normativo dell'art. 15 c.p.

Parallelamente, il dibattito dottrinale è nato e si è evoluto proprio da questa ormai scontata, eppure foriera di intricatissimi dibattiti teorici ed applicativi, considerazione.

Certamente, la specialità è “criterio fuori discussione”<sup>187</sup>, ed anche “invalicabile punto” nella disciplina del concorso apparente<sup>188</sup>. A conti fatti, tuttavia, il suo riconoscimento non è risultato nemmeno sufficiente a circoscrivere la convergenza apparente di norme ai soli casi di reale medesimezza del fatto! Risulta infatti chiaro che in tanto può procedersi ad un raffronto strutturale fra fattispecie, in quanto le stesse vengano integrate mediante il compimento di un'unica condotta (seppur, ovviamente, declinabile sotto descrizioni del tipo legale differenti, perché strutturalmente in rapporto di genere a specie). Tuttavia, tale circostanza non ha impedito la nascita di tentativi atti ad estendere il concorso apparente ad ipotesi in cui non solo si è in presenza di condotte differenti, ma addirittura in situazioni, quali quelle di antefatto e postfatto non punibili, in cui le stesse si situano a notevole distanza spaziale e temporale!

Muovendo un passo ulteriore, si può senza clamore affermare che i veri punti fermi sul tema risultano essere, in definitiva, la specialità unilaterale e la sua insostenibile insufficienza.

Proprio per questo motivo si è ritenuto necessario agire in via interpretativa, al fine di “correggere” la portata dell'art. 15 c.p.

Eppure, nell'*excursus* effettuato sul tema, l'unica certezza emersa è che tutte le soluzioni prospettate scontano critiche non superabili. Non deve infatti stupire se, proprio a causa di tali perduranti incertezze, in dottrina si è anche prospettato di approcciarsi al problema attraverso la scelta del “meno peggio come misura del valido”<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> G. BETTIOL, *op. cit.*, 651.

<sup>188</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 78.

<sup>189</sup> Il riferimento è a C. SOTIS, *op. cit.*, 466 e ss.



Si afferma infatti che «chiunque, con un piccolo sforzo di immaginazione, non avrà difficoltà a trovare esempi e argomenti con cui fare cadere in contraddizione qualunque teoria», rendendosi pertanto necessario accettare che nessuna impostazione risulterà, a conti fatti, pienamente soddisfacente»<sup>190</sup>.

Allo stato dell'arte, risulta difficile non concordare con siffatte affermazioni. Tuttavia, prima di cedere il passo alla logica del “meno peggio”, si ritiene quantomeno necessario rinnovare l'indagine sul tema, proprio a fronte delle più recenti prese di posizione della giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* processuale e doppio binario sanzionatorio.

Infatti, la rinnovata attenzione per il divieto di doppio giudizio risulta oggi foriera di implicazioni non solo sul piano processuale, bensì pure su quello sostanziale del divieto di doppia punizione. In estrema sintesi, si rende necessario comprendere se il divieto sostanziale di *bis in idem* risulti espressione di mere aspirazioni equitative, oppure se abbia ottenuto una forza sufficiente ad imporsi come vero e proprio principio regolatore della materia qui esaminata.

Una volta risposto a tale quesito, sarà necessario proseguire nel tentativo di comprendere quali, o quale, criteri debbano essere affiancati a quello di stretta specialità. Sotto questo punto di vista, si concorda con l'affermazione secondo cui «la scelta della soluzione unitaria o della soluzione pluralistica deve, pertanto, costituire la conclusione, e non già la premessa, di un corretto ragionamento sulla tematica del rapporto tra norme coesistenti»<sup>191</sup>.

Sotto questo punto di vista, se è vero, come già si è avuto modo di sottolineare, che il *ne bis in idem* sostanziale viene tradizionalmente richiamato come criterio fondante dalle teorie pluraliste, tuttavia non può aprioristicamente affermarsi che dal riconoscimento del primo derivi automaticamente una legittimazione delle seconde. Infatti, il divieto di doppia punizione viene sovente richiamato anche dai sostenitori della specialità bilaterale, che ravvisano l'*idem* nel “nucleo comune” a due fattispecie fra loro speciali (*bis*), nonché da quelli della specialità in concreto, che si rifanno ad un vero e proprio *ne bis in idem factum*<sup>192</sup>.

<sup>190</sup> Sempre C. SOTIS, *op. cit.*, 466-467.

<sup>191</sup> Così, testualmente, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali, op. cit.*, 186.

<sup>192</sup> Si veda, per la specialità bilaterale, la teorica di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit., passim*. Per quanto concerne la specialità in concreto M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 162.

Infine, si dovrà procedere a “testare” la portata di un’eventuale principio di *ne bis in idem* sostanziale in relazione ai casi di concorso formale di reati, dal momento che l’art. 81, c. 1 c.p. rappresenta, a tutti gli effetti, un caso positivizzato di *bis in idem* sanzionatorio.

## SEZ II: IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DELLE IPOTESI DI CONVERGENZA

**Sommario:** 1. Dal codice Zanardelli alla riforma del 1974. Dall’assorbimento al cumulo sanzionatorio. 2. Le prospettive di riforma del concorso di reati: i progetti di riforma del codice penale. 3. Dosimetria sanzionatoria fra cumulo giuridico extraeditale ed intraeditale.

### *1. Dal codice Zanardelli alla riforma del 1974. Dall’assorbimento al cumulo sanzionatorio.*

Riprendendo la frase conclusiva della prima sezione, la chiamata in causa del divieto di *bis in idem* impone di ampliare lo spettro dell’indagine oltre il fenomeno della convergenza di norme, al fine di vagliarne la portata anche con riferimento al concorso formale di reati.

Già si è accennato al fatto che la problematica distinzione fra convergenza reale ed apparente si è posta con forza solo in seguito all’entrata in vigore del codice Rocco, il quale ha per la prima volta distinto i due fenomeni dal punto di vista della risposta sanzionatoria<sup>193</sup>.

L’art. 78 del codice Zanardelli recitava infatti: “Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave”, prevedendo quindi tanto per i casi di concorso formale, quanto per quelli di concorso apparente, il criterio dell’assorbimento. Non deve pertanto stupire che in dottrina si sia affermato che, sotto la vigenza del vecchio codice, «se anche anteriormente i casi di concorso apparente venivano risolti come concorso di reati la

---

<sup>193</sup> Si veda *infra* sez. I, par. 1, nota 2.

soluzione finiva per essere, il più delle volte, corretta, poiché si applicava solo la pena per il reato più grave e le altre venivano assorbite»<sup>194</sup>.

Detta equiparazione, se da un lato aveva il pregio di eludere la questione della distinzione dei due fenomeni, dall'altra risultava tuttavia discutibile, dal momento che, da un punto di vista tanto logico quanto giuridico-penale, in un caso vi sono più reati, mentre nell'altro uno solo<sup>195</sup>. Non può infatti sottacersi che, pur a fronte di un'unica azione, differenti possono essere gli eventi, o financo i coefficienti psicologici. Ancora, diversi possono anche essere gli interessi lesi dalla condotta del soggetto agente. Elementi, questi, che non trovavano spazio nella disciplina dell'art. 78, cedendo il passo a considerazioni di pura dosimetria sanzionatoria<sup>196</sup>. Ed infatti, la questione del come mai l'elisione di molteplici fattispecie comportasse comunque l'applicazione di un'unica pena corrispondente a quella più grave, risultava difficilmente spiegabile per la dottrina dell'epoca<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Cfr. G. DELITALA, *Concorso di norme*, op. cit., 104. In senso analogo cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 367 s.; C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 93. Cfr. inoltre O. VANNINI, *Assorbimento e progressione criminosa nel nuovo codice (art. 15, 81 c.p.)*, in AA. VV., *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, I, Bologna, 1932, 32 ss. Del resto, l'equiparazione dal punto di vista sanzionatorio, unitamente al fatto che i vari lavori preparatori del codice del 1889 hanno alternativamente fatto riferimento a espressioni quali "medesimo fatto" e "medesima azione", per indicare le ipotesi di concorso formale, ha indotto taluno a ritenere che l'art. 78 non fosse destinato a disciplinare i casi di concorso formale, quanto piuttosto quelli di concorso apparente di norme. In quest'ultimo senso, cfr. R. MESSINA, *Concorso formale di reati*, Milano, 1979, 17 ss., in particolare 25 ss. Lo stesso Delitala, che qualifica il disposto dell'art. 78 sotto la disciplina del concorso formale di reati, afferma tuttavia in alcuni scritti che lo stesso potesse valere anche nelle ipotesi di concorso apparente. Cfr. G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Vol. I, 1976, 149 ss. Cfr. anche, per maggiori approfondimenti, S. PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984, 3 ss.

<sup>195</sup> Così I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 368. Il quale evidenzia come, in tale frangente, tale equiparazione risulterebbe tuttavia preferibile, se rapportata alle profonde problematiche connesse al rapporto fra convergenza reale ed apparente, valorizzando il momento della commisurazione della pena piuttosto che quello, iniziale, dell'individuazione della tipologia di concorso. In questo senso, l'Autore richiama anche il codice penale toscano del 1853, anch'esso volto a valorizzare il momento sanzionatorio, che all'art. 81 stabiliva: «se un'azione può costituire più titoli di delitto, deve sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave; e questa pena, ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto». In tale frangente tuttavia, si sottolinea che non può parlarsi di un vero e proprio assorbimento. Certamente, in ogni caso si applica la pena più grave, ma la stessa subiva, entro i propri limiti edittali, un accrescimento di pena, dovuta alla violazione di plurime fattispecie, dando pertanto vita ad un cumulo giuridico intraeditale. Per maggiori approfondimenti cfr. D. BRUNELLI, op. cit., 19 ss.; G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, II, Pistoia, 1855, 265.

<sup>196</sup> Non stupisce infatti se, nella dottrina dell'epoca, si precisava che l'art. 78 sancisse «prevalenza di pena e non prevalenza di reato». Così, B. ALIMENA, *Del concorso di reati e di pene*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia giuridica italiana*, V, Milano, 1904, 450 ss.; B. IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, I, Firenze, 1890, richiamati da D. BRUNELLI, op. cit., 39.

<sup>197</sup> Per maggiori approfondimenti cfr., su tutti, D. BRUNELLI, op. cit., 31 ss., il quale, nel tratteggiare il panorama dottrinale dell'epoca, richiama le impostazioni di B. ALIMENA, *ibid*; G. CASTORI, *Concorso di*

Tale criticità emerge infatti con chiarezza dai lavori preparatori del codice Rocco, che ha attuato una vera e propria “rivoluzione copernicana” in tema di concorso di norme<sup>198</sup>, in cui si afferma che nei casi di convergenza apparente «il reato rimane unico, nonostante la pluralità delle norme giuridiche che lo prevedono, e si è fuori quindi dall’istituto del concorso di reato», mentre nei casi di concorso formale «alla pluralità effettiva dei beni violati corrisponde una pluralità d’infrazioni giuridiche, nonostante l’apparente unicità del processo esecutivo, con cui esse sono commesse, e si versa, quindi, precisamente in tema di concorso di reati»<sup>199</sup>.

In questo senso, il tecnicismo giuridico che ha contraddistinto la compilazione del codice del 1930, nonché l’estremo rigore proprio dell’ideologia autoritaria dell’epoca, hanno comportato l’adozione di una disciplina del tutto opposta a quella del codice Zanardelli. Se da un lato l’art. 15 c.p. sanciva (e sancisce) l’applicazione della sola norma speciale nei casi di concorso apparente di norme, dall’altro il concorso formale veniva del tutto equiparato a quello materiale. Il ragionamento dietro tale scelta era spietatamente logico: dal momento che più sono i reati, allora gli stessi devono essere puniti con una pena complessiva che equivale alla somma delle singole pene previste da ogni fattispecie. Nessuna attenuazione del rigore sanzionatorio veniva pertanto riconnessa alla circostanza che, comunque, la plurima violazione di fattispecie penali si rendeva possibile attraverso il compimento di una ed una sola condotta e non attraverso molteplici azioni od omissioni. Nessuno spazio si veniva concesso a formule sanzionatorie più attenuate rispetto al cumulo materiale.

Affermava infatti la previgente versione dell’art. 81 c.p. che «chi, con una sola azione od omissione, viola diverse disposizioni di legge o commette più violazioni della stessa disposizione di legge è punito a norma degli articoli precedenti», disciplinanti il concorso materiale di reati.

---

*reati e di pene*, in P. COGLIOLO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, I, pt. III, Milano, 1889, 1314 ss.; G.B. IMPALLOMENI, *ibid.*; L. MASUCCI, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. It.*, VIII, pt. I, Torino, 1896, p. 415. Per una critica delle impostazioni dottrinali sviluppatasi sull’art. 78 del codice Zanardelli cfr. inoltre O. VANNINI, *op. cit.*, 32 ss.

<sup>198</sup> Così, efficacemente, D. BRUNELLI, *op. cit.*, 100 s.

<sup>199</sup> Cfr. i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, pt. II, Roma, 1929, 131 ss., richiamati opportunamente anche da I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 369.

Solo da questo momento, pertanto, s'impone con forza l'esigenza di discernere con precisione i casi di convergenza reale ed apparente, dal momento che il concorso formale non veniva più trattato alla stregua di un concorso apparente di norme<sup>200</sup>.

L'estremo rigore sanzionatorio introdotto dal legislatore del '30 troverà poi un freno con la riforma del 1974, che ha introdotto il più mite sistema del cumulo giuridico al posto del cumulo materiale delle pene<sup>201</sup>.

Nel dettaglio, dispone ora l'art. 81 c.p. che «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», con la precisazione che la pena così risultante non può comunque essere superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione degli articoli precedenti<sup>202</sup>.

In questo modo, il concorso formale viene a porsi, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, quale “via di mezzo”, risultando di fatto un “ibrido”, come è stato definito in dottrina, che predispone effetti giuridici intermedi fra quelli del reato unico e quelli del concorso materiale di reati<sup>203</sup>.

Infine, l'esigenza di mitigare, in determinate situazioni, la risposta sanzionatoria emerge anche dalla previsione, al secondo comma dell'art. 81 c.p. (e già prevista dal legislatore del '30), del cumulo giuridico anche nei casi di reato continuato, tanto omogeneo quanto eterogeneo, nonostante in tale ipotesi difetti il presupposto della unità di azione<sup>204</sup>. In tale frangente, l'unicità del disegno criminoso, nonostante la presenza di distinte fattispecie commesse con distinte condotte, risulta elemento giustificativo di una risposta sanzionatoria più mite rispetto al mero cumulo materiale delle pene.

---

<sup>200</sup> In questo senso cfr., su tutti, I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 369.

<sup>201</sup> Cfr. art. 8, D.L. n. 99/1974, convertito in l., n. 220/1974. Per approfondimenti relativi a tale modifica legislativa cfr. G. FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 506 ss.; G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, I, Milano, 1975.

<sup>202</sup> Per approfondimenti cfr. D. BRUNELLI, op. cit., 163 ss.; V.B. MUSCATIELLO, op. cit., 102 ss.

<sup>203</sup> Così, sempre, D. BRUNELLI, op. cit., 165-166.

<sup>204</sup> Recita il secondo comma dell'art. 81 c.p.: «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».

2. *Le prospettive di riforma del concorso di reati: i progetti di riforma del codice penale.*

La travagliata storia del concorso formale non si è tuttavia esaurita con la novella del 1974. Basta infatti volgere nuovamente lo sguardo ai progetti di riforma del codice penale susseguitisi negli ultimi anni, per notare la comune intenzione delle varie Commissioni di procedere a riformulare la disciplina del concorso di reati. Invero, i motivi alla base di queste istanze di revisione sono molteplici, per lo più legati al terreno della tecnica di redazione legislativa dell'art. 81 c.p., caratterizzata da lacune e da difetti di formulazione<sup>205</sup>. Tuttavia, l'aspetto che più preme evidenziare in questa sede è un altro, ossia l'esigenza, comune ai vari progetti di riforma, di intervenire al fine di mitigare ulteriormente il trattamento sanzionatorio nei casi di concorso di reati.

Per quanto concerne il concorso materiale di reati, l'abbandono del cumulo materiale, considerato troppo afflittivo per il reo, in favore di un cumulo giuridico extraeditale, risulta essere opzione comune a tutte le Commissioni, le cui proposte divergono soltanto nell'identificazione del *quantum* del cumulo. Abbandonata la mera somma aritmetica delle pene, da considerarsi esclusivamente come opzione di *favor rei* nel caso in cui il *quantum* risultante dall'applicazione del cumulo giuridico fosse comunque superiore a quello materiale, le Commissioni Pagliaro (art. 33) e Nordio (art. 96) predisponavano un aumento sino al quadruplo, mentre le commissioni Grosso (art.75) e Pisapia (19) sino al triplo.

Sul fronte del concorso formale, il *trait d'union* è sicuramente rappresentato dalla volontà di mantenere una risposta sanzionatoria comune sia per i casi di concorso ideale che per i casi di reato continuato, divergendo sul solo fronte della dosimetria sanzionatoria; se le Commissioni Pagliaro (art. 33) e Nordio (art. 97) ripropongono l'aumento sino al triplo già previsto dall'attuale art. 81 c.p., i lavori delle altre

---

<sup>205</sup> Il riferimento è chiaramente all'assenza di qualsiasi precisazione circa l'applicabilità o meno del cumulo giuridico anche nei casi in cui i reati in concorso formale prevedano pene di specie diversa; ancora, ai casi di concorso formale fra delitti e contravvenzioni; infine, lo stesso concetto di "sanzione più grave" impone di precisare se lo stesso vada determinato in astratto, sulla base delle mere cornici editali delle fattispecie di volta in volta considerate, ovvero in concreto, come sanzione più grave in concreto applicabile all'esito del procedimento di commisurazione della pena e del calcolo delle circostanze. Per approfondimenti cfr., *ex multis*, F. LEPRI, *Continuazione tra reati, cumulo giuridico ed individuazione della violazione più grave: l'ultima parola alle Sezioni Unite?*, in *Riv. pen.*, 1992, 1062 ss.; V. PATANÉ, *Reati puniti con pene diverse e loro unificazione per concorso formale o per continuazione*, in *Giust. pen.*, 1977, II, 379 ss.

Commissioni presentano al contrario l'adozione di un cumulo giuridico sì extraeditale, ma il cui aumento, da operarsi sulla pena più grave, risulta essere minore: fino al doppio, nell'articolato della Commissione Pisapia (art. 19), solamente fino alla metà, in quello proposto dalla Commissione Grosso (art. 76). Con la doverosa precisazione che, in ogni caso, anche in tale frangente non potrà comminarsi una sanzione più grave di quella risultante dalla mera somma aritmetica delle singole pene di volta in volta considerate<sup>206</sup>.

Tuttavia, aldilà della determinazione del *quantum* dei vari cumuli giuridici, vale la pena soffermarsi nello specifico su quanto disciplinato dalla Commissione Pagliaro, che si dimostra invero l'unica a prevedere esplicitamente “echi di *ne bis in idem* sostanziale” al di fuori della disciplina della convergenza apparente, toccando direttamente anche quella della convergenza reale.

Dispone infatti l'art. 33.1 dell'articolato che, nei casi di concorso materiale di reati, « ai fini dell'aumento, gli elementi di disvalore, che in concreto siano comuni a più reati, sono presi in considerazione una sola volta». Ancora, con riferimento tanto al concorso materiale, quanto a quello formale, l'art. 33.4 specifica che «nella determinazione dell'aumento si tenga conto del disvalore complessivo dei fatti».

Affermazioni che certamente possono risultare scontate, ma che tuttavia dimostrano come, nel pensiero della commissione, il rapporto fra proporzione e sanzione a cui si ispira il *ne bis in idem* sostanziale non ha implicazioni solo sul terreno del concorso apparente, come divieto di doppia punizione, ma esercita un'influenza anche sulla dosimetria sanzionatoria dei casi di convergenza reale, come divieto di *eccessiva* punizione.

A riprova di tale circostanza, la relazione che accompagna l'articolato è netta. Nella valutazione dell'abbandono del cumulo materiale «non si è riconosciuta validità alla stantia (e mai provata) affermazione dottrinale che la sofferenza legata alla pena cresca in proporzione geometrica rispetto alla sua durata; piuttosto, si è rilevato che la carriera criminale di un soggetto e la sua vita stessa hanno limiti temporali e che perciò non serve prolungare esageratamente la durata delle sanzioni detentive (che rimangono sullo sfondo di ogni sanzione penale) in rapporto proporzionale al numero dei reati

---

<sup>206</sup> A tali limiti ogni commissione prevede poi tutta una serie di ulteriori limitazioni al cumulo delle sanzioni che ripropongono, seppur con diverse sfumature, quelli attualmente disciplinati dagli artt. 72 e ss. in tema di concorso materiale e formale di reati.

commessi. E' assai più opportuno ricercare la pena complessiva che riflette nel modo migliore il disvalore concreto di tutti i fatti». Ancora, «il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale anche in tema di concorso di reati esige poi che i momenti di disvalore comuni a più reati possano essere considerati una sola volta. Oltre al vantaggio di ottenere un risultato più giusto, questa scelta normativa (art. 33.1) consente di sdrammatizzare molte questioni che adesso sorgono in tema di rapporti tra concorso di reati e concorso apparente di norme incriminatrici»<sup>207</sup>.

### 3. *Dosimetria sanzionatoria fra cumulo giuridico extraedittale ed intraedittale.*

Tentando di tirare i fili del discorso, la tematica della convergenza di fattispecie non presenta “soltanto” il classico problema del confine fra concorso formale di reati e concorso apparente di norme, bensì anche la diversa, seppur connessa, questione del “quanto punire”, attinente alla dosimetria sanzionatoria del concorso di reati. Tale affermazione è ancora più pregnante se si ritiene di dover indagare più diffusamente sul divieto sostanziale di *bis in idem*. Sotto questo punto di vista, ad entrare in gioco è infatti anche la questione della necessaria proporzione fra fatto e sanzione. Proporzionalità che non si esplica solo nell’equazione un fatto – una pena, ovvero più fatti – più pene; bensì anche nella diversa accezione del “quanto punire”.

Invero, non c’è bisogno di fare appello al principio di *ne bis in idem* sostanziale per accorgersi del rigore sanzionatorio che caratterizza la scelta del nostro legislatore. La stessa Commissione Grosso, nel giustificare l’adozione del cumulo giuridico nei casi di concorso materiale, e nel prevederne una forma più mitigata nei casi di concorso formale, propone «il superamento del criterio del cumulo materiale, e la generalizzazione del criterio del cumulo giuridico, secondo la linea di tendenza prevalente nei codici europei recenti. L’adozione, nel codice Rocco, del cumulo materiale (temperato “dall'esterno”, nel massimo, dal limite del quintuplo della pena per il reato più grave) è stata una scelta di grandissimo rigore, effettuata in coerenza con una

---

<sup>207</sup> Cfr. *Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ult. acc. 15/10/2019). Cfr. anche A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega, op. cit.*, 277 s.



complessiva concezione autoritaria, diversa da quella oggi prevalente nel movimento internazionale di riforma»<sup>208</sup>.

Sotto questo punto di vista, può anzi notarsi come molte legislazioni si affidano a risposte sanzionatorie che non prevedono ipotesi di cumuli punitivi extraedittali, agendo al contrario attraverso la previsione di cumuli giuridici intraedittali, ispirati al principio dell'assorbimento.

Nello specifico, il § 52 StGB canonizza, per i casi di concorso formale, il principio generale per cui deve essere applicata una sola pena, fissando, per le ipotesi di concorso eterogeneo, una sorta di "assorbimento inasprito"<sup>209</sup>. In questo senso, la cornice edittale viene determinata attraverso il principio della combinazione fra le varie sanzioni previste dalle singole fattispecie in concorso formale. Il massimo edittale dovrà coincidere con il massimo edittale più elevato fra le fattispecie in questione e si dovrà prendere il minimo edittale più elevato per completare i due estremi della cornice sanzionatoria. In questo modo, è ben possibile che la pena così risultante sia composta da un minimo ed un massimo appartenenti a fattispecie differenti. Nella determinazione della sanzione, il giudice dovrà tenere conto della situazione concreta, ovvero dei limiti edittali come determinati dall'eventuale presenza di circostanze aggravanti od attenuanti<sup>210</sup>.

Sulla stessa scia si segnala l'esperienza spagnola, che in tema di *Concurso Ideal* afferma che in caso di più violazioni per lo stesso fatto si "applica nella metà superiore dell'intervallo edittale la pena prevista per la violazione più grave, senza poter superare la somma delle pene che si sarebbero applicate punendo le infrazioni separatamente"<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> Cfr. *Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000)*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>209</sup> Così recita il § 52 StGB: "se sono violate più disposizioni penali, la pena è stabilita in base alla disposizione che prevede la pena più grave. Essa non può essere inferiore alla pena minima consentita dalle altre leggi applicabili" ("*Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen*"). Cfr. per la versione in entrambe le lingue S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

<sup>210</sup> La precisazione è doverosa in quanto l'esperienza tedesca prevede specifiche ipotesi di modificazione della pena (c.d. *strafänderungsgründe*), che comportano la fissazione di un differente limite edittale, massimo o minimo, oppure un'autonoma ridefinizione dell'intera cornice di pena. Per approfondimenti, si veda A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 315 ss.

<sup>211</sup> Testualmente: "*En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran sepa-radamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado*". L'incipit "nel primo caso" si riferisce al fatto che il primo

Pertanto, anche tale disciplina prevede un'ipotesi di assorbimento inasprito, nella quale si assiste ad una compressione della cornice sanzionatoria relativa al reato più grave. Compressione, che segue uno schema analogo a quanto previsto all'art. 66 c. 3 c.p. in materia di circostanze aggravanti<sup>212</sup>.

Infine, merita menzione anche la disciplina prevista dal legislatore olandese, che dedica un titolo del codice penale appositamente al fenomeno della convergenza, presentando una risposta sanzionatoria di estremo favore, anche se raffrontata alle esperienze tedesca e spagnola. Nello specifico, il concorso formale, previsto all'art. 55, viene sanzionato attraverso un assorbimento "puro", analogamente a quanto disponeva il vecchio codice Zanardelli<sup>213</sup>.

Può pertanto notarsi, già ad un superficiale sguardo ad altre esperienze europee, che la disciplina italiana, seppur mitigata dalla riforma del 1974, risulta connotata da grande rigore<sup>214</sup>.

Proprio tali circostanze inducono a ritenere che, nei casi di convergenza reale, prim'ancora che interrogarsi sul *quantum* del cumulo, si dovrà valutare l'opportunità di *quale* cumulo, infra od extraeditale, sia più coerente predisporre, specie ove si ritenga che il *ne bis in idem* sostanziale possa assurgere a principio cogente in materia penale.

Certamente, non ci si può soffermare esclusivamente sulla generale "maggiore mitezza" riscontrabile nelle legislazioni straniere per giustificare l'adozione di un trattamento sanzionatorio più lieve. Illuminante, in proposito, è quanto evidenzia Papa circa l'influenza che la misura delle pene edittali delle singole norme di parte speciale può avere nella scelta di che regime sanzionatorio predisporre nei casi di concorso di reati. L'Autore, richiamando le autorevoli parole di Carrara<sup>215</sup>, afferma che il metodo dell'assorbimento è riposta sanzionatoria che ben può figurare nelle legislazioni più

---

comma dell'art. 77 fa riferimento, oltre al concorso ideale, anche a quello mediato, che si verifica nel caso in cui una violazione risulta essere il mezzo necessario per compierne un'altra, le cui conseguenze sanzionatorie sono stabilite dal 3° comma dell'art. 77. Per approfondimenti cfr. F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÀN, *Derecho Penal, parte general*, Valencia, 2010; L. RODRIGUES RAMOS, *op. cit.*

<sup>212</sup> Dispone infatti l'art. 66, comma 3° che "*Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito*".

<sup>213</sup> L'art. 55, che al secondo comma sancisce il principio di specialità, stabilisce al primo comma che: "*If an offence is punishable under more than one criminal provision, only one of these provisions shall apply. Where these provisions differ, the one which carries the severest punishment shall apply*", mentre il successivo art. 56 prevede analoga disciplina sanzionatoria per i casi di *continuous act*.

<sup>214</sup> Oltre alle discipline straniere citate, cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione, op. cit.*, 378-379, il quale evidenzia come una risposta sanzionatoria comunque contenuta entro i limiti della "pena più grave" è riscontrabile non solo negli ordinamenti spagnolo e tedesco, bensì anche in quello inglese.

<sup>215</sup> Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, II, Firenze, 1924, 152.

severe, proprio a causa della loro “soverchiante severità”. «Per converso, la presenza di pene miti può talora suggerire l’adozione del cumulo materiale ovvero, tornando al concorso apparente, l’adozione del solo criterio di specialità unilaterale. Significativa anche la presenza di un compasso edittale ampio o viceversa ridotto»<sup>216</sup>. Ancora, tanto più un ordinamento si caratterizza per la previsione di cornici edittali ampie, tanto più sarà “giustificabile” muoversi verso l’alto nel caso di un’eventuale plurioffensività del fatto storico, senza “scomodare” il cumulo sanzionatorio.

In questo senso, l’individuazione della dosimetria sanzionatoria più idonea per i casi di concorso di norme o di reati dovrebbe tener conto anche del grado di severità che mediamente informa le fattispecie penali che l’ordinamento predispose.

Già da queste primissime battute è pertanto possibile trarre un primo indizio, la cui validazione impone un’analisi ad ampio respiro sulla proiezione sostanziale del divieto di *bis in idem*, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, a causa del fatto che la predisposizione di un cumulo giuridico extraedittale, per definizione, predispose una porzione di sanzione “ulteriore” rispetto a quelle proprie dei reati in questione (ed infatti ogni Commissione si premura di precisare che, in ogni caso, il cumulo giuridico non può superare la pena che si dovrebbe infliggere attraverso la mera somma aritmetica delle sanzioni previste dalle singole fattispecie), rendendo pertanto necessario chiedersi se questo *quantum* comporti il rischio di orbitare nello spettro del “*bis*”.

Infine, ovviamente, per l’intima connessione che lega tale preclusione alle istanze di proporzionalità della sanzione. Connessione non solo richiamata dalle già citate istanze equitative proprie delle teorie pluraliste, ma evidenziata altresì dai lavori delle Commissioni di riforma del codice penale e, come avrà modo di vedersi nel proseguo del presente lavoro, pure dalla più recente giurisprudenza europea.

---

<sup>216</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 242-243.



## CAPITOLO SECONDO

### LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*: PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

**Sommario:** 1. La necessità di un'indagine sul contenuto ed i limiti del divieto di *bis in idem* sostanziale. 2. Affinità e divergenze fra i due piani, sostanziale e processuale, del divieto: l'impossibilità di una *reductio ad unum*. 2.1. I profili di interferenza fra le due preclusioni. 2.2. Lo stato dell'arte in merito alla definizione degli elementi del "*bis*" e dell'"*idem*" nelle due accezioni del divieto 3. La versione convenzionale del divieto, fra diritto comunitario e diritto internazionale. 3.1. La (imperfetta) adesione dell'Unione Europea alla CEDU e le ricadute in tema di divieto di doppio giudizio. 3.2. L'approccio europeo in tema di doppio binario sanzionatorio. La prima fase: dal caso *Zolotukhin* alla giurisprudenza "*Grande Stevens*"; dalla sentenza *Van Esbroeck* al caso *Fransson*. 3.3. La seconda fase: il *revirement* della Corte di Strasburgo (caso *A. e B. c. Norvegia*) ed il trittico della Corte di Giustizia (casi *Menci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma e Zecca*). 4. Il nucleo comune del *ne bis in idem* convenzionale: la contaminazione sostanziale della garanzia processuale. 4.1. *Ne bis in idem* convenzionale e proporzionalità. 4.2. La recezione dei test convenzionale ed eurounitario nella giurisprudenza italiana. 5. Le criticità del *ne bis in idem* convenzionale in tema di doppio binario sanzionatorio e la necessità di intervenire sul piano sostanziale della convergenza di fattispecie. 6. L'accoglimento della giurisprudenza convenzionale in tema di divieto di doppio giudizio e le sue possibili ricadute in tema di divieto di doppia condanna: la sentenza della Corte Costituzionale n. 200/2016 (c.d. "*Eternit bis*"). 7. Le due facce del divieto di *bis in idem* ed il *tertium genus* convenzionale. La necessità di un'autonoma elaborazione del divieto di doppia condanna e l'impossibilità di un esclusivo riferimento alle fonti sovranazionali 8. L'esperienza sovranazionale come indizio (e non fondamento) della necessità di una positivizzazione del *ne bis in idem* sostanziale, attraverso la valorizzazione del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione.

*1. La necessità di un'indagine sul contenuto ed i limiti del divieto di bis in idem sostanziale.*

Da quanto sin ora esposto, risulta chiaro che qualsiasi studio relativo ai criteri discretivi del concorso apparente di norme non può non confrontarsi con il divieto di *bis*

*in idem* sostanziale. Ciò è vero non solo per la necessità di determinare se veramente esista o meno un principio regolatore superiore, di rango costituzionale, da affiancare all'art. 15 c.p., ma anche perché detta preclusione, sebbene generalmente identificata quale fondamento dei criteri di sussidiarietà e consunzione, viene spesso richiamata anche a giustificazione di talune teorie di stampo monista.

Ancora, una delle più importanti impostazioni teoriche in tema di *ne bis in idem* sostanziale e concorso apparente, quella di Mantovani, s'inserisce in pieno all'interno del filone interpretativo delle teorie strutturali: il tentativo di attribuire rilievo alla categoria della sottofattispecie, al fine di estendere le ipotesi di concorso apparente oltre al principio di specialità unilaterale, si fonda infatti su tale preclusione, che l'Autore tenta di estrapolare attraverso un'analisi di carattere induttivo<sup>1</sup>.

Su altro versante, il concetto di *idem*, se inteso in un senso squisitamente storico-naturalistico, come *idem factum*, strizza l'occhio alla specialità in concreto, criterio interamente fondato sulla convergenza in senso naturalistico di più fattispecie sul medesimo fatto<sup>2</sup>.

Infine, tale principio risulta tutt'altro che indifferente anche nei confronti della disciplina del concorso formale, laddove l'art. 81, c. 1 c.p., attraverso la predisposizione del cumulo giuridico, si risolve in una espressa ipotesi di *bis in idem* sanzionatorio.

Risulterà pertanto fondamentale determinare i risvolti che il principio di *bis in idem* potrebbe comportare tanto in relazione alle ipotesi di concorso apparente quanto a quelle di convergenza reale.

Il compito, com'è noto, non è per nulla agevole, stante le profonde incertezze che circondano detta preclusione: la controversa portata del divieto; la vaghezza della *ratio* ad esso sottostante (che si palesa nell'insoddisfacente richiamo a giustificazioni fumose, come le "esigenze di equità e giustizia"); la difficile determinazione dei concetti di "*bis*" e di "*idem*", giusto per citarne alcune.

Tali circostanze si riflettono in tutta la loro forza nella discrasia fra il perenne riferimento che in dottrina si fa di tale canone e la scarsità di lavori *realmente*

---

<sup>1</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., passim. Cfr. anche M. MANTOVANI, *Ne bis in idem sostanziale e autoriciclaggio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 238, che evidenzia come detta preclusione non goda di una collocazione univoca nel contesto del concorso apparente di norme.

<sup>2</sup> Come sarà meglio esplicitato, il concetto di *idem* può assumere un significato naturalistico, come quello sopramenzionato, ovvero normativi, nel senso di medesimo giudizio di illiceità (ed è questa l'ipotesi più frequente).

approfonditi circa la dimensione e la portata dello stesso<sup>3</sup>. A fronte di un generico richiamo alla dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, i lavori realmente approfonditi sul tema sono, storicamente, solamente quelli di Mantovani e di Papa<sup>4</sup>.

La questione trova oggi rinnovato vigore, alimentata dalla giurisprudenza delle Corti europee, tanto che, più di recente, devono segnalarsi anche i contributi di Silva e Mazzacuva, seppure con alcune doverose precisazioni. Se, da un lato, la prima Autrice studia la teorica del *ne bis in idem* sostanziale con particolare riferimento al settore del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, muovendosi su un terreno diverso, seppur intimamente connesso, a quello del concorso di norme, il secondo lo affronta invece “incidentalmente”, focalizzando la propria attenzione sul più ampio tema del concetto europeo “a geometrie variabili” di *matière pénale*, in relazione allo statuto garantistico fra sanzioni penali e para-penali<sup>5</sup>. Interessante notare come anche queste ultime opere pervengono in ogni caso a conclusioni divergenti, pur muovendo da premesse comuni<sup>6</sup>.

Tutto questo dimostra che la mancanza di un solido sostrato teorico per l'identificazione del principio comporta che ogni riferimento ad esso venga indifferentemente utilizzato in favore di teorie anche profondamente divergenti. Sotto questo punto di vista, anche i più recenti sviluppi in ambito sovranazionale non paiono fornire indizi univoci. Basti un accenno alle conseguenze dell'accoglimento del criterio dell'*idem factum* per la valutazione della sussistenza della violazione del *ne bis in idem* a livello europeo, sul quale si tornerà diffusamente nel presente capitolo: a fronte di un generico riconoscimento della possibile interferenza fra dimensione processuale e sostanziale del divieto, l'identità naturalistica del fatto, quale base per la violazione del *ne bis in idem* processuale, è stata richiamata tanto a giustificazione dell'adozione di

---

<sup>3</sup> Non è un caso se, in dottrina si è criticato il riferimento a tale principio, da considerarsi del tutto apodittico. Cfr. M. SINISCALCO, *op. cit.*, 62.

<sup>4</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.* Sottolineano l'assenza di indagini approfondite sul tema, oltre a Mantovani, V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 442; M. SINISCALCO, *op. cit.*, 61 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

<sup>6</sup> O quantomeno, solo in parte coincidenti. Sul punto, più approfonditamente, Cap. III, par. 2. Basti in questa sede accennare che mentre Mazzacuva sottolinea la derivazione del divieto di *bis in idem* sostanziale dal principio di proporzionalità, Silva procede ad un'elaborazione dello stesso come principio generale inespreso dell'ordinamento, dotato di autonomia, e come tale non “riducibile” a “mero” corollario dell'esigenza di proporzione fra fatto e sanzione.

posizioni puramente strutturali, quanto come apertura verso un approccio pluralistico al tema del concorso apparente<sup>7</sup>.

In estrema sintesi, l'identificazione dei criteri risolutivi del concorso apparente di norme non può fondarsi su di un principio che non solo viene declinato diversamente a seconda dell'impostazione che si preferisce privilegiare, ma che tutt'ora non risulta nemmeno unanimemente riconosciuto<sup>8</sup>.

Si ritiene pertanto necessario ripeterlo: l'esistenza o meno di tale principio dovrebbe costituire la base dello sviluppo di una teoria sul fenomeno della convergenza; l'aprioristica ricognizione (o rifiuto) della sua esistenza comporta infatti il rischio di viziare il dibattito *ab origine*, mediante l'edificazione di strutture concettuali su fondamenta non dimostrate.

Infine, una rinnovata indagine sul tema dovrà necessariamente procedere tenendo conto dei più recenti sviluppi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di determinare esistenza, contenuto e limiti di un principio che, allo stato dell'arte, principio non è.

---

<sup>7</sup> L'impostazione strutturale trova conferma nelle più recenti Sezioni Unite in tema di concorso apparente, cfr. Cass. pen., SS. UU., 23 febbraio 2017, n. 20664, *op. cit.*; Cass. pen., SS. UU., 22 giugno 2017, n. 41588, *op. cit.*; trovando sostegno in dottrina nei contributi di C. SOTIS, *op. cit.*; A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, *op. cit.* Che la vicenda europea del *ne bis in idem* favorisca l'approccio pluralistico al concorso di illeciti è sostenuto, fra i tanti, da I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 321 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 173 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*; infine, con specifico riferimento ai casi di cumulo di sanzioni amministrative e penali, non è mancato il richiamo al criterio della specialità in concreto. In quest'ultimo senso cfr. M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arc. Pen.*, 1/2015, 115 ss.; D. LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arc. Pen.*, 2/2016, 20 ss. Da rilevare, in relazione a quest'ultimo criterio, come lo stesso sia stato messo in luce anche dall'Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, n. 35/2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 (ult. acc. 15/10/2019), secondo cui la vicenda dell'*idem factum*, nella prospettiva convenzionale, «potrebbe essere letta anche in chiave più generale e riferita al concetto di specialità, quasi a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica "in concreto, e non "in astratto" nel confronto tra fattispecie tipiche».

<sup>8</sup> Emblematica l'affermazione di C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 175, secondo la quale detto principio «può alternativamente rappresentare il fondamento a cui ancorare i criteri risolutivi del concorso apparente che da esso discendono ovvero la conclusione a cui addivenire proprio tramite tali criteri». L'Autrice richiama, per la dottrina tedesca, anche A. KÖHLER, *op. cit.*, 60, secondo cui «*Es ist dies nur eine materiellrechtliche Konsequenz des Grundsatzes ne bis in idem*».



2. *Affinità e divergenze fra i due piani, sostanziale e processuale, del divieto: l'impossibilità di una reductio ad unum.*

Il divieto di *ne bis in idem* è un principio generale del diritto, non solo penale, che trova riconoscimento in pressoché tutti gli ordinamenti, ma che si manifesta a livello positivo in modo profondamente diverso da Stato a Stato<sup>9</sup>. In alcuni casi, lo si rinviene a livello di legislazione ordinaria, come per l'art. 649 c.p.p. italiano<sup>10</sup>; altre volte, trova esplicito riconoscimento nelle carte costituzionali, come nel caso del Quinto Emendamento della Costituzione americana (come corollario del “*due process*”), o nell'art. 103 di quella tedesca (che testualmente parla di divieto di punire più volte per uno stesso fatto)<sup>11</sup>. Allo stesso ci si riferisce spesso come principio di *ne bis in idem*, divieto di doppio giudizio o processo, oppure, come nelle esperienze di *common law*, *double jeopardy*.

Ancora, sebbene si tratti di un principio riconosciuto in tutto il mondo, lo stesso viene declinato attraverso molteplici sfumature, che alimentano le difficoltà di delinearne con precisione i confini: se, a titolo d'esempio, nell'ordinamento italiano non è presente alcun esplicito riferimento positivo alla dimensione sostanziale del divieto, in altri ordinamenti, come quello statunitense, esso viene declinato in entrambe le accezioni<sup>12</sup>. Inoltre, sebbene detta preclusione, nella sua veste processuale, venga

---

<sup>9</sup> Parla di “generalissimo principio universalmente evocato”, da ultima, C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 176, la quale richiama F. HELIÉ, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, 656, che a sua volta lo definisce “principio che appartiene al diritto universale delle nazioni”. Sulle origini del brocardo nella sua accezione processuale cfr. V. ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 186 ss.; L. CORNIL, *Une conjecture sur l'origine de la maxime «bis de eadem re ne sit actio»*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 53 ss. Evidenziano la diffusa presenza del principio nel panorama internazionale anche, *ex multis*, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 7 ss.; N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti europolitane. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1377 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 9/4, 2013, 211 ss.

<sup>10</sup> Da rilevarsi comunque come anche la previsione a livello di legislazione ordinaria differisce significativamente da Stato a Stato, essendo il *ne bis in idem* regolato talvolta all'interno dei codici di procedura (oltre all'Italia, è il caso di Francia e Spagna), talaltra nei codici di diritto penale sostanziale (come nell'esperienza olandese).

<sup>11</sup> *U.S. Constitution, Amendment 5*: “nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”; Art. 3 abs 3 GG: “Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden”. Cfr. anche P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>12</sup> Cfr. C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 177, che evidenzia come la *Double Jeopardy Clause*, contenuta nel Quinto Emendamento della *Bill of Rights* riconosce il divieto sia “against a second prosecution for the same offense”, sia “against multiple punishments for the same offense”. Si rimanda

storicamente applicata limitatamente al diritto nazionale, esistono ipotesi in cui il divieto di *bis in idem* risulta operante tanto in relazione ai procedimenti domestici quanto a quelli stranieri, indipendentemente dal luogo di commissione del fatto<sup>13</sup>. Infine, le molteplici accezioni del divieto fanno sì che esso non si sostanzi in una garanzia capace di dettare uno standard di protezione per il cittadino equivalente nemmeno all'interno dei singoli Stati Membri dell'Unione Europea<sup>14</sup>.

Un dato di partenza è in ogni caso certo: pur a fronte di molteplici divergenze, tutti gli ordinamenti si riferiscono a tale divieto ponendo l'accento sul piano processuale e solo eventualmente anche su quello sostanziale.

Proprio per tale motivo il divieto di doppia punizione viene sovente inteso come proiezione sostanziale dell'omonimo principio di carattere processuale.

Mancando una norma di riferimento nel diritto penale italiano, il primo passo da percorrere è quello di declinare il *ne bis in idem* in queste due accezioni, al fine di comprendere se le stesse debbano considerarsi come due facce della stessa medaglia o se siano al contrario espressione di due distinte garanzie<sup>15</sup>.

---

all'opera dell'Autrice, cit. nt. 17 e 18, p. 177, per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>13</sup> È quanto previsto dall'art. 68 del codice penale olandese, a tenore del quale “*Except for cases in which judgments are eligible for review, no person may be prosecuted twice for an offence for which a final judgment has been rendered against him by a court in the Netherlands, Aruba, Curaçao, St. Martin or the public bodies Bonaire, St. Eustatius and Saba.*

*If the final judgment was rendered by another court, the same person may not be prosecuted for the same offence in the case of:*

*1°.* acquittal or dismissal of the charge(s);

*2°.* conviction, if a punishment is imposed, followed by complete enforcement, remission or commutation or immunity from punishment by reason of lapse of the period of limitation.

*A person may not be prosecuted for an offence that has been finally settled in his case in a foreign country through his fulfillment of a condition set by the competent authorities in order to avoid criminal proceedings”.* Cfr., per maggiori approfondimenti, A. KLIP, H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Reveu internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, 1091 ss. Cfr. inoltre J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, *op. cit.*, 212; P. BAAUW, voce *Ne bis in idem*, in A. KLIP, B. SWART (a cura di), *International Criminal Law in the Netherland*, Freiburg im Breisgau, 1997, 75 ss.

<sup>14</sup> Cfr. ancora una volta J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, *op. cit.*, 212, secondo cui “*in every single Member State the ne bis in idem principle raises many questions concerning both the idem and bis element of the principle. In order to consider the meaning of the same/idem, it may be asked whether the legal definition of the offences should be considered as the basis of the definition of the term the same (idem), or should it be the set of facts (idem factum)? (...) Is the reach of the principle limited to double punishment under criminal law or does it include other punitive sanctions that may be imposed under private law or administrative law?”.*

<sup>15</sup> Detto passaggio risulta fondamentale, correndo altrimenti il rischio di un'arbitraria trasposizione sul piano sostanziale di un principio che, a conti fatti, è di natura tipicamente processuale. Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 393.

CAPITOLO II: LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*:  
PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

Invero, può fin da subito sottolinearsi come sia largamente maggioritaria in dottrina la convinzione che i due divieti operino fra loro su piani distinti, seppur occasionalmente interferenti l'uno con l'altro<sup>16</sup>.

Nello specifico, le prime diversità si possono cogliere già nella *ratio* giustificatrice delle due accezioni del *bis in idem*.

Sul versante processuale, il divieto viene tradizionalmente ricollegato ad esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi, traducendosi nell'intangibilità della *res iudicata* (*interest reipublicae ut sit finis litium – bis de eadem re ne sit actio*<sup>17</sup>). Letto in quest'ottica, la preclusione opera in primo luogo come un vero e proprio criterio di "efficienza sistematica", connotato da finalità di economia processuale, potendosi leggere in esso sia la necessità di assicurare "intangibilità" al giudicato (salvo,

---

<sup>16</sup> Definitivo sul punto F. CORDERO, *Procedura penale*, 9 ed., Milano, 2012, 1205, secondo cui il *ne bis in idem* processuale «ha poco da spartire, anzi niente» con il concorso apparente e, conseguentemente, con il divieto punire più volte per il medesimo fatto. Insistono sulla diversità dei divieti, *ex multis*, M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 119; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 1183 ss.; G. CONSO, *op. cit.*, 101; A. GAITO, G. RANALDI, *op. cit.*, 103 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 393; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 313; P.P. RIVELLO, *La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 1410 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 210 ss. In senso contrario, ravvisa una matrice comune dei due principi F. CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 73, secondo il quale i due principi non sarebbero altro che «due facce della medesima medaglia, quella dell'abuso del diritto, processuale da una parte, sostanziale dall'altra».

<sup>17</sup> Cfr. B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law, European monographs*, no. 72, Netherlands, 2010, 30, che riporta, oltre a tale formula di derivazione romana, anche quella di *bis de eadem re agere non licet*. In chiave storica, il riferimento è in particolare al principio della *res iudicata*, presente nell'esperienza romana della *litis contestatio* attraverso l'istituto della *exceptio rei iudicatae*. L'eccezione aveva lo scopo di vietare, in presenza di un giudizio già definito, una seconda azione contro lo stesso soggetto. Il brocardo "*ne bis in idem*" si rinviene invece solamente nel processo *extra ordinem* giustiniano. Cfr. in questo senso E.L. BELGIORNO, *Il principio del ne bis in idem. Analisi degli aspetti interni ed internazionali.*, Milano, 2016, 9 ss.; L. CORNIL, *op. cit.*; C. DEGENHART, *Art. 103*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, VII, München, 2014, 2063 ss.; B. SPECHT, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 abs. III Grundgesetz*, Berlin, 1999, 7 ss.; Cfr. anche, in chiave storica, *ex plurimis*, M.T. CICERONE., *Laelius*, 22.5-6; ULPiano, D.48.2. Si veda inoltre, per maggiori approfondimenti, con riferimento alla valenza della preclusione processuale nel contesto del processo formulare, G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982, 10 ss. Tracce della preclusione si rinvengono, poi, nel diritto canonico, nonché, per quanto riguarda il diritto tedesco, nel *Sachsenspiegel*, che costituisce la più rilevante raccolta normativa del Medioevo tedesco, redatta da Eike von Repgow fra il 1220 ed il 1230, per poi quasi scomparire a causa della introduzione del processo inquisitorio e della tortura, sviluppandosi in quel periodo il diverso istituto dell'*absolutio ab instantia*, ad opera dei giuristi milanesi del XVI secolo. Sarà poi l'illuminismo, attraverso l'enfasi posta sull'individuo e sulla necessità della certezza del diritto, a dare definitiva consacrazione al divieto di *bis in idem* (non è infatti un caso che nella Costituzione tedesca il principio di legalità ed il divieto di *bis in idem* sono consacrati nello stesso articolo, il 103). Dalla fine del XVII secolo, pertanto, il divieto assume sempre più importanza, cominciando anche ad apparire nei primi testi costituzionali (già la rivoluzione francese lo includeva nel catalogo delle libertà fondamentali, al titolo III, capitolo V, art. 9 della Costituzione del 1791). Cfr. per approfondimenti F.C. SCHROEDER, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes "ne bis in idem"*, in *JuS*, 1997, 228; H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 103*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, III, Tübingen, 2018, 854 ss.

chiaramente, le limitate ipotesi di revisione); sia quella di evitare il moltiplicarsi degli sforzi della macchina giudiziaria nella (ri)valutazione di vicende già oggetto di pronunce definitive. In altri termini, il divieto di doppio giudizio risulta fondato su una *ratio*, si potrebbe dire, metaindividuale, laddove il suo omonimo sostanziale si atteggia invece a garanzia eminentemente individuale<sup>18</sup>.

Tuttavia, dietro a questo modo d'intendere il divieto, volto ad evitare il rischio di conflitti pratici fra giudicati<sup>19</sup>, può leggersi anche una più pregnante visione del *ne bis in idem* processuale quale garanzia individuale della persona.

Nello specifico, pur non essendo esplicitamente richiamato dalla Costituzione italiana, esso è stato ricondotto dal Giudice delle leggi al combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. In particolare, la Consulta, valorizzando la natura individuale della preclusione, ha sottolineato che «tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione; sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> In questo senso cfr. G. CONSO, *op. cit.*, 101; D. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *Arch. Pen.* 1/2017, 70; A. GAITO, G. RANALDI, *op. cit.*, 114. Evidenzia il carattere metaindividuale del principio, riconnesso ad esigenze pubblicistiche, da ultimo F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 294, il quale rimanda opportunamente a S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951, 96 e ss., laddove l'Autore evoca il bisogno sociale a che le liti non si rinnovino continuamente. Cfr. anche Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 54467, in *DeJure web*, che lo identifica come principio generale dell'ordinamento, funzionale alle esigenze di razionalità e funzionalità del sistema, da cui il giudice non può prescindere nell'attività interpretativa. Cfr. inoltre G. DI FEDERICO, *Eu Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2/2011, 243 ss.; M. FLOINN, *The concept of idem in the European courts: Extricating the inextricable link in European double jeopardy law*, in *Columbia Journal of European Law*, 24/2017, 75 ss.; M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem: Implications for law enforcement in a shared legal order*, in *Common market law review*, v. 55 no. 6, 2018, 1721; ID, *Transnational law enforcement in the European Union and the ne bis in idem principle*, in *Review of European Administrative Law*, 4/2011, 5 ss.; J. A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU – Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht law review*, 1/2005, 100 ss.

<sup>19</sup> Cfr., fra gli altri, G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. proc. pen.*, 1960 198; G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, *op. cit.*, 62 ss.

<sup>20</sup> Così, testualmente, Corte cost., ord. n. 501 del 2000, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019), richiamata anche da A. GAITO, G. RANALDI, *op. cit.*, 108; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1049. Cfr. anche M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1721. Va infatti ricordato che il *ne bis in idem* ha attraversato, specialmente in ambito sovranazionale, varie fasi: se, in principio, esso è stato un principio meramente politico, specie nell'ottica della cooperazione giudiziaria, se ne è in seguito valorizzata la natura di garanzia individuale. In questo senso, se inizialmente lo stesso

CAPITOLO II: LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*:  
PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

Inteso in questa seconda e ben più pregnante accezione, il divieto di doppio processo intende sottrarre il cittadino dalla pretesa punitiva dello Stato, non essendo concesso di infrangere la “quiete penalistica” del soggetto già giudicato da sentenza divenuta definitiva, divenendo una vera e propria «garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo», la quale opera limitatamente alla specifica qualità dell'imputato<sup>21</sup>.

Sull'altro versante, il *ne bis in idem* sostanziale può invece essere genericamente ricondotto alla necessità di evitare il cumulo di sanzioni su di un medesimo fatto, ovvero come divieto di reiterare nuovamente un medesimo giudizio di illecito. Pertanto, come garanzia prettamente individuale. Tale assunto deve però essere declinato sotto due distinti piani, a seconda che si sia in presenza di un solo illecito penale, ovvero di più reati convergenti sulla medesima situazione di fatto.

Nella prima ipotesi, il *ne bis in idem* sostanziale va inteso come divieto di addebitare più volte uno stesso elemento fattuale al reo, attraverso una plurima qualificazione dello stesso, in sede di commisurazione della pena. Il riferimento è in particolare al regime di imputazione delle circostanze previsto dall'art. 68 c.p., secondo cui quando una circostanza ne comprende un'altra, il giudice dovrà applicare esclusivamente quella che comporta il maggior aumento (se si tratta di aggravanti) ovvero la maggior diminuzione (nel caso di attenuanti)<sup>22</sup>. Ancora, in senso più lato, il canone di *ne bis in idem* sostanziale imporrebbe non solo di verificare la presenza di un concorso apparente di circostanze, ma anche di conteggiare la singola circostanza una ed una sola volta in sede di commisurazione della pena. Ossia, in altri termini, di evitare che un elemento che “accede ad un reato” venga prima valutato *ex art.* 133 c.p. per la

---

risultava oggetto di convenzioni, bilaterali o multilaterali, fra differenti Stati, oggi trova sempre più spazio nelle Carte dei diritti fondamentali. Cfr. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *op. cit.*, p. 2. Cfr. anche N. RECCHIA, *op. cit.*, 1375 s. Per una panoramica sul principio e sui rapporti fra esso e la *res iudicata* si rimanda a J. LELIEUR, 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 9/2013.

<sup>21</sup> M. CERESA CASTALDO, *Esecuzione*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 1107. Cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *lalegislazionepenale.eu* (ult. acc. 15/10/2019). In questo senso, si è efficacemente sottolineato che il divieto di doppio giudizio si caratterizza per una *ratio* che è stata definita “composita”, così F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 73, come tale connessa sia ad istanze di certezza in senso oggettivo e di economia processuale, di tipo pubblicistico e metaindividuale; sia ad istanze di certezza in senso soggettivo, quale tutela del singolo da una prosecuzione virtualmente infinita. Del resto, l'idea che il divieto di *bis in idem* sia posto anche come garanzia individuale è posto in risalto anche nel panorama tedesco. Cfr. in quest'ultimo senso, *ex multis*, H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, 861-862.

<sup>22</sup> Si veda in proposito F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 548 ss.

definizione del *quantum* sanzionatorio e, una seconda volta, come circostanza del reato<sup>23</sup>.

La seconda ipotesi è quella, classica, che vieta di addebitare più volte il medesimo fatto al reo, qualora l'applicazione di una sola delle norme convergenti sia in grado di assorbirne interamente il disvalore.

Le *rationes* dei due principi ne accentuano pertanto le diversità, l'una volta ad evitare la duplicazione di procedimenti, l'altra quella delle sanzioni, con la conseguente impossibilità di ritenere sovrapponibili i rispettivi ambiti operativi<sup>24</sup>. Tale diversità di scopi si riflette ovviamente nella declinazione dell'elemento del "*bis*", che rappresenta il cuore della discrasia applicativa fra i due piani.

Più nello specifico, ciò comporta che la violazione di una delle due preclusioni non implica necessariamente anche la violazione dell'altra: se infatti, da un lato, il divieto di doppio processo interviene anche in caso di proscioglimento, applicandosi in tale frangente il *ne bis in idem* processuale senza che si sia in presenza di alcun cumulo sanzionatorio; dall'altro, il divieto di doppia punizione può venire in gioco anche nell'ambito di un unico giudizio, risultando pertanto applicabile il *ne bis in idem* sostanziale senza che entri in gioco quello processuale<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr., *ex multis*, R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Vol I, Torino, 1958, 663 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 692 s.; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988, 206 ss.; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, 72 ss. il quale, affermando che il problema si pone nei casi in cui una circostanza si collochi in rapporto di specialità con uno dei criteri *ex art.* 133 c.p., sottolinea come tale situazione si verifichi pressoché per ogni circostanza. Per una approfondita disamina del rapporto fra criteri di commisurazione della pena e calcolo delle circostanze cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, *op. cit.*, 632 ss. Deve tuttavia segnalarsi la presenza di un atteggiamento non univoco della giurisprudenza: se, da un lato, si assiste a sentenze che sottolineano la necessità che lo stesso fatto non sia preso in considerazione sia in sede di commisurazione della pena base, sia ai fini dell'imposizione di una circostanza, va tuttavia sottolineato che la giurisprudenza dominante ritiene legittima una duplice valutazione dei criteri *ex art.* 133 c.p., purché venga compiuta per finalità diverse. Cfr. nel primo senso, Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2015, n. 40765. Nel secondo senso, da ultima Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401, entrambe in *DeJure Web*. In dottrina, ammette una doppia valutazione delle circostanze, G. SABATINI, *Appunti sulle circostanze nel reato e sul loro concorso*, in AA. VV., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Vol. II, Milano, 1952, 463 ss.

<sup>24</sup> In questi termini, come osserva F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 421, la diversa portata del piano sostanziale deriverebbe dal fatto che il *ne bis in idem* processuale si accontenterebbe di una pseudo verità-processuale, in luogo di quella di fatto o di diritto.

<sup>25</sup> Cfr., fra gli altri M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 119; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 1183; D. FALCINELLI, *op. cit.*, 71; A. GAITO, G. RANALDI, *op. cit.*, 114.

2.1. *I profili di interferenza fra le due preclusioni.*

Nonostante l'assodata impossibilità di ricondurre le due versioni, processuale e sostanziale, ad un unico macro-principio, non mancano piani di interferenza fra le stesse, anche senza voler "scomodare" la più recente giurisprudenza europea la quale, come si vedrà, ha operato profonde sovrapposizioni fra le due dimensioni della preclusione.

In particolare, in dottrina si sottolinea l'esistenza di un nesso funzionale fra *ne bis in idem* processuale e divieto di doppia condanna, tale per cui «chi non può essere punito due volte non può essere processato due volte»<sup>26</sup>. In questo senso, si è ravvisata una regola di carattere generale tale per cui laddove operi il *ne bis in idem* sostanziale sarà conseguentemente destinato ad operare, in un ipotetico secondo giudizio, anche quello processuale<sup>27</sup>. Risulta infatti chiaro che non solo l'applicazione della norma generale resta preclusa in caso di unico procedimento, in favore della sola norma speciale, ma il soggetto non potrà nemmeno essere perseguito per la stessa in un secondo processo, qualora il primo termini con una pronuncia avente carattere definitivo.

Tale assunto va poi ulteriormente specificato sottolineando come questa relazione di necessità si esprime in ogni caso solo unidirezionalmente, sicché, se all'operare della preclusione sostanziale risulterà specularmente applicabile pure quella processuale, non può tuttavia sostenersi anche l'inverso, potendo, come già visto, sussistere un *bis in idem* processuale anche in assenza di un cumulo sanzionatorio.

Detto altrimenti, esiste un'ampia area del *ne bis in idem* sostanziale in cui la risoluzione nel primo giudizio del concorso di norme consente di dare soddisfazione anche al divieto di *bis in idem* processuale<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Così, testualmente F. CAPRIOLI, *op.cit.*, 1182. Evidenziano lo stretto collegamento fra i due principi anche F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322 s.; G. DE LUCA, *op. cit.*, 197 ss.; G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, *op. cit.*, 57 ss.; M. SESTA, «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati al vaglio della Corte Costituzionale, in *Giust. pen.*, 1/1977, 181 ss.; G.P. VOENA, «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati, in *Giur. It.*, 2/1976, 321 ss.

<sup>27</sup> Così, sempre, F. CAPRIOLI, *op. cit.* 1183. Cfr. anche F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *op. cit.*, 88; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 1415.

<sup>28</sup> Nello stesso senso C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 212-213, secondo cui «in tutte queste ipotesi, un'attenta applicazione dei criteri risolutivi in materia di concorso apparente di norme rappresenta una garanzia di entrambi i principi, salvaguardando certamente il criterio in chiave sostanziale e pure evitando che si ponga un problema di stampo processuale».

Più nello specifico, calando tale regola nelle ipotesi di convergenza apparente, si può senza dubbio sostenere che tutti i casi di concorso apparente che presuppongono come unico elemento *almeno* l'identità dell'azione, si pongono all'interno di questa "area comune" fra le due dimensioni del divieto: anzitutto, vi rientrano tutti i casi di *idem* legale, in cui l'unitarietà dell'azione è presupposto minimo; in secondo luogo, ne fanno parte anche le ipotesi di assorbimento e sussidiarietà che si applicano a più fattispecie integrate con la medesima condotta, ad esclusione, pertanto, dei controversi casi di antefatto e postfatto non punibili. Conseguentemente, si ravvisa un'area di coincidenza potenzialmente totale fra concorso apparente e *ne bis in idem* processuale, sia prendendo a riferimento le impostazioni moniste, sia prendendo a riferimento quelle pluralistiche, con esclusione dei casi di *id quod plerumque accidit* fondati sulla presenza di diverse condotte<sup>29</sup>.

Sotto questo punto di vista, più si procede ad ampliare l'ambito operativo del concorso di norme, attraverso l'introduzione di ulteriori criteri o mediante la valorizzazione della convergenza sul fatto concreto, più aumenta di conseguenza la predetta "area comune", nella quale il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale garantisce anche quello processuale<sup>30</sup>.

Pure a fronte del riconoscimento di detta area di intersezione, le opinioni divergono circa il rapporto che si instaura, in tale frangente, fra queste dimensioni: da un lato, si afferma che il divieto di doppia punizione agirebbe a monte, quale antecedente del divieto processuale, pur non esaurendo, chiaramente, le ipotesi di quest'ultimo<sup>31</sup>; dall'altro, inversamente, si afferma che è il divieto processuale a

---

<sup>29</sup> Giova ripetere che detti casi rappresentano quelli più dibattuti circa la loro riferibilità o meno al concorso apparente di norme, proprio a causa del fatto che riconducono a tale istituto fenomeni in cui le azioni si perfezionano in tempi e, spesso, luoghi differenti. Non solo non risulta possibile ricondurli al criterio di specialità, ma presentano profili di frizione anche in relazione alla stessa nozione sostanziale di *idem* che, pur se declinata in diverse accezioni, richiama quantomeno sempre l'identità naturalistica dell'azione. Sul punto, più diffusamente, Cap. IV, Sez. II, par. 3.1.

<sup>30</sup> Ipotesi che, quanto meno prima dell'intervento della Consulta, Corte cost., n. 200/2016, si legava intimamente con l'interpretazione data all'art. 671 c.p.p., che dava facoltà al giudice di procedere a un ulteriore giudizio per i reati in concorso formale con altri già giudicati con pronuncia definitiva. Al crescere dell'area del concorso apparente, infatti, corrisponderebbe una necessaria restrizione dei casi di concorso formale, con inevitabile ridimensionamento dell'ambito operativo dell'art. 671 c.p.p. La questione trova tuttavia differente soluzione a causa dell'intervento della Consulta, sul quale si tornerà più diffusamente. Cfr. *infra* par. 6.

<sup>31</sup> Così, fra gli altri, G. DE LUCA, *op. cit.*, 197; C. SILVA, *Sistema punitivo, op. cit.*, 213. Ritene che il principio processuale sia *figlio* di quello sostanziale M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 162.



ricomprendere in sé quello sostanziale (e così la regola sostanziale troverebbe riconoscimento in quella processuale)<sup>32</sup>.

In ogni caso, la diversità di scopi a cui soggiacciono i due piani del *bis in idem* non permette di identificare un vero e proprio rapporto di derivazione fra gli stessi, tale da renderne possibile un'interpretazione comune.

Cionondimeno, non può nemmeno giungersi all'opposta conclusione, che vede le preclusioni come garanzie *in toto* autonome e distinte. Tale assunto può essere considerato accettabile solo prendendo a riferimento la *ratio* tradizionale, storica, del divieto di doppio giudizio. Intesa come mero criterio di economicità ed efficienza, risulta chiaro come nessuno spazio possa esserci per le istanze di equità e giustizia che informano l'omonima preclusione in ambito sostanziale.

La situazione risulta infatti differente considerando una *ratio* di più ampio respiro della dimensione processuale, non parendo azzardato sostenere che l'identificazione del *ne bis in idem* processuale anche come garanzia *ad personam* possa mischiare le carte in tavola.

Sotto questo punto di vista, risulta chiaro che l'applicazione e le conseguenze del divieto di *bis in idem* processuale variano a seconda di quale delle due *rationes* s'intende considerare come prevalente: laddove il primario scopo della preclusione risulti essere quello di proteggere l'integrità della *res iudicata*, ben si potrà affermare che il principio protegga in via principale la intangibilità della decisione giudiziale, anche a scapito del singolo. Al contrario, ove l'enfasi sia posta sulla tutela del singolo, ossia come garanzia per lo stesso a sottrarsi da una potenzialmente perpetua pretesa punitiva da parte dello Stato, allora il divieto assumerà connotati differenti, più vicini al piano sostanziale<sup>33</sup>.

Invero, le valutazioni relative all'autonomia concettuale dei due piani del *bis in idem* derivano in buona parte dal fatto che, tradizionalmente, mentre il divieto di doppia punizione si sviluppa come garanzia individuale, quello processuale si è storicamente atteggiato maggiormente come principio a carattere metaindividuale, di razionalizzazione processuale e di esigenza di evitare conflitti pratici fra giudicati.

---

<sup>32</sup> Così A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1049.

<sup>33</sup> In questo senso anche M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1722. Parla di «diritto soggettivo a tutto tondo» A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arc. Pen. Web*, 1/2019, 6.

Del resto, anche sul fronte giurisprudenziale nazionale si è da tempo ravvisato in detta preclusione una fondamentale *ratio* di garanzia personale, laddove il *ne bis in idem* è stato definito come vero e proprio «principio di civiltà giuridica di generalissima interpretazione, pena, in caso contrario, la precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale»<sup>34</sup>.

La progressiva valorizzazione del *ne bis in idem* processuale come garanzia del singolo, al contrario, avvicina le due accezioni del divieto, ponendole, seppur con proprie specificità, su un comune piano di riferimento, quello della tutela del singolo di fronte al moltiplicarsi (sotto forma di plurima valutazione degli stessi elementi rilevanti in sede di dosimetria sanzionatoria, ovvero come instaurazione di più procedimenti in relazione al medesimo fatto) della pretesa punitiva dello Stato<sup>35</sup>.

Ancora, una modulazione di entrambe le facce della preclusione come garanzia individuale si rinviene anche sul piano sovranazionale, dalle rubriche dell'art. 4, Prot. 7, CEDU e dell'art. 50 CDFUE, che richiamano il diritto, individuale, a non essere *giudicato o condannato due volte*<sup>36</sup>. Certamente, la presenza della disgiunzione “o” chiaramente sottolinea la diversità di scopi sottesi alle due accezioni del divieto.

<sup>34</sup> Più diffusamente si veda la relazione di orientamento dell'Ufficio del penale della Corte di cassazione, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, 26/2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019). Cfr. inoltre Corte cost., ord., 5 maggio 1995, n. 150, nonché, da ultima, Corte cost., n. 200/2016.

<sup>35</sup> In senso non dissimile cfr. anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 210-2011, che sottolinea la vicinanza dei due piani affermando che la garanzia *ad personam* della preclusione processuale risponde anche ad esigenze di giustizia, rilevando conseguentemente che le reciproche finalità del *ne bis in idem* non necessariamente si ritrovano in opposizione. Deve inoltre sottolinearsi che è stata proprio la considerazione del *ne bis in idem* processuale come garanzia individuale ad aver giocato un ruolo centrale nell'affermazione del principio in numerosi documenti internazionali a tutela dei diritti umani. Cfr., oltre alla CEDU ed alla CDFUE, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 14. Ancora, nello statuire che il diritto al *ne bis in idem* non costituisce un diritto umano assoluto, nel senso che può lasciar spazio ad altri interessi, la Corte Inter-Americana sui Diritti Umani ne riconosce comunque lo status di garanzia *ad personam*, cfr. IACHR, *Loayza-Tamayo v. Perù*, 17 settembre 1997, *Almonacid-Arellano v. Chile*, 26 settembre 2006, richiamati da J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, op. cit., 214.

<sup>36</sup> In questo senso, il principio si declina nelle due accezioni *ne bis puniri* e *ne bis vexari*. Cfr. P.J. WATTEL, *Ne Bis in Idem and Tax Offences in EU Law and ECHR Law*, in B. VAN BOCKEL (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 172 ss. Interessante notare che tale Autore individua due possibili modi di atteggiarsi del divieto ad essere punito due volte. Il primo, secondo i dettami dell'*Anrechnungsprinzip*, impone al giudice di prendere in considerazione la pena inflitta per prima nella determinazione della seconda. Il secondo, «*try the offence as if no previous penalty was imposed for the same offence, and if the trial ends in a conviction or an acquittal, simply cancel the previous penalty*», cit. 173. Risulta chiaro come entrambe le soluzioni siano operazioni da effettuarsi *ex post*, rispetto al momento in cui viene imposta la prima sanzione, tanto che l'Autore specifica, in questo secondo caso, che «*obviously, such cancellation is only possible in respect of pecuniary penalties (fines), which may be refunded (with interest); a prison sentence cannot be cancelled retrospectively, unless it has not been served yet*». Tuttavia, risulta possibile procedere *ex ante* per una terza via, ossia attraverso l'applicazione dell'istituto del concorso apparente di norme, secondo le logiche del *ne bis in idem* sostanziale.

Tuttavia, non può non evidenziarsi che entrambe vengono modulate quale forma di garanzia *in primis* individuale<sup>37</sup>.

Sotto questo punto di vista, pur a fronte di una chiara divergenza per quanto concerne l'ambito applicativo, il forte collegamento fra le due dimensioni, per cui quella sostanziale si configura come presupposto di quella procedurale, porta a ravvisare una parziale convergenza anche nei fini, come preclusioni finalizzate a sottrarre il singolo dalla pretesa punitiva statale<sup>38</sup>.

In ogni caso, la semplice presenza di un'area comune ad entrambi i principi, unita alla constatazione che gli stessi si atteggiavano, dal punto di vista dello scopo, a garanzia *ad personam*, non sono elementi di per sé sufficienti a giustificare il “trapianto” di risultati scientifici da un piano all'altro.

Più nello specifico, l'evoluzione del divieto di doppio giudizio come garanzia anche individuale non è motivo sufficiente ad identificare un collegamento fra i due piani tale per cui, ferme restando le ineliminabili differenze sul *bis*, sarebbe comunque possibile sviluppare un unico principio con identica portata, operante su entrambi i piani. Al contrario, ciò che risulta necessario è comprendere se la preclusione sostanziale sia garanzia destinata a rimanere entro gli angusti confini di mero “criterio di valore”, come tale privo di una reale forza cogente, ovvero se, al contrario, vi siano sufficienti elementi che rendano inequivocabile la necessità di una sua elaborazione sul piano dei principi. In quest'ultimo senso, risulterà ulteriormente necessario comprendere se esso possa considerarsi un principio dotato di una reale autonomia,

---

<sup>37</sup> Significativo quanto affermato da A. GAITO, G. RANALDI, *op. cit.*, 107, secondo cui «non è da discutersi che il divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto rientri nel novero dei diritti fondamentali – e costituzionalmente rilevanti – della persona sottoposta a procedimento ovvero imputata», i quali richiamano anche quanto affermato da A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, in A. GAITO, D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 269, secondo cui tale principio si identifica come una «tipologia di diritto soggettivo che si potrebbe definire ... “intersettoriale”, perché oltre ad essere declinato nella sua versione processuale e sostanziale – che protegge l'individuo dalla seconda punizione ma anche dal secondo procedimento – si spiega poi anche nei confronti dell'intero ordinamento giuridico... ovvero sia a prescindere dal fatto che il secondo procedimento sia etichettato e strutturato nell'ordinamento quale “nominalmente” penale, presupposto quest'ultimo che era originariamente previsto quale caposaldo del principio».

<sup>38</sup> Invero non può sottacersi che, pur a fronte di questa modulazione individuale del *ne bis in idem* processuale, rimane diffusa in dottrina la convinzione che fra i due divieti sussista una profonda distinzione non solo sul piano operativo, ma anche su quello degli scopi. Netto, in questo senso, F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 313, secondo il quale essi «non hanno nulla a che vedere l'uno con l'altro, rappresentando due distinte garanzie anziché due facce dello stesso principio». Tuttavia, anche chi nega che le contiguità fra i due principi possa condurre all'elaborazione di una “nozione comune”, riconosce in ogni caso la progressiva evoluzione del *ne bis in idem* processuale quale garanzia *ad personam*, risponde, similmente al suo omonimo sostanziale, anche ad esigenze di giustizia. Cfr., da ultima C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 209 ss.

ovvero se non si manifesti piuttosto quale corollario di altri principi, come quello di proporzione. In ogni caso, seppur con differenti sfumature, tale ipotesi permetterebbe di rinvenire una garanzia non solo autonoma, seppur collegata, rispetto al *ne bis in idem* processuale, ma anche dotata di una propria valenza precettiva, tale da poter concretamente informare la disciplina della convergenza di fattispecie.

## 2.2. *Lo stato dell'arte in merito alla definizione degli elementi del "bis" e dell'"idem" nelle due accezioni del divieto.*

Prima di procedere all'analisi della giurisprudenza sovranazionale, s'impone qualche considerazione circa la differente portata che gli elementi del *bis* e dell'*idem* assumono a seconda del piano di riferimento in cui operano<sup>39</sup>.

Sotto questo punto di vista, l'elemento del "*bis*" rappresenta il momento in cui si assiste alla più profonda sfasatura fra le dimensioni sostanziale e processuale.

Già si è fatto cenno ad esso, nel momento in cui si è proceduto a definire le diverse *rationes* dei due divieti, nonché le conseguenti differenze applicative: se il *bis* processuale si traduce, in estrema sintesi, nella presenza di molteplici procedimenti, indipendentemente che gli stessi si risolvano in una condanna od un proscioglimento, quello sostanziale richiama invece la duplice valutazione, in ottica punitiva, di un elemento della fattispecie, ovvero di un medesimo fatto. In questo senso, l'intersezione fra i due piani è possibile solo in caso di contemporanea presenza dei "due *bis*", ossia nei soli casi in cui l'eventuale celebrazione di un secondo procedimento abbia ad oggetto un *idem* già sanzionato in un precedente procedimento.

Ancora, detto elemento, sul piano sostanziale, sconta una profonda incertezza di fondo, dal momento che esso può alternativamente (o cumulativamente?) concernere la reiterazione del solo giudizio di rilevanza penale, ovvero l'indebito cumulo di più sanzioni sul medesimo fatto<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr., *ex multis*, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 421; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 33 ss. Da ultimo, cfr. F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 303 ss.

<sup>40</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 19. Chiaro è che, in un'indagine ristretta al doppio binario sanzionatorio, detto elemento deve essere inteso nel secondo fra le accezioni riportate. Ci si riserva di affrontare più diffusamente tale circostanza nel successivo capitolo. Cfr. Cap. III, parr. 7 e ss.

CAPITOLO II: LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*:  
PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

Ancora, sebbene il concetto di *bis in* ambito processuale sia limitato alla sola materia penale “classica”, oggi lo stesso risulta “mutato” in considerazione della giurisprudenza sovranazionale, che ha esteso la preclusione anche agli illeciti amministrativi che ricadano nel concetto convenzionale di materia penale<sup>41</sup>.

Forse più complicata risulta essere la determinazione del concetto di *idem*, in relazione alla quale gioca oggi un ruolo fondamentale il formante giurisprudenziale sovranazionale.

Per quanto riguarda l'*idem* sostanziale, esso concerne l'annosa questione della distinzione fra concorso formale di reati e concorso apparente di norme, nella quale detto elemento assume tradizionalmente un connotato valoriale, piuttosto che una natura logico-strutturale. Ancora, la caratterizzazione dell'*idem* può variare a seconda che dello stesso si dia un'accezione squisitamente naturalistica (divieto di punire più volte lo stesso fatto), ovvero un significato maggiormente, seppur solo in parte, normativo (divieto di reiterare il medesimo giudizio di illiceità), presupponendo un'analisi circa la presenza, nella sussunzione del fatto nelle categorie del diritto, di un'unità o pluralità di reati<sup>42</sup>.

Eguale complicata risulta la determinazione dello stesso elemento sul fronte processuale, ove la dottrina oscilla fra i concetti di *idem* legale e di *idem factum*, non mancano posizioni per così dire intermedie, tese a comporre una sintesi fra i due piani<sup>43</sup>.

Partendo dal concetto di *idem* legale, bisogna preliminarmente distinguere l'ipotesi della “fattispecie legale” rispetto a quella della “fattispecie giudiziale”, la cui principale differenza si esplica in ragione del maggiore (legale) o minore (giudiziale) grado di astrazione che si ritiene necessario ai fini della valutazione della medesimezza del fatto. In questo senso, si è affermato in dottrina che «la fattispecie giudiziale è più ricca della fattispecie legale in quanto contiene un maggior numero di connotati del fatto che essa rappresenta»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Laddove invece il fenomeno del concorso di norme in relazione agli illeciti amministrativi risulta oggi previsto, con riferimento alle ipotesi di specialità, dall'art. 9 della l. n. 689/81. Pertanto, anche per quanto concerne l'estensione applicativa, l'elemento della duplicità si pone su due piani formalmente distinti: sola materia penale (anche sostanziale), l'uno, settore penale ed amministrativo, l'altro. Tuttavia, la progressiva estensione del concetto di materia penale porta oggi a ritenere sempre più sottile tale diversità a fronte della sempre più crescente qualificazione penale in tema di doppio binario sanzionatorio.

<sup>42</sup> In merito, si rimanda al Cap. I. Cfr. anche, M. PAPA, *le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>43</sup> Per maggiori approfondimenti si rinvia a P.P. RIVELLO, *op. cit.*

<sup>44</sup> Così, testualmente, G. DE LUCA, *op. cit.*, 194.

Nello specifico, la prima non si risolve in altro che in una valutazione logico-strutturale fra le fattispecie contestate nei differenti procedimenti, sicché il raffronto andrebbe effettuato in modo analogo a quanto accade con riferimento alla specialità *stricto sensu* unilaterale. Deve tuttavia rilevarsi che tale interpretazione trova un ostacolo insormontabile nel dato testuale dell'art. 649 c.p.p. (e, prima, nell'art. 90 del codice processuale del 1930), laddove si specifica che il fatto, per l'applicazione del divieto di doppio giudizio, si considera "medesimo" anche se lo stesso viene diversamente considerato "per il titolo, per il grado o per le circostanze". In questo senso, una lettura dell'*idem* in chiave strettamente logico-strutturale non è in alcun modo conciliabile con l'irrilevanza del titolo ai fini del *ne bis in idem* processuale<sup>45</sup>.

In considerazione di questo determinante rilievo, altra parte della dottrina fa riferimento al concetto, mediano, di fattispecie giudiziale, secondo la quale, nel ricostruire la nozione di fatto rilevante ai fini dell'operatività del divieto di doppio giudizio, «non si può prendere in considerazione soltanto la situazione storica o soltanto lo schema legale, ma bisogna seguire una via mediana che tenga conto di entrambi»<sup>46</sup>.

Infine, in giurisprudenza risulta nettamente maggioritaria la visione della medesimezza del fatto secondo una chiave di lettura prettamente storico naturalistica, che richiede la necessaria identità fattuale della condotta, dell'evento e del nesso causale fra essi intercorrente<sup>47</sup>. Posizione, questa, da ultima confermata anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 200 del 2016, che ha recepito il concetto di *idem* in chiave naturalistica enucleato dalla giurisprudenza sovranazionale<sup>48</sup>. Tuttavia, anche in merito al concetto di *idem factum* non si rinviene unità di vedute per quanto concerne la sua delimitazione. A fronte dell'identificazione di tale elemento nella triade "condotta-nesso causale-evento", parte della dottrina propone invece una delimitazione del fatto

---

<sup>45</sup> In questo senso cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 35, il quale richiama anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 399 ss.; A. PAGLIARO, voce *Fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 964 ss.

<sup>46</sup> Così G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, op. cit., 40. Cfr. anche A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1406 ss.; G. CONSO, op. cit., 95 ss.

<sup>47</sup> Cfr. in particolare Cass. pen., SS. UU., 28 giugno 2005, n. 34655, in *DeJure Web*. Sul punto si tornerà più diffusamente, *infra*, par. 6. La posizione risulta invece più isolata in dottrina. In merito, si rimanda a G. FLORIDIA, *Divieto di ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Temi*, 1975, 588 ss.

<sup>48</sup> Cfr., *infra*, par. 6.

storico alla sola identità della condotta, al più “integrata” dall’identità dell’oggetto materiale su cui essa insiste<sup>49</sup>.

La questione della determinazione dell’*idem*, infine, risulta di centrale importanza anche per quanto concerne lo studio dei rapporti fra i piani sostanziale e processuale della preclusione e, nello specifico, circa la questione se i concetti di “medesimezza del fatto” *ex art. 649 c.p.p.* e “stessa materia” *ex art. 15 c.p.* debbano considerarsi coincidenti, ovvero se, al contrario, debbano mantenere un’autonoma e distinta definizione. Si tornerà sul punto più avanti, in considerazione del nuovo volto che il divieto di *bis in idem* ha assunto ad opera della giurisprudenza delle Corti europee<sup>50</sup>.

### 3. La versione convenzionale del divieto, fra diritto comunitario e diritto internazionale.

Negli ultimi anni, l’interesse degli operatori del diritto per il divieto di *bis in idem* ha trovato terreno fertile nella giurisprudenza europea, tanto della Corte di Strasburgo quanto di quella di Giustizia. Mentre per quanto concerne il diritto comunitario, l’attenzione si è inizialmente intensificata a causa delle complesse problematiche riguardanti l’applicazione del divieto nei rapporti fra Stati membri, nonché del rapporto fra questi ed il diritto dell’Unione, la Corte europea dei diritti dell’uomo, sul versante internazionale, ha proceduto ad elaborare un percorso interpretativo teso ad esaltare il *ne bis in idem* quale garanzia del singolo avverso la potestà punitiva dello Stato<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. in particolare, F. CORDERO, *op. cit.*; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere, Trattato di procedura penale*, VI, diretto da G. SPANGHER, VI, Torino, 2009, 44; A. PAGLIARO, voce *Fatto*, *op. cit.*, 964.

<sup>50</sup> La differente operatività dei due concetti di *idem* si riverbera sul delicato rapporto intercorrente fra concorso formale e divieto di doppio giudizio. Sul punto, più diffusamente, *infra*, par. 6. Basti qui ricordare che mentre la giurisprudenza maggioritaria ha tradizionalmente negato l’operatività del *ne bis in idem* processuale in presenza di ipotesi di concorso formale, una parte della dottrina ammette l’operatività del principio in caso di concorso formale eterogeneo, escludendola al contrario nelle ipotesi di concorso omogeneo. Cfr., *ex multis*, G. LOZZI, *Profili di un’indagine*, *op. cit.*; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 1417.

<sup>51</sup> Cfr. in particolare D. SARMIENTO, *Ne Bis in Idem in the Case Law of the European Court of Justice*, in B. VAN BOCKEL (a cura di), *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 103, il quale evidenzia, in particolare che «*the principle has been given a prominent place in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, whilst several instruments of secondary law, such as the Framework Decision on the European Arrest Warrant or the Schengen Agreement, to name a few, openly refer to the prohibition of double criminal procedures and punishments*», cit. Cfr. Anche, per una panoramica convenzionale ed

La giurisprudenza delle due Corti ha dato vita ad un intricatissimo percorso, che trova ora un momentaneo punto di arrivo nelle sentenze *A. e. B. c. Norvegia* (Corte di Strasburgo) e *Menci*, C-524/15, (Corte di Giustizia), concernenti i rapporti fra divieto di *bis in idem* ed i sistemi a doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale, ed i cui approdi possono dirsi in larga parte comuni, anche se non perfettamente coincidenti<sup>52</sup>.

La vicenda si è sviluppata non solo nella dimensione giurisprudenziale sovranazionale, ma anche attraverso la complessa interazione giudiziale fra le Corti europee e le Corti costituzionali dei singoli stati membri, tanto che questo fenomeno è stato opportunamente etichettato come un vero e proprio “dialogo fra diritti viventi”<sup>53</sup>.

Per quanto interessa questa sede, si cercherà di analizzare in particolare la Giurisprudenza EDU e la sua interazione con la giurisprudenza italiana, mettendo in evidenza anche gli approdi eurounitari in tema di *ne bis in idem*, che si inseriscono nell’ormai consolidato solco tracciato dalla Corte di Strasburgo, la quale ha progressivamente dato vita ad un concetto di *matière pénale* in chiave prettamente sostanzialistica<sup>54</sup>. Infatti, l’adozione del criterio dell’identità storico-naturalistica, in

eurocomunitaria del principio, E.M. BELGIORNO, *op. cit.*, 43 ss.; J. LELIEUR, *op. cit.*, 198 ss.; M. LUCHTMAN, *Transnational Law Enforcement*, *op. cit.*, 5 ss.; J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle*, *op. cit.*; ID, *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of EU*, in *Review of European Administrative Law*, 6/1, 2013, 113 ss.; ID, *Ne bis in idem*, *op. cit.*

<sup>52</sup> Doveroso specificare che, in questa sede, il concetto di “doppio binario” verrà utilizzato con esclusivo riferimento al fenomeno dell’imposizione cumulativa di sanzioni penali ed amministrative per lo stesso fatto e non nella sua accezione “tradizionale”, riguardante l’applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza a soggetti al contempo imputabili e socialmente pericolosi.

<sup>53</sup> Evocano la figura del “dialogo fra diritti viventi”, fra gli altri, G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017; N. GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1209 ss.; B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2017, 60 ss.; B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12 s. (ult. acc. 15/10/2019); F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane nel diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019); Cfr. inoltre, relativamente ai rapporti fra le due Corti, A.I. KARGOPOULOS, *ECHR and the CJEU. Competing, Overlapping, or Supplementary Competences?*, in *Eucrim*, 3/2015, 96 ss.

<sup>54</sup> Per tale intendendosi, in estrema sintesi, una elaborazione in chiave sostanziale della materia penale la cui funzione è quella di evitare il fenomeno della c.d. “frode di etichette”, attraverso la valorizzazione di un’autonoma valutazione sia dell’illecito, sia della pena. In questo senso, essa risulta riferibile a qualsiasi infrazione e sanzione che, indipendentemente dalla nomenclatura formale adottata dal singolo Stato contraente, risultino tuttavia caratterizzate da una dimensione intrinsecamente afflittiva. Operazione, questa, effettuata sacrificando i parametri tecnico-formali interni ai singoli Stati, facendo leva sulla stessa duttilità concettuale di cui tale concetto è connotato. Cfr. per maggiori approfondimenti, da ultimo, F. MAZZACUVA, *op. cit.* Cfr. inoltre, *ex multis*, A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 256 ss.; B. CONFORTI, F. FRANCONI, *Enforcing*



luogo di quella “legale”, per la delimitazione della nozione di “*idem*”, ha profondamente scosso il panorama dottrinale e giurisprudenziale, tanto da chiedersi se e quali risvolti tale percorso ermeneutico potrà avere anche in relazione al fenomeno del concorso di illeciti.

Sotto altro versante, quello comunitario, la nuova rilevanza che la Carta Europea dei Diritti Umani ha assunto per il diritto dell’Unione, attraverso l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, unitamente alle modifiche che quest’ultimo ha introdotto in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, oggi dotata di vincolatività pari a quella dei Trattati istitutivi, ha incentivato l’evoluzione del diritto giurisprudenziale della Corte di Giustizia su binari (quasi) paralleli a quelli della Corte EDU.

Il progressivo stratificarsi di pronunce europee sul divieto di doppio giudizio ha comportato una profonda elaborazione non solo sull’elemento dell’*idem*, ma anche in relazione all’elemento del *bis*, che risulta essere ora, fra i due, quello più rivoluzionario (o, meglio, rivoluzionato).

Sotto questo punto di vista, si è osservato opportunamente che la Corte EDU ha rideterminato in modo del tutto originale le caratteristiche del *ne bis in idem*, combinando tale garanzia con la definizione convenzionale del concetto di pena, tanto da potersi oggi affermare con sicurezza l’esistenza di una terza accezione del divieto, vera e propria sintesi dei tradizionali piani processuale e sostanziale, che potremmo definire “*ne bis in idem* convenzionale”.

Tali novità impongono pertanto di volgere lo sguardo anche alla giurisprudenza convenzionale ed eurolunitaria, definendo in primo luogo in quale misura le Corti europee abbiano agito in armonia nello sviluppo del divieto di *bis in idem*. Tale operazione si rende necessaria proprio a causa della non perfetta coincidenza di soluzioni adottate dalle Corti europee, che tendono a dipingere una garanzia i cui contorni si rivelano a volte tutt’altro che identici.

---

*International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, 15 ss., nonché 59 ss.; M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Mortsel, 2006; P. KEMPEES, *A systematic Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights (1960-1994)*, II, The Hague, 1997; V. MANES, Art. 7, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo*, Padova, 2012, 280; entrambi richiamati da A.F. MASIERO, *L’adesione dell’Unione Europea alla CEDU. Profili Penali. Parte seconda: i riflessi dell’adesione sui principi di legalità e colpevolezza in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, 48, la quale opportunamente rileva come tale nozione, vero e proprio cardine della giurisprudenza EDU, assolve al compito di rendere più omogenea l’applicazione della Convenzione nonostante le specificità degli stati contraenti.

In secondo luogo, si procederà a verifica delle possibili implicazioni sul fronte nazionale del divieto di *bis in idem* convenzionale, anche attraverso il dialogo instaurato fra Corti europee e Corte costituzionale italiana, al fine di comprendere se sussistano sufficienti elementi atti a corroborare una valorizzazione della preclusione anche sul piano sostanziale.

### 3.1. La (imperfetta) adesione dell'Unione Europea alla CEDU e le ricadute in tema di divieto di doppio giudizio.

Preliminarmente, risulta necessario definire i rapporti intercorrenti fra la giurisprudenza EDU ed il diritto comunitario, con particolare riferimento alla problematica della (mancata) adesione dell'Unione Europea alla CEDU<sup>55</sup>. Per quanto interessa in questa sede, il principio di *ne bis in idem* trova esplicito riconoscimento nell'art. 4, Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 CDFUE<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Per un panorama esaustivo della questione, anche in prospettiva storica, si veda, da ultima, A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali. Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 7-8/2017, 79 ss.; cfr. anche, I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015; B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law, op. cit.*, 30 ss. Con specifico riferimento alle relazioni intercorrenti fra CEDU ed Unione Europea in tema di divieto di *bis in idem* si veda in particolare X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *Ne Bis in Idem in the EU and ECHR Legal Orders. A Matter of Uniform Interpretation?*, in B. VAN BOCKEL (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 53 ss.

<sup>56</sup> L'art. 4, Prot. 7 CEDU, rubricato "diritto di non essere giudicato o punito due volte", statuisce che: "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato". Per maggiori approfondimenti, oltre a quanto esposto nel presente lavoro, cfr. Corte EDU, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention of Human Rights. Right not to be tried or punished twice*, 31 dicembre 2018, in [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf) (ult. acc. 15/10/2019).

L'art. 50 CDFUE, recante la rubrica "diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto", afferma che: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge". Va evidenziato che tale principio fa oggi parte dell'*acquis* comunitario, dovendosi pertanto richiamare, attraverso di esso, anche gli artt. 54 e ss. della CAAS, che sanciscono il divieto di *bis in idem* per l'area Schengen. Tale ultima precisazione è infatti doverosa, dal momento che il principio è consacrato in differenti fonti del diritto eurocomunitario. Oltre alle già citate previsioni contenute nella Carta di Nizza e nella CAAS, va ricordato anche l'operatività del principio per quanto concerne il mandato di arresto europeo, nella cui Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio (13 giugno 2002), viene richiamato quale motivo di non esecuzione (artt. 3 p. 2 e 4 p. 5). Anche per quanto riguarda questa ulteriore fonte, si deve evidenziare la volontà della Corte di Lussemburgo di interpretare la portata della stessa alla luce di quanto già affermato per la CAAS, in considerazione «dell'obbiettivo comune [...], consistente nell'evitare che una persona venga nuovamente perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti», con la conclusione che «ai fini dell'emissione e dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, la nozione di "stessi fatti" contenuta nella decisione quadro costituisce una nozione autonoma del diritto

Proprio l'assimilazione della Carta di Nizza ai Trattati istitutivi dell'Unione segna una prima differenza rispetto al principio stabilito dalla CEDU. La prima ha oggi rango di diritto primario nell'Unione, con la conseguenza che la tutela da essa disposta opera: "internamente", in relazione alle vicende del singolo Stato membro; "orizzontalmente", nei rapporti fra giudizi di diversi Stati membri; "verticalmente", nei rapporti fra questi e l'Unione.

L'art. 4 Prot. 7 CEDU si applica invece solo all'interno della giurisdizione del singolo Stato<sup>57</sup>. Tale prima differenza non è tuttavia rilevante ai fini della presente indagine, poiché l'attenzione al piano sostanziale del *ne bis in idem* concerne proprio l'ipotesi che ricade nello spettro applicativo di entrambe le norme.

Identificato pertanto un ambito minimo comune, si deve comprendere se le due disposizioni, per lo meno all'interno di questo, assumano realmente lo stesso significato e la stessa portata. Nello specifico, a venire in considerazione sono l'art. 6 TUE e l'art. 52 della Carta di Nizza.

In particolare, l'art. 6 TUE, se da un lato conferisce alla CDFUE lo stesso valore giuridico dei Trattati (c. 1), dall'altro si occupa del rapporto fra Unione Europea e CEDU, stabilendo: in primo luogo, l'obbligo in capo all'Unione di aderire a quest'ultima (c. 2); in secondo luogo, che i diritti fondamentali da essa garantiti e risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, fanno parte del diritto dell'Unione *in quanto principi generali* (c. 3).

Su altro versante, la Carta di Nizza, all'art. 52, c. 3, prevede una vera e propria clausola di salvaguardia, nei casi in cui la stessa contenga diritti corrispondenti a quelli

---

dell'Unione», Corte giust. UE, Gr. Sez., 16 novembre 2010, C-261/09, *Gaetano Mantello*, richiamata da P. COSTANZO, L. TRUCCO, *op. cit.*, 16, che rilevano che la nozione di "stessi fatti" deve essere interpretata, specie dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, alla stregua della nozione di "medesimi fatti" ex art. 54 CAAS. Cfr., per una più dettagliata panoramica relativa ai rapporti fra l'art. 50 CDFUE e gli artt. 54 ss. CAAS, M. LUCHTMAN, *Transnational law enforcement*, *op. cit.*, 9 ss.; N. RECCHIA, *op. cit.* Per approfondimenti circa il *divieto di bis in idem* nell'Unione Europea si veda, *ex multis*, S. ASTARITA, *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in A. GAITO, F. GIUNCHEDI (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 145 ss.; B. VAN BOCKEL, *The 'European' Ne Bis in Idem Principle: Substance, Sources, and Scope*, in B. VAN BOCKEL (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 13 ss.; ID, *The Ne Bis in Idem Principle*, *op. cit.*, 53 ss.; A. KLIP, *European criminal law*, Antwerp/Oxford, 2016, 284 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common Market Law Review*, 52/2015, 1339 ss. Per quanto riguarda i rapporti fra la giurisprudenza delle due Corti europee cfr. *ex multis*, B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, *op. cit.*, 205 ss.; D. SARMIENTO, *op. cit.*, 104 ss., nonché 112 ss.

<sup>57</sup> Cfr. da ultimo Corte EDU, Sez. V, 20 febbraio 2018, n. 67521/14, *Krombach v. France*, con commento di B. VAN BOCKEL, *Krombach returns to Strasbourg*, in *ECHR Blog*, 16 maggio 2018, ult. acc. 20 ottobre 2018.

garantiti dalla CEDU. In estrema sintesi, laddove uno stesso diritto sia tutelato da entrambe le Carte, s'impone un'interpretazione conforme alle disposizioni della Convenzione da parte della disciplina comunitaria, salva la possibilità per il diritto dell'Unione di predisporre un più alto livello di tutela<sup>58</sup>.

In questo senso, appare evidente l'emersione, a livello normativo, di una chiara volontà di "comunitarizzazione" della CEDU, adesione che costituirebbe argomento risolutivo circa la necessaria identità fra i principi da essa sanciti ed il diritto comunitario.

Si deve tuttavia evidenziare che siffatta "comunitarizzazione" non è mai avvenuta, in particolare a causa della ferma opposizione della Corte di Giustizia. Il riferimento è al parere n. 2/2013, reso il 18 dicembre 2014, le cui argomentazioni sono state a più riprese sottolineate anche nella giurisprudenza successiva<sup>59</sup>. Non interessa in questa sede indagare i motivi che hanno spinto la Corte di Lussemburgo a questa chiusura, ma preme evidenziare come essa tutt'ora comporti profili di problematicità nell'applicazione di alcuni principi, arrivando anche a creare dei veri e propri differenti standard di tutela.

L'interpretazione e l'applicazione del divieto di *bis in idem* ne costituisce un lampante esempio: basti qui richiamare la sentenza *Fransson*, nella quale la Corte di Lussemburgo si esprime in modo netto sul punto, evidenziando che, nonostante il disposto dell'art. 6 TUE, la CEDU « non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un

<sup>58</sup> Cfr. A.F. MASIERO, *L'adesione. Parte prima, op. cit.*, 84 ss.; B. NASCIBENE, *op. cit.*, 10; P.J. WATTEL, *op. cit.*, 176 ss. Cfr. anche X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 53, secondo cui, l'art. 52, c. 3 risulta essere: «a clause that seems to be the key to the relationship between the two legal orders, but which has been given an understated role in the latest jurisprudence of the ECJ on ne bis in idem».

<sup>59</sup> Cfr. il Parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea 2/13, 18 dicembre 2014, in [www.curia.europa.eu/juris](http://www.curia.europa.eu/juris) (ult. acc. 15/10/2019). Per maggiori approfondimenti, si rimanda a A.F. MASIERO, *L'adesione. Parte prima, op. cit.*, 80 ss; la quale a sua volta richiama, *ex multis*, S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from European Court of Justice*, in [www.ukconstitutionallaw.org](http://www.ukconstitutionallaw.org), dicembre 2014 (ult. acc. 15/10/2019); L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), dicembre 2014 (ult. acc. 15/10/2019); F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'UE: qualche considerazione critica ed uno sguardo de iure codendo*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015; C. ZANGHI, *La mancata adesione dell'UE alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2015.

giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»<sup>60</sup>.

Certamente, l'art. 6 TUE prevede a tutti gli effetti un vero e proprio obbligo di adesione. Tuttavia, esso risulta a conti fatti depotenziato, sia a causa dell'assenza di qualsivoglia meccanismo sanzionatorio per la sua inottemperanza, sia in virtù del fatto che ad essere investita del potere di predisporre sanzioni per inadempimenti ed omissioni a parte delle istituzioni comunitarie risulta essere proprio la stessa Corte di Giustizia<sup>61</sup>.

Non può pertanto affrontarsi il delicato argomento del rapporto fra *ne bis in idem* interno e convenzionale senza tener conto di questa specificità, che rende già a monte difficoltosa una trattazione unitaria del secondo.

Può tuttavia già anticiparsi che tale netta presa di posizione da parte della Corte di Giustizia non costituisce un ostacolo definitivo alla individuazione di una *common area* fra le garanzie sancite dai due sistemi sovranazionali.

Nello specifico, essa è resa possibile dalla già citata clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 52, c. 3 della Carta di Nizza<sup>62</sup>. In accordo con tale disposizione, pur ammettendosi la possibilità di interpretazioni difformi nella tutela dei diritti fondamentali fra diritto eurounitario e convenzionale, dovrà comunque ritenersi sussistente, in capo alla Corte di giustizia, un obbligo di "interpretazione conforme nel minimo", da intendersi come necessità di predisporre uno standard minimo di tutela uguale a quello proposto dalla Corte di Strasburgo.

Ancora, il divieto espresso dall'art. 50 CDFUE corrisponde, secondo giurisprudenza consolidata, all'*acquis* comunitario. Conseguenza di tale ultima circostanza è che al divieto di *bis in idem*, nello spazio eurocomunitario, oltre che lo *status* di principio generale dell'Unione, deve riconoscersi quantomeno un rilievo costituzionale, trattandosi, per usare le parole dell'Avvocato Generale Yves Bot nelle conclusioni presentate nel caso *Mantello*, di «un diritto fondamentale insito nell'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri, in quanto principio intrinseco alla

---

<sup>60</sup> Cfr. Corte giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, § 44.

<sup>61</sup> Cfr. più diffusamente A.F. MASIERO, *L'adesione. Parte prima, op. cit.*, 86 ss.

<sup>62</sup> In relazione al ruolo dell'art. 52 della Carta, con riferimento al divieto di *bis in idem* cfr. *ex multis*, X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 63 ss, nonché 71 ss.

nozione di Stato di diritto e espressamente sancito nella Carta»<sup>63</sup>. Come tale, esso non risulta limitato a settori determinati, bensì acquisisce una portata tendenzialmente generale nell'ambito delle competenze attribuite all'Unione Europea<sup>64</sup>.

In questo senso, dato il rango assunto dalla Carta di Nizza, unitamente all'obbligo di interpretazione conforme, quantomeno come divieto di interpretazione *in peius*, della stessa rispetto alle garanzie CEDU, non può non rilevarsi, come si avrà modo di evidenziare, anche un nucleo comune fra le garanzie comunitaria e convenzionale, dato dalla interpretazione dell'art 4 Prot. 7 CEDU.

3.2. *L'approccio europeo in tema di doppio binario sanzionatorio. La prima fase: dal caso Zolotukhin alla giurisprudenza "Grande Stevens"; dalla sentenza Van Esbroeck al caso Fransson.*

Quanto poc' anzi menzionato circa la sussistenza di un nucleo comune relativo al principio di *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, è agilmente verificabile non solo in virtù dell'obbligo sancito dall'art. 52, c. 3 CDFUE, ma acquisisce maggiore pregnanza anche alla luce dello stratificarsi delle pronunce intervenute sul tema<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Nello stesso senso cfr. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *op. cit.*, 17. Ancora, si rammentano le parole dell'Avv. Generale Juliane Kokott, nella Presa di posizione sul Procedimento di parere, n. 2/13 della Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, <http://curia.europa.eu/juris>, il quale, nel § 203, afferma che «occorre considerare che l'obbligo di tener conto dei criteri derivanti dalla CEDU relativi alla tutela dei diritti fondamentali gode di rango costituzionale nell'ambito dell'Unione. Per un verso, ciò risulta dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, a norma del quale i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Per altro verso, nell'interpretare ed applicare la Carta dei diritti fondamentali, che a sua volta ha rango di diritto primario vincolante (articolo 6, paragrafo 1, primo comma, ultima parte, TUE), bisogna tener conto che la CEDU, sulla scorta del principio di omogeneità di cui all'articolo 52, paragrafo 3, primo periodo, della Carta, va considerata quale standard minimo per la tutela dei diritti fondamentali a livello dell'Unione».

<sup>64</sup> Rilevano lo *status* di principio relativamente al *ne bis in idem* eurocomunitario, *ex multis*, X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 63; PROCACCINO, *op. cit.*, 271 ss.

<sup>65</sup> Pronunce nelle quali non solo si rinviene una ricostruzione in larga parte comune del principio, bensì anche l'utilizzo di un linguaggio, per così dire, comune. Fenomeno efficacemente evidenziato dall'Avv. Generale Juliane Kokotte, nelle Conclusioni rese nel caso C-17/10, *Toshiba Corporation e altri*, presentate l'8 settembre 2011, secondo cui la Corte EDU avrebbe iniziato ad utilizzare formule del tutto simili a quelle elaborate dalla Corte di giustizia «per descrivere cosa si debba intendere per identità dei fatti». Cfr. anche P. COSTANZO, L. TRUCCO, *op. cit.* 7. Infine, risulta particolarmente evocativo quanto affermato da B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, *op. cit.*, 238, nelle note conclusive della sua monografia: nonostante le differenze intercorrenti nella giurisprudenza delle due Corti «*in the end, it all comes down to the willingness of the courts to take a progressive stance, The ECJ and the ECtHR have not failed to do so where the European ne bis in idem principle is concerned.*

Sotto questo punto di vista, la giurisprudenza convenzionale può essere suddivisa in due distinte fasi, la prima, coincidente con il momento di massima “espansione applicativa” della preclusione, seguita poi da un successivo, parziale, *revirement*, nella seconda, ponendo le statuizioni della Corte di Strasburgo a confronto con quelle della Corte di Giustizia<sup>66</sup>.

Per quanto concerne la prima fase, il punto di partenza può essere individuato, nel 2009, dalla sentenza *Zolotokhin v. Russia*, ad opera della Grande Camera della Corte di Strasburgo, intervenuta per risolvere le incertezze legate al concetto di *idem*, così come sancito dall’art. 4 Prot. 7, CEDU<sup>67</sup>. Nello specifico, il problema riguardava l’interpretazione del concetto di “medesimezza del fatto”, oscillante fra due accezioni, una formale e l’altra sostanziale. Nel caso *Zolotokhin*, la Corte ripudia il criterio dell’*idem* legale, ossia il “medesimo fatto giuridico”, imponendo una valutazione dello stesso «alla luce delle circostanze fattuali e concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio» (*idem factum*)<sup>68</sup>.

In questo senso, la ricostruzione della preclusione in chiave sostanziale comporta ora l’impossibilità di imputare una seconda infrazione che si fondi su fatti identici, da un punto di vista storico-naturalistico, a quelli da cui è scaturita la prima.

Questo primo tassello ha inaugurato quella che sembrava essere una vera e propria “età dell’oro” del *ne bis in idem*, se solo si considera che, a partire da questo momento, la giurisprudenza della Corte EDU ha spinto con forza verso un’elaborazione concettuale della preclusione tesa a garantirle la massima espansione<sup>69</sup>. Infatti, l’utilizzo

---

*Perhaps even more importantly, the two courts have displayed the willingness and ability to learn from each others case law».*

<sup>66</sup> Per una ricostruzione del principio nella giurisprudenza delle Corti cfr. X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 57 ss.; A. PROCACCINO, *op. cit.*, 270 ss.; B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, *op. cit.*, 119 ss., nonché 173 ss.

<sup>67</sup> Cfr. Corte EDU, 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Serguei Zolotokhin c. Russia*. Cfr., per l’evoluzione della giurisprudenza EDU sul tema, S. ALLEGREZZA, *Commento all’art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla giurisprudenza europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 894 ss.; X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 57 ss.; E.M. MANCOSU, F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. N. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in F. VIGANÒ, G. UBERTIS (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 374 ss.

<sup>68</sup> Così efficacemente, nella ricostruzione della giurisprudenza CEDU, la Corte cost., 27 luglio 2016, n. 200, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019). Per uno sguardo all’evoluzione del concetto di *idem* nella giurisprudenza di Strasburgo, sino al caso *Zolotokhin* cfr., su tutti, B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, *op. cit.*, 191 ss.

<sup>69</sup> Evoca l’idea narrativa della “età dell’oro” A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1047. Evidenzia la tendenza all’espansione della garanzia del divieto di doppio giudizio anche l’Ufficio del massimario penale della Corte di cassazione, n. 26/2017, *op. cit.*, 1 ss. Parla di fenomeno di “ultraoperatività della preclusione processuale” F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 289, il quale sottolinea come una siffatta estensione

di un approccio interpretativo storico-naturalistico permette di ricondurre entro il concetto di *idem* un più alto numero di casi rispetto al meno favorevole filtro dell'*idem* legale.

Tornando al caso *Zolotukhin*, lo stesso non può considerarsi invero come un evento inaspettato, rappresentando al contrario un'ulteriore tassello della tendenza della Corte di Lussemburgo ad elaborare un concetto di "materia penale" in chiave squisitamente sostanzialistica. Circostanza, questa, che trova un definitivo riscontro nelle conseguenze che l'accoglimento dell'*idem factum* ha comportato nei sistemi di doppio binario sanzionatorio.

Ancora, l'elaborazione dell'*idem* in chiave naturalistica si spiega anche attraverso la necessità di evitare che le diverse qualificazioni formali di ogni singolo ordinamento incidessero sull'ambito applicativo del divieto, prevedendo, a titolo d'esempio, elementi costitutivi anche significativamente diversi in ordine alla descrizione di uno stesso fenomeno criminoso.

Per quanto concerne tale settore, il vero e proprio punto di svolta si è avuto, nel 2014, con la sentenza *Grande Stevens*, intervenuta, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, per dichiarare il contrasto sorto fra l'art. 4 Prot. 7 CEDU ed il sistema di doppio binario, previsto dagli artt. 185 e 187 *ter* T.U.F.<sup>70</sup>. Nello specifico,

---

non è riscontrabile nemmeno in un ordinamento come quello tedesco, che si contraddistingue per la sua amplissima estensione dello statuto garantistico penale, richiamando in proposito C. DEGENHART, *op. cit.*, 2101 ss.; G. NOLTE, H.P. AUST, *Art. 103*, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARK (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Vol. III, München, 2018, 1093 ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, 854 ss.

<sup>70</sup> Nonché il contrasto fra la disciplina italiana e l'art. 6 CEDU, relativo al diritto ad un equo processo. Cfr. Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640, 18647, 18663, 18668, 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Il dirompente effetto di tale pronuncia è testimoniato dalla imponente mole di commenti che si sono susseguiti in dottrina, anche prima della pubblicazione della sentenza, fra i quali si richiamano, *ex multis*, G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 4/2014, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2014, 1053 ss.; G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3099 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei diritti finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3-4/2014, 201 ss.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 2014; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5/2015, 868 ss.; A. GIOVANNINI, L.P. MURCIANO, *Il principio del 'ne bis in idem' sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 20, 1548 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 82 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del*



sono due i passaggi centrali che interessano ai nostri fini: il primo concerne la conferma di quanto già affermato nel caso *Zolotukhin*, relativamente alla necessità di porre l'accadimento storico naturalistico al centro della valutazione del requisito dell'*idem*<sup>71</sup>; il secondo investe direttamente la questione dell'estensione della garanzia prevista dall'art. 4 Prot. 7, CEDU ai sistemi di doppio binario, qualora la sanzione amministrativa debba considerarsi, a tutti gli effetti, di natura sostanzialmente penale, in accordo con la concezione di "*matière pénale*" inaugurata sin dalla sentenza *Engel*, i cui criteri vengono riproposti dalla Corte per la valutazione della natura dell'illecito comminato dalla Consob<sup>72</sup>.

In applicazione dei criteri *Engel* pertanto, la Corte afferma che la qualificazione formale data dall'ordinamento nazionale non può considerarsi, per ciò sola, definitiva, specificando che il carattere "penale" dell'illecito deve essere subordinato al grado di severità della sanzione, da valutarsi *a priori* e non come gravità della pena concretamente inflitta<sup>73</sup>.

---

*mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019). Cfr anche la relazione dell'Ufficio del Massimario penale della Corte di cassazione, 35/2014, *op. cit.*; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob, e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 693 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3-4/2014, 219 ss.; C. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. trib.*, 2015, 337 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014, 1196 ss.

<sup>71</sup> Cfr. il § 224 della sentenza, secondo cui «dai principi enunciati nella causa *Sergueï Zolotukhin* 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».

<sup>72</sup> Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, che prevede tre criteri alternativi per la valutazione della natura sostanzialmente penale dell'illecito: la qualificazione formale data dall'ordinamento nazionale; la natura dell'illecito; la natura, assieme al grado di gravità, della sanzione stessa. Con la doverosa precisazione che l'alternatività dei criteri enucleati non impedisce comunque di adottare un approccio unitario nell'analisi, qualora gli stessi, separatamente considerati, non permettano di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla natura dell'illecito. Cfr. in quest'ultimo senso Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*. Cfr. in merito anche R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 173 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 75 ss.

<sup>73</sup> Cfr. il § 98 della sentenza. Sul valore relativo della qualificazione formale cfr. anche Corte EDU, Grande Camera, 21 febbraio 1984, n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*, con nota di C.E. PALIERO, *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, 912 ss. Va doverosamente specificato inoltre che, sebbene alcuni Stati, fra i quali l'Italia, abbiano posto delle riserve all'atto della ratifica del Protocollo n.

Le implicazioni sul meccanismo sanzionatorio del doppio binario non potevano che risultare dirompenti: il divieto di *bis in idem*, applicato alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, avrebbe comportato una sua applicazione su larga scala, favorita anche da un'interpretazione naturalistica del concetto di medesimezza fattuale<sup>74</sup>.

Sul fronte eurocomunitario, la Corte di Giustizia ha intrapreso un percorso simile a quello convenzionale, proponendo anche su tale versante un'interpretazione del concetto di "medesimezza del fatto" improntata al criterio dell'identità storico-naturalistica, come dimostra la sentenza *Van Esbroeck*, secondo cui l'art. 54 CAAS, utilizzando la locuzione "i medesimi fatti", si riferisce «all'aspetto materiale dei fatti in causa, restando esclusa la loro qualificazione giuridica»<sup>75</sup>.

In secondo luogo, ai fini della valutazione della natura penale dell'illecito, le sentenze *Bonda e Fransson*, in tema di sanzioni fiscali, ripropongono gli stessi criteri enucleati dalla giurisprudenza EDU con la sentenza *Engel*<sup>76</sup>.

---

7, volte a limitare l'efficacia degli artt. 2, 3 e 4 ai soli illeciti formalmente qualificati come penali secondo la legge italiana, le stesse non costituiscono invero un ostacolo definitivo circa l'influenza esercitata dalla giurisprudenza EDU in tema di *ne bis in idem*. La Corte di Strasburgo si è infatti più volte espressa nel senso di rilevare che le riserve statali si possono considerare validamente apposte solo in relazione a leggi ben precise in vigore al momento della ratifica, non possedendo pertanto carattere generale. Cfr. in questo senso Corte EDU, Sez. II, 22 maggio 1990, n. 11034/84, *Weber c. Svizzera*; Corte EDU; cfr. anche S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, 897; A. PROCACCINO, *op. cit.*, 282 ss.; G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 832.

<sup>74</sup> Censura che avrebbe infatti colpito non solo la legislazione italiana, bensì, più in generale, ogni forma di imposizione cumulativa di illeciti di natura penale ed amministrativa predisposta da tutti i Paesi europei, specialmente nei settori finanziario e tributario. Oltre al caso *Grande Stevens*, possono infatti citarsi, fra gli altri, Corte EDU, Sez. IV, 20 maggio 2014, n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali* (ult. acc. 15/10/2019); Corte EDU, Sez. V, 27 novembre 2014, n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*. Cfr. anche M. BONTEMPELLI, *op. cit.*; O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, 1033 ss.

<sup>75</sup> Cfr. Corte giust. UE, Sez. II, 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, § 27. Si veda anche J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, *op. cit.*, 221 ss.; A. KLIP, *op. cit.*, p. 285 ss.

<sup>76</sup> Cfr. Corte giust. UE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*; Corte giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Cfr., per entrambe J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, *op. cit.*, 221 ss. Con specifico riferimento alla sentenza *Fransson* cfr. X. GROUSSOT, A. ERICSSON, *op. cit.*, 77 ss.; R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (ult. acc. 15/10/2019); J.A.E. VERVAELE, *The Application of the EU Charter*, *op. cit.*, 113 ss.; D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3/2013, 294 ss.; P.J. WATTEL, *op. cit.*, 167 ss., nonché 191 ss.; Cfr., infine, con specifico riferimento alla recezione dei criteri *Engel* nello spazio eurocomunitario, *ex multis*, B. VAN BOCKEL, *The 'European' Ne Bis in Idem Principle*, *op. cit.*, 39 ss.

Pur a fronte di questo nucleo comune, le sentenze *Fransson* e *Grande Stevens* non viaggiano sullo stesso binario: da un lato, la Corte di Strasburgo sembra affermare una sostanziale inconciliabilità in astratto fra la garanzia *ex art. 4 Prot. 7, CEDU* con il sistema di doppio binario; dall'altro, la Corte di Lussemburgo opera invece una scelta più conservativa, statuendo che, in linea di principio, l'art. 50 CDFUE non osta ad una disciplina nazionale che preveda la combinazione di differenti sanzioni.

Nello specifico, quest'ultima subordina l'operatività del divieto ad un'ulteriore condizione: pur in presenza di un *idem factum* e di un illecito formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale, il secondo procedimento non dovrà essere censurato ove il doppio binario sia stato previsto al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'UE, risultando complessivamente proporzionato e dissuasivo<sup>77</sup>.

Tale diversa interpretazione, trova un proprio specifico fondamento nell'art. 52, c. 1, della Carta di Nizza, a tenore del quale «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».

Si deve segnalare che il confronto fra le due pronunce ha portato taluno ad ritenere che questa “distonia” sia in realtà soltanto apparente. Ad un più approfondito esame, si è evidenziato che, se da un lato la sentenza *Grande Stevens* non preclude *a priori* l'operatività di sistemi a doppio binario, ma solo quelle in cui l'illecito amministrativo ricade sotto la scure dei criteri *Engel*; dall'altro, specularmente, la Corte di Giustizia, pur ammettendo in via generale la legittimità del cumulo sanzionatorio, sembra tuttavia imporre al giudice di verificare che lo stesso non riveli, appunto, una doppia natura sanzione penale, pena violazione della garanzia<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. i § 34 e 36 della sentenza, che richiama il profilo degli standard nazionali, ai fini della valutazione di proporzionalità, così come richiamati dal § 29.

<sup>78</sup> Cfr. in particolare quanto affermato dalla relazione dell'Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione, n. 35/2014, p. 7 ss. e p. 15, ove si afferma che tale distonia risulta più apparente che reale. Cfr. anche R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 10/2017, 3809 ss., la quale, dopo aver rilevato come le conclusioni di entrambe le Corti non siano così distanti come sembrano («non fosse altro perché i parametri per la qualificazione delle sanzioni nella materia penale coincidono»), evidenzia tuttavia la volontà della Corte di Giustizia di rimarcare l'astratta legittimità del sistema a doppio binario, in questo discostandosi, in punto di principio, dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, si deve porre in evidenza, come del resto ha fatto larga parte della dottrina, che in realtà il percorso delle due Corti europee diverge per addizione<sup>79</sup>.

Infatti, la valutazione imposta al giudice da parte della giurisprudenza UE, da effettuarsi sulla base dei criteri *Bonda (rectius: Engel)*, concerne un'ulteriore passaggio, ossia la necessità di valutare che le sanzioni in esame risultino effettive, proporzionate e dissuasive. Solamente l'esito negativo di detta verifica comporta il contrasto con l'art. 50 CDFUE<sup>80</sup>. Ancora, tale fondamentale momento viene demandato al singolo giudice nazionale, in contrasto con le tendenze della Corte di Strasburgo, che tradizionalmente ha sempre incentrato su di sé questo tipo di valutazioni.

Questo, pertanto, l'elemento "aggiuntivo" della giurisprudenza UE: una valutazione non solo sulla natura sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo, ma che tenga anche conto del complessivo carico sanzionatorio.

In altri termini, se da un lato la sentenza *Grande Stevens* induce a ritenere che in presenza di due presupposti, la natura sostanzialmente penale e l'identità del fatto storico, si sarebbe applicato automaticamente il divieto *ex art. 4 Prot. 7 CEDU*, la Corte di Giustizia, al contrario, ritiene che detta preclusione, *ex art. 50 CDFUE*, sarebbe potuta scattare *solo* in presenza di una verifica ulteriore, relativa alla sussistenza di una proporzione fra fatto e doppio binario sanzionatorio.

Detta sostanziale differenza trova una spiegazione a monte, nella valutazione dei fini sottesi al ragionamento delle due Corti: la valorizzazione *a priori* del divieto come garanzia *ad personam*, per la Corte di Strasburgo (con connessa estensione del divieto sino a far dubitare della legittimità costituzionale del meccanismo del doppio binario *in toto* considerato); la necessità di contemperare tale garanzie con la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, per la Corte di Lussemburgo (che arrestava la preclusione ad una verifica "di conformità" del cumulo sanzionatorio al principio di proporzionalità della pena).

---

<sup>79</sup> Cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1060. Cfr. anche G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, p. 477 s., i quali rilevano tuttavia una vera e propria divergenza nell'operato delle due Corti.

<sup>80</sup> Cfr. i § 35, 36 e 37 della sentenza *Fransson*.

3.3. *La seconda fase: il revirement della Corte di Strasburgo (caso A. e B. c. Norvegia) ed il tritico della Corte di Giustizia (casi Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca).*

I principi contenuti nella sentenza *Grande Stevens* hanno avuto l'effetto di estendere la portata del divieto *ex art. 4 Prot. 7 CEDU* sino a far ritenere che il meccanismo del doppio binario sanzionatorio potesse cadere *in toto* sotto la sua scure<sup>81</sup>. In effetti, i casi di *idem factum*, accompagnati da sanzioni sostanzialmente riconducibili al concetto di materia penale, risultano essere, in questi termini, le ipotesi più frequenti di cumulo sanzionatorio<sup>82</sup>. Probabilmente, il rischio di veder tramontare il sistema a doppio binario, il cui utilizzo è estremamente diffuso fra gli Stati europei, è risultato essere uno dei principali fattori che ha spinto la Corte di Strasburgo a compiere una vera e propria inversione di marcia, attraverso la sentenza *A. e B. c. Norvegia*<sup>83</sup>.

A ben guardare, tuttavia, tale decisione può essere letta anche in un altro senso, ossia come un tentativo, da parte della Corte EDU, di riavvicinarsi ai dettami della Corte di Giustizia. Non va dimenticato infatti che la Corte di Lussemburgo ha affrontato la questione della legittimità del doppio binario pur sempre nell'ottica di salvaguardare

---

<sup>81</sup> Evidenziano tale circostanza, prima del parziale *revirement* operato dalla Corte EDU, M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 117; G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 (ult. acc. 15/10/2019); F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, *op. cit.*, 2.

<sup>82</sup> Anzi, può evidenziarsi come i casi di doppio binario sanzionatorio in senso stretto, ossia come contemporaneo cumulo di sanzioni penali ed amministrative, cadano *in toto* sotto l'ombra del *ne bis in idem factum*. Esulano da esso i soli casi, invero meno frequenti, in cui questa doppia tutela agisce su due momenti differenti, o su soggetti diversi, dello stesso fenomeno criminoso: è il caso, a titolo d'esempio, della disciplina di contrasto alle fattispecie riciclatorie, il cui apparato di sanzioni amministrative è predisposto non nei confronti del riciclatore, per il quale sono previste le fattispecie di cui agli artt. 648 *bis* e ss., bensì con riguardo ad altri soggetti, c.d. "a rischio", quali gli intermediari bancari, attraverso un sistema volto a sanzionare, a monte, la mancata segnalazione di operazioni sospette (cfr. d. lgs. 231/2007).

<sup>83</sup> Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio* (ult. acc. 15/10/2019). Per approfondimenti sulla sentenza cfr. anche, *ex multis*, G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, *passim*; A. PERRONE, *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. e prat. Trib.*, 3/2018, 1128 ss.; A. SCARCELLA, *Un passo indietro della Grande Camera della Corte di Strasburgo sulla questione del ne bis in idem in materia tributaria?*, in *Quot. giur.*, 16 novembre 2016; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.* Cfr. inoltre, da ultimo, con riferimento al dialogo fra Corti europee in materia tributaria, P. DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della "sufficiently close connection in substance and time"*, in *giurisprudenza penale web*, 4/2018.

gli interessi finanziari dell'Unione, richiedendo, per la "salvezza" di tali sistemi, la necessaria proporzionalità del meccanismo sanzionatorio da essi apprestato<sup>84</sup>.

Ma procediamo con ordine.

Il parziale *revirement* operato dalla Corte di Strasburgo può riassumersi nei seguenti termini: non viola il divieto di *bis in idem*, così come sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, la celebrazione di un secondo processo penale, seguito dall'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato condannato in via definitiva dall'autorità amministrativa, con sanzione tuttavia riconducibile al concetto di materia penale, a patto che tra i due procedimenti sussista una "*sufficiently close connection in substance and time*".

Detta connessione, viene ritenuta sussistente dalla Corte attraverso l'adozione di un test, che individua gli elementi la cui presenza consente di ritenere non applicabile il divieto di *bis in idem*, pur a fronte di un cumulo sanzionatorio sul medesimo fatto storico<sup>85</sup>. La contemporanea presenza di questi requisiti, induce a ritenere che la duplicità dei procedimenti, per sé sola, non conduce automaticamente alla violazione della garanzia *ex art. 4 Prot. 7 CEDU*, purché gli stessi possano considerarsi come

<sup>84</sup> Nello stesso senso, ancora, G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 477; nonché, F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 292. Emblematico quanto affermato da A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, p. 1057, secondo il quale l'ampliamento dell'ambito applicativo del *ne bis in idem* «sembra essersi arrestato a causa dello stesso *dietrofront* della Corte EDU, la quale ha finito per riconoscere come prevalente, per così dire, la *ragion di Stato*».

<sup>85</sup> Test, che poggia su un requisito, quello della sufficiente connessione sostanziale e temporale, che invero risulta già abbozzato in precedenti pronunce della Corte. Cfr., ad esempio, Corte EDU, Sez. II, 30 maggio 2000, n. 31982/96, *R.T. c. Svizzera*; Corte EDU, Sez. II, 13 dicembre 2005, n. 73661/01, *Nilsson c. Svezia*; Corte EDU, *Lucky Dev c. Svezia*, cit. Tuttavia, alla sentenza *A. e B. c. Norvegia* si deve la più compiuta teorizzazione di tale requisiti, attraverso una puntuale enucleazione degli indici sintomatici dello stesso. Nello specifico, accanto alla necessaria contiguità temporale fra i due procedimenti, la Corte enuclea al § 132 i seguenti criteri: «a) *whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved*; b) *whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem)*; c) *whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set*; d) *and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate*». Per le critiche mosse in dottrina all'estrema vaghezza del test proposto dalla Corte si rinvia, *ex multis*, F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 352; R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 838 ss.; F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *www.penalecontemporaneo.it* (ult. acc. 15/10/2019). Cfr. inoltre, più diffusamente, *infra*, par. 4.1.

aspetti differenti, da un punto di vista sostanziale, di un unico procedimento o, quantomeno, come due procedimenti integrati<sup>86</sup>.

In altri termini, la Corte di Strasburgo ha proceduto a temperare la notevole estensione applicativa del principio, causata dall'interpretazione estensiva del concetto dell'*idem* (sul quale non si registra alcun mutamento), attraverso una ulteriore ricostruzione, questa volta in chiave restrittiva, dell'elemento del *bis*<sup>87</sup>.

Ciò che incuriosisce non è tuttavia la scelta di intervenire sull'altro elemento del divieto di doppio giudizio, quanto piuttosto la selezione degli indici rilevanti per la sussistenza della “*sufficiently close connection in substance and time*”.

Certamente, la maggior parte dei criteri risultano, almeno da un punto di vista logico, congruenti con le finalità del divieto di *bis in idem*, testimoniando la necessità che i due procedimenti si svolgano in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione dei procedimenti, dimostrandosi in qualche modo “figli” della tradizionale *ratio* sottostante al divieto processuale. Tuttavia, alcuni dei criteri prospettati non risultano in alcun modo ricollegabili agli scopi del *ne bis in idem* processuale.

Nello specifico nel primo gruppo rientrano tutti quei criteri che si conformano in un modo o nell'altro alla necessità di rispettare le ben note esigenze di economicità, celerità ed efficienza dei giudizi: la necessità che i differenti procedimenti abbiano scopi diversi ed assumano a oggetto anche differenti aspetti della stessa condotta; la necessità che gli stessi siano condotti in modo da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella raccolta delle prove; il criterio di natura cronologica, il quale, sebbene non impone uno svolgimento “in contemporanea” degli stessi, in ogni caso sottintende che tanto più risulta elevato il lasso temporale fra la celebrazione dei due procedimenti, quanto più risulterà probabile la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Meno chiaro, al contrario, risulta essere il riferimento ad altri criteri, quali la necessità che la duplicità dei procedimenti sia un effetto *prevedibile* della condotta e, soprattutto, la necessità di rispettare la proporzionalità della pena nel momento di inflizione della seconda sanzione.

---

<sup>86</sup> Si segnala tuttavia che anche i giudici convenzionali hanno sottolineato come la soluzione migliore sarebbe in ogni caso quella della riunione dei due procedimenti, in modo tale da prevedere l'applicazione delle due sanzioni da parte della medesima autorità. Cfr. § 130.

<sup>87</sup> Cfr. in questo senso A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1046; nonché F. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 292, il quale più prudentemente parla, in relazione ai due procedimenti, di “sistemi sanzionatori integrati” e non di *unico* procedimento. Cfr. anche M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1725 ss.

In particolare, quest'ultimo elemento è quello che suscita maggiori perplessità: certamente, esso rappresenta la prova più evidente del tentativo, operato dalla Corte EDU, di riallinearsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che già evidenziava la necessità di valutare la proporzionalità del cumulo di sanzioni<sup>88</sup>; tuttavia, non ci si può esimere dall'evidenziare che il richiamo alla necessità di predisporre un meccanismo sanzionatorio proporzionato nulla ha da spartire con la tradizionale *ratio* della garanzia processuale. Al contrario, essa è intimamente riconnessa a quelle esigenze valoriali proprie della versione sostanziale del divieto, come *ne bis poena in idem*<sup>89</sup>.

Sull'altro versante, è nuovamente intervenuta la Corte di Giustizia, con un tritico di sentenze da tempo atteso in dottrina. Il riferimento è alle cause *Menci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma e Zecca*, con le quali i giudici rimettenti richiedevano di valutare la compatibilità di taluni sistemi a doppio binario, con l'art. 50 CDFUE<sup>90</sup>.

Preliminarmente va rilevato che il percorso argomentativo della Corte è sostanzialmente il medesimo in tutte e tre le sentenze, per cui sarà sufficiente richiamare la prima delle tre.

In estrema sintesi, la Corte giunge a ritenere che, a determinate condizioni, la celebrazione di un doppio procedimento per gli stessi fatti non costituisce una violazione, bensì una mera limitazione del divieto di *bis in idem*, la cui giustificazione si rinviene nel già citato art. 52, c. 1 della Carta di Nizza.

Procedendo con ordine, in primo luogo vengono confermati tanto il concetto di "materia penale", quanto quello di *idem factum*, nel medesimo significato e portata loro conferito dalla consolidata giurisprudenza EDU<sup>91</sup>. Specularmente, anche sul versante eurocomunitario si conferma che, a certe condizioni, il binario sanzionatorio non viola il

<sup>88</sup> Evidenziano chiaramente questa circostanza, su tutti, G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 476; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3831 ss.

<sup>89</sup> Rileva tale circostanza *ex multis*, A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1060 ss.; evidenzia come la valutazione della proporzionalità della risposta sanzionatoria attenga più propriamente al *ne bis in idem* sostanziale, in relazione al caso *Fransson*, anche N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 221.

<sup>90</sup> Cfr. Corte giust., Gr. Sez., 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e altri* (C-537/16), *Di Puma e Zecca* (C-597-597/16), con nota di F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, 949 ss.; F. CONSULICH, C., GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *giurisprudenza penale web*, 4/2018. Cfr. anche A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2018, 286 ss.; M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1729 ss.

<sup>91</sup> Cfr. in particolare i § 34 e ss. della sentenza *Menci*.



divieto di *bis in idem*, pur in presenza della convergenza di sanzioni sostanzialmente penali sul medesimo fatto.

Pertanto, anche la Corte di Giustizia procede alla predisposizione di un *test* attraverso cui valutare l'applicazione o meno della preclusione. Test che risulta necessario proprio in virtù dell'art. 52, c. 1 della Carta, che ammette limitazioni ai diritti da essa garantiti solo nel rispetto del principio di proporzionalità, in una logica che si potrebbe definire di *extrema ratio*<sup>92</sup>.

Prima di addentrarsi nell'analisi di questo secondo test, deve evidenziarsi come la Grande Sezione non abbia invero assunto una posizione particolarmente innovativa rispetto a quanto già affermato nella sentenza *Fransson*. Al contrario, il percorso seguito è sempre lo stesso, sia in relazione alla possibilità di “salvare” i sistemi a doppio binario dal *ne bis in idem*, sia ribadendo in un certo qual modo che l'esperienza delle due Corti viaggia sì su binari paralleli, e purtuttavia detti binari rimangono *differenti*: non a caso nella sentenza *Menci* si rimarca che la propria interpretazione dell'art. 50 CDFUE «non incide (sul livello di tutela) garantito all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>93</sup>.

Nonostante questo apparente atteggiamento conservativo, l'analisi degli indici enucleati nella sentenza induce a ritenere che i due *test* non divergano in modo significativo l'uno dall'altro.

In proposito, nel rispetto dei limiti sanciti dall'art. 52, c. 1 della Carta, la Corte di Lussemburgo, al pari di quella di Strasburgo, richiede: che i procedimenti riguardino scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta; che il doppio binario sia disciplinato da norme chiare e precise (*rectius*: il cumulo di procedimenti e sanzioni deve risultare prevedibile al soggetto); che siano presenti disposizioni finalizzate a ridurre l'onere supplementare del cumulo di procedimenti a quanto strettamente necessario (come per esempio, la duplicazione in ambito

---

<sup>92</sup> Cfr. il § 63 della sentenza, che provvede a riassumere i criteri enunciati nei § 44, 49, 53, 55 e 58.

<sup>93</sup> Così la Corte di giustizia, nel § 62 della sentenza. In ogni caso, non pare che la Corte di Giustizia si ponga in reale confronto con la giurisprudenza della Corte EDU, dando “per scontato” che il livello di tutela del principio nell'Unione non risulti inferiore a quello garantito in ambito convenzionale. Cfr. in questo senso anche F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 851, che sottolinea come la Corte di Giustizia abbia sostanzialmente fatto propri i risultati della Corte di Strasburgo, pur dissimulando un atteggiamento conservativo, *cit.* 856.

probatorio); che la severità del cumulo sanzionatorio imposto al soggetto non sia superiore alla gravità del reato contestato<sup>94</sup>.

Risulta pertanto chiaro come gli indici elaborati dalle Corti siano, a conti fatti, in gran parte sovrapponibili.

Inoltre è interessante evidenziare che sino a prima del *revirement* operato da *A. e B. c. Norvegia*, l'applicazione della giurisprudenza *Grande Stevens* avrebbe certamente ricondotto tali ipotesi ad una violazione del divieto convenzionale, mentre secondo i dettami eurounitari la limitazione del divieto di *bis in idem* sarebbe stata perfettamente plausibile.

Chiaramente, una simile circostanza avrebbe ingenerato non pochi inconvenienti, in particolare in virtù della clausola di salvaguardia *ex art. 52, c. 3 CDFUE*. Ecco perché, sotto questo punto di vista, può effettivamente concordarsi con chi ha affermato che la Corte di Strasburgo, nel caso *A e B c. Norvegia*, sia sostanzialmente intervenuta “in soccorso” della Corte di Lussemburgo, negando l'automatica applicazione del divieto di *bis in idem*<sup>95</sup>.

Ciononostante, sussistono ancora alcune divergenze nell'incedere delle due Corti.

In particolare, se la Corte di giustizia riconosce che la combinazione di più procedimenti costituisce una limitazione del divieto di *bis in idem*, e che, come tale, necessità di essere giustificata sulla base dell'art. 52 della Carta di Nizza; al contrario, la Corte di Strasburgo non la ritiene essere una limitazione, ma più radicalmente esclude che la stessa rientri nell'ambito applicativo del divieto, proprio ritenendo che la stessa non costituisca un'ipotesi di “*bis*”<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. § 44,49 ,52,53 e 55.

<sup>95</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3830 ss., nonché F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 956; Cfr. anche C. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 480, che, in un'ottica di contrapposizione fra Corti, più incisivamente parlano di vera e propria «resa a Lussemburgo». In dottrina, non si è mancato anche di sottolineare come detta “mitigazione” del divieto risulti anche essere conseguenza delle forti pressioni poste in essere dagli Stati firmatari, in conseguenza del rischio di veder minati in radice i sistemi a doppio binario, M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1725 – 1726.

<sup>96</sup> Cfr. in questo senso anche M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1730 ss. Sotto questo punto di vista, l'Autore sottolinea peraltro come l'inquadramento, da parte della Corte di giustizia, del doppio binario come limitazione dell'art. 50 della Carta, impone chiaramente che tali ipotesi siano giustificate sulla base dell'art. 52, sicché è ragionevole ritenere che la stessa stabilisca uno standard maggiore nell'applicazione del divieto, rispetto a quanto operato dalla Corte di Strasburgo. In questo senso, può nuovamente concordarsi con l'Autore, laddove afferma che: «*a second prosecution or sanction after a final first one is a limitation of the principle, requiring a solid justification. The ECJ has managed to avoid an open conflict with the ECtHR, but has also kept its options open to raise the*

In secondo luogo, un'altra differenza si rinviene sul piano degli intenti: nonostante il passo indietro operato nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, risulta chiaro che lo scopo della Corte di Strasburgo è, prima di tutto, quello di guardare al diritto del singolo a non vedersi perseguito (e condannato) più volte per il medesimo fatto; dall'altro, altrettanto evidenti sono le diverse motivazioni che si pongono alla base del ragionamento della giurisprudenza UE, che pare sempre muovere dalla primaria necessità di garantire un'efficace tutela (e, conseguentemente, il perseguimento) degli interessi finanziari dell'Unione<sup>97</sup>.

Infine, può notarsi come la necessità di garantire "effettività" al diritto UE per il perseguimento degli interessi comunitari si è progressivamente intensificata nel ragionamento della Corte di giustizia: se nella sentenza *Fransson* il principio di *bis in idem* pareva comunque in primo piano, limitato in ipotesi di *extrema ratio* al fine di non frustrare un'efficace tutela degli interessi dell'Unione, nella più recente giurisprudenza la prospettiva pare rovesciata, dando quasi l'idea che sia lo stesso divieto di doppio giudizio a ritagliarsi uno spazio in via residuale, ponendosi come strumentale rispetto agli interessi generale dell'Unione<sup>98</sup>.

#### 4. Il nucleo comune del ne bis in idem convenzionale: la contaminazione sostanziale della garanzia processuale.

Pur a fronte di queste divergenze, risulta possibile trarre positive conclusioni circa la presenza di una *common area* nell'interpretazione convenzionale del divieto di

---

*standards over time*», cit. 1748. Cfr. anche M. VETZO, M. VETZO, *The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Case of Menci, Garlsson and Di Puma*, in *Review of Eu. Adm. Law* Vol. 11, n. 2/2018, 72, il quale tuttavia s'interroga se questa differenza possa realmente portare ad un più alto livello di tutela del divieto *de quo* in ambito eurounitario, visto che i criteri enucleati dalle corti risultano in larga parte sovrapponibili. Si veda, infine, A. PROCACCINO, *op. cit.*, 273, nt. 17.

<sup>97</sup> Tale prospettiva è facilmente rinvenibile in molteplici passaggi della sentenza *Menci*, la quale, facendo leva sull'interpretazione dell'art. 52, c. 1 della Carta, predispone sì la limitazione ai diritti in essa garantiti come da effettuare nei casi di stretta necessità e nel rispetto del principio di proporzionalità (da intendersi in questo specifico caso non come proporzionalità fra fatto e sanzione, quanto come scelta della misura necessaria al raggiungimento dello scopo), ma elevando la tutela delle finalità dell'UE a filo rosso di tutta l'argomentazione. Cfr. in particolare i § 41, 44, 63.

<sup>98</sup> Cfr. in questo senso F. PEPE, *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 525.

*bis in idem*. In aggiunta, può già sin da ora anticiparsi come, ai fini di un'indagine sui profili sostanziali di tale preclusione, essa rivesta un ruolo fondamentale.

Infatti, può concordarsi con chi afferma, in relazione al rapporto fra la giurisprudenza delle Corti europee dopo il caso *Menci*, che «*the picture that emerges from the foregoing is that the ECJ takes a different approach from the ECtHR, though in the end the results may not be that different. The principle of ne bis in idem is clearly presentend as a common EU right principle*»<sup>99</sup>.

Appare infatti possibile ritenere perfettamente sovrapponibili le acquisizioni in tema di *idem factum* e l'interpretazione del concetto di materia penale, unitamente al ricorso al principio di proporzione nella valutazione dell'elemento del *bis* (nonché, più in generale, dei due test elaborati ai fini di evidenziare l'ambito di applicazione del divieto)<sup>100</sup>, che costituiscono a tutti gli effetti un'area comune nella giurisprudenza delle due Corti.

Per quanto interessa in questa sede, risulta estremamente significativo come la giurisprudenza europea e convenzionale presenti una spiccata tendenza ad elaborare un nuovo volto del divieto, quasi una sorta di *tertium genus*, nel quale si assiste ad una profonda “contaminazione” del piano processuale ad opera di istanze strettamente legate al *ne bis in idem* sostanziale. Invero, che la giurisprudenza delle due Corti si stia muovendo verso una palese sovrapposizione dei due piani del divieto è ormai fatto acclarato in dottrina, ove tale fenomeno è stato variamente descritto nei termini di: “contaminazione” sostanziale del *bis in idem*<sup>101</sup>; “stretto collegamento”, ove il divieto di doppia condanna diviene il fondamento sostanziale di tale garanzia, identificando nella

<sup>99</sup> Così M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1732.

<sup>100</sup> Evidenzia la similarità fra i due test anche M. VETZO, *op. cit.*, 70-71. Risulta comunque doveroso specificare come, pur a fronte di un comune richiamo al principio di proporzione, lo stesso viene declinato secondo due differenti angolazioni. Se da un lato la Corte di Strasburgo richiede che la proporzione riguardi l'intera reazione sanzionatoria prevista dalla disciplina (pertanto, a monte), dall'altro, la Corte di Lussemburgo fa riferimento al *difetto* di proporzione nella reazione sanzionatoria, ossia impone la verifica di proporzionalità nei confronti della risposta sanzionatoria “superstite” (ossia a valle, dopo la definitività del primo giudizio). In ogni caso, tale “divergenza di prospettive” è più ristretta di quanto non sembri. Come rilevato in dottrina, «le due prospettive si ricongiungono osservando come il rilievo di sproporzione (per difetto) della sanzione “superstite” dovrebbe sottendere il riscontro del carattere proporzionato dell'assetto sanzionatorio non menomato dall'ipotetica operatività del principio. Di modo che [...] in entrambi i casi è il trattamento sanzionatorio (complessivamente) proporzionato a rappresentare la possibile ancora di salvezza del doppio binario rispetto alle censure di *bis in idem*», A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1060. Anche la cassazione si spinge ad indentificare un nucleo comune alle posizioni delle Corti europee, ravvisandolo in particolare nel principio di proporzionalità. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019), in particolare, i punti 3.3.4 e 4 delle considerazioni in diritto.

<sup>101</sup> F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 953.

proporzionalità il “vero contenuto sostanziale del divieto convenzionale”<sup>102</sup>; “ingerenza” ed “interferenza” del piano sostanziale in quello processuale<sup>103</sup>; “emersione” della dimensione anche sostanziale del divieto di *bis in idem*;<sup>104</sup> e financo, più enfaticamente, come “trasformazione” o “trasmutazione” del divieto a garanzia sostanziale<sup>105</sup>.

Certamente, le Corti, almeno sulla carta, affermano di muoversi su di un piano esclusivamente processuale, a nulla rilevando le declinazioni sostanziali dello stesso, derivanti da istanze valoriali (*rectius*, di *proporzione* fra fatto e sanzione)<sup>106</sup>.

Tuttavia, non ci si può sottrarre dall’evidenziare come la vicenda del *ne bis in idem* convenzionale sia satura di elementi che non si ricollegano affatto al tradizionale divieto di doppio giudizio, ma che possono ricondursi, implicitamente o financo necessariamente, alla sua proiezione sostanziale.

In primo luogo, non va dimenticato come la vicenda del *bis in idem* convenzionale origini dalla censura di sistemi a doppio binario sanzionatorio, circostanza, quest’ultima, che dovrebbe indiziare in primo luogo verso il fenomeno del concorso apparente di norme<sup>107</sup>. A sostegno di tale assunto, si può richiamare la parziale *dissenting opinion* dei giudici Pinto de Albuquerque e Karakaş alla sentenza *Grande Stevens*, ove, al § 27, gli stessi richiamano il principio di specialità *ex art. 9 l. n. 689/1981*, quale garanzia a tutela dell’individuo avverso l’indebito cumulo sanzionatorio, sottolineandone tuttavia l’insufficienza per la risoluzione del caso<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 486.

<sup>103</sup> Così, rispettivamente A.F. TRIPODI, *Cumili punitivi*, *op. cit.*, 1064; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 314.

<sup>104</sup> N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2/2019, 662 ss.

<sup>105</sup> Rispettivamente, F. PEPE, *op. cit.*, 523; A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione*, *op. cit.*, 288. Evidenziano inoltre tale commistione, o, in ogni caso, il ruolo dominante del criterio di proporzionalità, *ex multis*, M. BONTEMPELLI, *op. cit.*; F. CONSULICH, C. GENONI, *op. cit.*; N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem*, *op. cit.*; A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un’occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. Pen.*, 12/2017, 4578 ss.; A. PERRONE, *op. cit.*; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*; C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*

<sup>106</sup> Ciò è vero in particolare per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, che ha preso posizione sul punto nella sentenza Corte EDU, Sez. I, 25 giugno 2009, n. 55759/07, *Maresti c. Croazia*.

<sup>107</sup> Cfr. quanto affermato all’indomani della sentenza *Grande Stevens* dall’Ufficio del Massimario penale, n. 35/2014, *op. cit.*, 14, secondo cui le affermazioni della Corte EDU potrebbero essere lette «anche in chiave più generale e riferit(e) al concetto di specialità, quasi a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica “in concreto”, e non “in astratto” nel confronto fra fattispecie tipiche, con una prospettiva che, in tal caso, aprirebbe spazi di dissonanza rispetto ai canoni interpretativi ordinariamente accolti dalla giurisprudenza costituzionale interna e da quella anche recente delle Sezioni unite della Corte di cassazione».

<sup>108</sup> Cfr. anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 220.

Sotto questo punto di vista, deve infatti sottolinearsi che un'applicazione delle regole sul concorso apparente non circoscritta alla sola specialità unilaterale avrebbe infatti potuto scongiurare il ricorso al divieto processuale di *bis in idem*<sup>109</sup>. In questo senso, il problema andrebbe pertanto ravvisato già a monte, laddove il cumulo risulta facoltizzato a causa della già citata incapacità del solo principio di specialità unilaterale ad evitare indebiti fenomeni di convergenza. Tale criticità, letta nell'ottica sostanziale della Corte, ossia più precisamente nella consapevolezza della natura sostanzialmente penale *anche* dell'illecito amministrativo, è ben nota, riguardando i criteri discretivi fra concorso formale e concorso apparente.

In effetti, tornando alla parziale opinione dissenziente alla sentenza *Grande Stevens*, deve notarsi che, dopo aver sottolineato l'insufficienza del principio di specialità, i giudici evidenziano che lo stesso sarebbe dovuto comunque essere applicato, dal momento che entrambe le fattispecie contestate erano poste a tutela del medesimo bene giuridico, differenziandosi per il solo fatto che l'illecito penale risultava essere una fattispecie di pericolo concreto (art. 185 T.u.f.) mentre quello amministrativo di pericolo astratto (art. 187 *ter* T.u.f.). Risulta chiaro tuttavia che siffatte argomentazioni, più che con il principio *ex artt.* 9 l. n. 689/81 e 15 c.p., risultano confacenti a giustificare un concorso apparente per sussidiarietà (diversi gradi di offesa al medesimo bene giuridico), ovvero per consunzione (dovendo l'offesa maggiore assorbire quella minore, in base al grado di pericolo della fattispecie).

In questi termini, infatti, seguendo l'approccio sostanzialistico derivante dal concetto di *matière pénale*, il cumulo di sanzioni amministrative e penali altro non è che il risultato di un fenomeno di convergenza di più fattispecie sostanzialmente penali sullo stesso fatto<sup>110</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, chiaro è che le censure mosse dalla Corte EDU in tema di doppio binario sanzionatorio, s'incentrano su ipotesi che, in linea di principio, non si pongono necessariamente in contrasto col piano sostanziale del *ne bis*

<sup>109</sup> Cfr. *infra*, par. 2.1, per quanto concerne il nesso funzionale fra le due preclusioni. Cfr. in questo senso anche M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 131-132; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1054.

<sup>110</sup> Sottolinea l'opportunità di risolvere sul piano sostanziale la questione della convergenza di fattispecie penali ed amministrative anche R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3821; Evidenzia la necessità che il legislatore intervenga anche nel campo del concorso formale e del concorso apparente anche F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 959.

*in idem*, quantomeno secondo talune accezioni che di esso fornisce l'approccio monista<sup>111</sup>.

Infine, rievocando quel nesso funzionale intercorrente fra i piani sostanziale e processuale del divieto, può anche maliziosamente suggerirsi che, guardando la vicenda dal versante sostanziale in luogo di quello processuale, essa non sarebbe risultata così rivoluzionaria, toccando profili di criticità ben noti: la linea di confine fra concorso formale ed apparente, correndo sul solo criterio di specialità è, di per sé sola, insufficiente, ed abbisogna di correttivi tesi a definirne i confini oltre l'angusto ambito operativo dell'art. 15 c.p. (nonché dell'art. 9 l. n. 689/81).

#### 4.1. Ne bis in idem *convenzionale e proporzionalità*.

Certamente, queste prime considerazioni non sono sufficienti ad invocare con forza la necessità di un'elaborazione sostanziale del divieto di *bis in idem*. I sistemi a doppio binario infatti, benché riconducibili alla materia penale, rimangono in ogni caso inscindibilmente legati all'instaurazione di più procedimenti, nelle rispettive sedi, richiamando pertanto le garanzie proprie del divieto di doppio giudizio.

Tuttavia, la questione va esaminata anche e soprattutto alla luce del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione (o, meglio, sanzioni). Quest'ultimo, infatti, rischia di aprire un vero e proprio vaso di Pandora sul tema: lungi dall'essere un mero richiamo di stile, esso, nell'ottica delle Corti europee, pare destinato a giocare un ruolo da protagonista, sulla cui portata si rende necessario indugiare.

In questo senso, già si è evidenziato che il giudizio di bilanciamento delle sanzioni porta ad «investire il profilo sostanziale del rapporto tra le norme sottostanti ai due giudizi»<sup>112</sup>. Infatti, non pare un'esagerazione affermare che intanto risulta possibile opinare in merito alla proporzionalità della risposta sanzionatoria, in quanto si siano poste a raffronto, dal punto di vista sostanziale, le fattispecie di volta in volta considerate. In tal modo, il giudizio di proporzionalità non dovrebbe compiersi sulla

---

<sup>111</sup> Basti pensare che le ipotesi di concorso formale sullo stesso fatto nelle quali manchi quell'*idem legale* necessario per far scattare la disciplina dell'art. 15 c.p. (o dell'art. 9 l. n. 689/81, nel caso di cumulo di illeciti di natura penale ed amministrativa), nonostante non si pongano in contrasto con la disciplina del concorso apparente, secondo l'impostazione monista, risultano in ogni caso censurabili in forza delle logiche sostanzialistiche del *ne bis in idem* convenzionale.

<sup>112</sup> In questo senso cfr. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem*, *op. cit.*, 219.

dimensione del doppio processo, bensì sulla rispondenza al *bis in idem* sostanziale della complessiva risposta sanzionatoria (e, ravvisato il contrasto, ad interrogarsi sull'attuale valenza del principio di specialità, tanto *ex art. 15 c.p.*, quanto *ex art. 9 l. n. 689/81*, in ordine alla scelta fra cumulo sanzionatorio e concorso apparente).

Tuttavia, bisogna anche indagare quale spessore il criterio della proporzionalità assume nel test elaborato dalle Corti. In altri termini, non si può opinare sull'emersione di una *ratio* sostanziale nella giurisprudenza europea senza prima dimostrare la centralità che la proporzione fra fatto e sanzione assume in questo contesto.

In quest'ottica, va sin da subito specificato come nessuno dei criteri previsti nei test appaia, almeno *prima facie*, prevalente rispetto agli altri, dovendo tutti quanti sussistere al fine di ritenere non applicabile la preclusione in esame. Tuttavia, non pare azzardato rinvenire in ogni caso una sorta di gerarchia latente, che vede proprio nella necessaria proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria la vera protagonista di questa nuova accezione del *ne bis in idem*.

A venire in rilievo è in primo luogo l'enfasi posta dalla Corte EDU sul tema, la quale, nell'elencare i criteri del *test*, identifica la proporzionalità come un criterio principe, *primus inter pares*, come testimoniato dall'enfasi che la Corte pone su di esso ("*and above all*", e soprattutto, più degli altri)<sup>113</sup>.

Ancora, si rende necessario stabilire cosa esattamente debba intendersi per proporzionalità. In questo senso, deve sottolinearsi che, in questa sede, essa non coincide, e non va confusa, con il più generale principio di proporzionalità sancito dall'art. 52, c. 1 CDFUE. Certamente, tale norma assume il ruolo di criterio guida nell'elaborazione *dell'intero* test da parte della Corte, obbligando il giudice eurocomunitario ad interpretare le deroghe al *ne bis in idem* secondo i canoni dell'*extrema ratio*. Tuttavia, al più si può affermare che una delle declinazioni del principio sancito dall'art. 52, sul versante sostanziale del cumulo sanzionatorio, risulta essere quella della necessaria proporzionalità fra sanzione irrogata e gravità della violazione commessa, in una prospettiva retribuzionistica, il cui referente normativo

---

<sup>113</sup> Evidenziano il primato del principio di proporzionalità anche F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 953; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1064; per la centralità del principio anche nella giurisprudenza di Lussemburgo cfr. F. CONSULICH, C. GENONI, *op. cit.*, 14-15; infine, nell'ottica di una generale critica al test della *sufficiently close connection in substance and time*, ritengono che tale criterio sia (forse) quello meno vago, benché non esente da criticità, F. PEPE, *op. cit.*, 523; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3833.



risulta tuttavia essere chiaramente l'art. 49 della Carta<sup>114</sup>. Pertanto, pare facilmente intuibile come questo nuovo modo di intendere il *bis in idem* si risolva in una sorta di valorizzazione del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, tale per cui il carattere proporzionato del cumulo diventa indice di legittimità del doppio binario, con la conseguenza che il piano sostanziale pare non solo “inquinare” quello processuale, ma assume, in certo qual modo, maggiore rilevanza in confronto a quest'ultimo.

In relazione a questo profilo, risulta interessante evidenziare come anche approcciandosi al test europeo in chiave critica (se non persino demolitoria), si sia comunque in grado di assegnare un ruolo prevalente al criterio di proporzionalità, che risulta essere in ogni caso quello “più logico” (oppure, a contrario, “meno illogico”, per meglio enfatizzare le tante criticità del test).

Deve infatti rilevarsi che l'estrema vaghezza dei criteri elaborati ha indotto diverse voci a classificarli come una mera formula vuota, sicché solo il tempo e lo stratificarsi di ulteriori pronunce sarà in grado di dirimere, o quantomeno alleviare, i numerosi dubbi che sorgeranno in materia<sup>115</sup>.

Già il primo criterio enucleato dalla Corte EDU, secondo cui i due procedimenti devono perseguire *different purposes*, rischia di tradursi in una mera dichiarazione di stile, destinata a rimanere “sulla carta”<sup>116</sup>. Nel tentativo di fornire qualche valenza a detto requisito, potrebbe affermarsi che mentre sul versante amministrativo si persegue uno scopo compensatorio, su quello penale, al contrario, la finalità risulta essere di stampo punitivo.

Tale distinzione, se da un lato non convince, in quanto anche nelle sanzioni amministrative è dato riscontrare istanze di carattere chiaramente retributivo<sup>117</sup>,

---

<sup>114</sup> Evidenzia la declinazione del più generale principio di proporzionalità *ex art. 52 CDFUE* nel particolare caso di proporzione fra fatto e sanzione A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4575; cfr. anche A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1066 ss., secondo cui il criterio della proporzionalità della sanzione non realizza un bilanciamento nella limitazione dei diritti, quanto piuttosto una pura e semplice necessità di proporzione fra fatto e sanzione. Su tutti, cfr. V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, 104 ss.

<sup>115</sup> Lapidaria, in questo senso, la *dissenting opinion* del Giudice Pinto De Albuquerque, sui criteri prospettati dalla Corte di Strasburgo. Critiche dalle quali non è esente nemmeno il criterio di proporzionalità, definito un vero e proprio «*chéque en blanc for States to do as they please*». Cfr. anche F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 656.

<sup>116</sup> Tali considerazioni valgono anche per quanto riguarda la giurisprudenza eurocomunitaria, che impone che i procedimenti e le sanzioni devono avere *scopi complementari*.

<sup>117</sup> Cfr. in questo senso anche la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque relativa alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, nella quale, al § 53, evidenzia come la funzione di prevenzione esercitata

dall'altro rischia di rivelarsi una semplice superfetazione del giudizio che già in precedenza deve compiersi per la valutazione del carattere sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo<sup>118</sup>. Infatti, ogniqualvolta ci si trovi dinanzi ad un illecito solo formalmente amministrativo, deve rilevarsi come, in sede di giudizio sulla connessione temporale e sostanziale, si debba riscontrare la presenza di due procedimenti punitivi, i cui scopi non possono che sovrapporsi.

Quanto al requisito della prevedibilità della duplicità dei procedimenti, lo stesso appare di difficile applicazione: nello specifico, o ci si trova dinanzi ad ipotesi in cui non sussiste alcuna discrezionalità nell'apertura dei procedimenti, sicché la prevedibilità discende comunque dal più generale obbligo conoscitivo della legge in capo ai cittadini; oppure, nel caso vi sia discrezionalità circa, a titolo d'esempio, l'apertura del procedimento amministrativo, risulterebbe comunque difficile coniugare la stessa con il requisito di prevedibilità in concreto del doppio binario<sup>119</sup>. Ancora più nettamente, si è osservato che le sanzioni, per essere applicate, devono essere previste dalla legge, essendo pertanto prevedibili per definizione<sup>120</sup>.

Infine, va comunque osservato che, anche volendo ritagliare uno spazio maggiore a detto criterio, leggendolo in uno con la proporzionalità, lo stesso parrebbe comunque fare riferimento al *ne bis in idem* come meccanismo a garanzia della sanzione piuttosto che verso la duplicazione dei procedimenti, disvelandone nuovamente la natura sostanziale<sup>121</sup>.

Il terzo requisito, teso ad evitare, "*as far as possible*", ogni duplicazione degli oneri processuali, se certamente risulta improntato a logiche di economia processuale, congeniali al *ne bis in idem* procedurale, pecca tuttavia di incoerenza. Nello specifico, l'utilizzo dell'inciso "per quanto possibile", utilizzato dalla Corte, risulta quantomeno illogico, dal momento che esso lascia intendere la possibilità che, pure a fronte di

---

dall'illecito amministrativo reca inevitabilmente con se «*side-effects of punishment and special prevention*».

<sup>118</sup> In questo senso cfr. anche, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3832; AF. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1058.

<sup>119</sup> Per questa seconda ipotesi cfr. nuovamente la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, § 57-59.

<sup>120</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3833. Da rilevarsi inoltre come questo sia l'unico requisito previsto esclusivamente dalla Corte EDU, non essendo stato riproposto, nel caso *Menci*, dalla Corte di giustizia. Ancora, la necessaria prevedibilità della sanzione "strizza l'occhio" al principio di colpevolezza, che gioca un ruolo fondamentale, quantomeno sotto il punto di vista della funzione rieducativa della pena, rispetto al principio di proporzionalità fra fatto e sanzione. Il discorso verrà meglio approfondito nel Cap. III.

<sup>121</sup> In questo senso cfr. F. CONSULICH, C. GENONI, *op. cit.*, 14.

duplicazioni processuali, risulti comunque eludibile la preclusione processuale. In altri termini, la presenza di due procedimenti che duplicano taluni oneri processuali potrebbero non violare in ogni caso il divieto processuale. Situazione, quest'ultima, che non potrebbe accadere invece con riferimento al difetto di proporzionalità, essendo pertanto teoricamente possibile riscontrare ipotesi nelle quali, in presenza di duplicazioni "sopportabili", perché ineliminabili, venga riconosciuta l'operatività del *ne bis in idem* sulla scorta del solo aspetto sanzionatorio: detto in altri termini, l'applicazione del divieto verrebbe garantita secondo logiche puramente sostanziali, laddove non riescano ad arrivare quelle processuali.

In secondo luogo, resta da spiegare come coniugare i differenti *standards* probatori dei due procedimenti, se non altro in relazione alla maggiore "snellezza" propria del procedimento amministrativo rispetto al processo penale<sup>122</sup>.

Infine, per quanto concerne la sufficiente connessione temporale, se da un lato la (quasi) contemporaneità dei due procedimenti non può compensarne in alcun modo la duplicazione, sicché esso rischia di essere utilizzato come un improprio rimedio all'eccessiva durata del procedimento, dall'altro essa assurge a sintomo della emersione di una "concezione sanzionatoria" del processo<sup>123</sup>. In particolare, nella sentenza *Jòhannesson e altri c. Islanda*, se è vero che la Corte EDU ha applicato il test di fatto prendendo a riferimento il solo criterio cronologico, deve tuttavia rilevarsi come, in tale frangente, essa abbia operato una sostanziale sovrapposizione fra la connessione temporale ed il requisito della proporzionalità<sup>124</sup>. Invero, una simile concezione sanzionatoria emerge anche dal requisito della prevedibilità dei due procedimenti. Entrambi gli indici, letti assieme al requisito di proporzionalità (o alla luce di questo),

---

<sup>122</sup> Cfr. sempre la *dissenting opinion* della sentenza *A. e. B. c. Norvegia*, ai § 61-64.

<sup>123</sup> Rilevano tale circostanza anche F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, *op. cit.*, 945; F. CONSULICH, C. GENONI, *op. cit.*, A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4579. In proposito, tale criterio è stato di recente utilizzato dalla Corte EDU al fine di ravvisare la violazione del divieto di *bis in idem* nel caso Corte EDU, Sez. II, 16 aprile 2019, n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con commento di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem* (ult. acc. 15/10/2019). Nel caso di specie la Corte ravvisa la violazione del principio nonostante l'accertata proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria proprio per la violazione del requisito di vicinanza temporale. Nello specifico, i due procedimenti risultavano celebrati in contemporanea solo per pochi mesi; dopo di che, il processo penale andava avanti per anni dopo la conclusione in via definitiva del binario amministrativo. Nonostante una parziale coincidenza nello svolgimento, la Corte procede ad una interpretazione rigorosa del requisito temporale che pare appunto tesa a sanzionare, più che la duplicità (presente anche in caso di svolgimento contemporaneo), la eccessiva durata del procedimento ancora in itinere.

<sup>124</sup> Cfr. in particolare A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4579. Cfr. anche Corte EDU, Sez. I, 18 maggio 2017, n. 22007/11, *Jòhannesson e altri c. Islanda*.

rende un'immagine del *ne bis in idem* processuale come garanzia *ad personam* avverso il cumulo di sanzioni piuttosto che avverso la reiterazione di più procedimenti per lo stesso fatto<sup>125</sup>.

In sintesi, nell'accezione convenzionale il legame fra piano sostanziale e processuale è così stretto da non potersi ritenere che fra di essi vi sia un muro invalicabile, tale per cui non sia possibile quantomeno valutare "l'esportazione" di taluni tasselli ermeneutici, in particolare la centralità del concetto di proporzionalità fra fatto e sanzione, da un piano (processuale) all'altro (sostanziale, legato alla convergenza fra fattispecie)<sup>126</sup>.

Del resto, deve rilevarsi che pure il principio di proporzione fra fatto e sanzione assume una rimarchevole dimensione in ambito europeo: esso trova espresso riconoscimento, come già evidenziato, nella Carta di Nizza, all'art. 49, c. 3, secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; sul fronte convenzionale, nonostante non vi sia un espresso riferimento normativo nella Convenzione, la Corte di Strasburgo riconduce il principio nell'alveo dell'art. 3, interpretando il divieto di punizioni inumane e degradanti come divieto di pene gravemente o manifestamente sproporzionate<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. anche F. PEPE, *op. cit.*, 526, che provocatoriamente afferma come la vicenda convenzionale sembri mettere la parola "fine" al divieto di *bis in idem* come tradizionalmente inteso. Infine, si segnala che non è inoltre mancata in dottrina la voce di chi ha ritenuto che il test non consista in altro che in una sostanziale *reductio ad unum* dei due procedimenti, in cui l'unico vero limite sarebbe quello di proporzionalità. Cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1059.

<sup>126</sup> Cfr. G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 487, che all'interno di più ampie considerazioni circa la necessità di una riforma del sistema punitivo e del concorso apparente di norme, affermano che essa «dovrà tener conto necessariamente di quello che, sullo sfondo, pare essere il vero contenuto sostanziale della garanzia convenzionale: garantire al condannato che all'illecito commesso verrà ricollegata un'unica sanzione attraverso un unico processo e che non vi sarà un altro processo destinato a ricollegare allo stesso fatto una sanzione di tipo diverso. Pur rimanendo fermo che il divieto di un secondo giudizio prescinde dall'eventualità della seconda condanna, è evidente la presenza di uno stretto collegamento fra il *ne bis in idem* processuale e quello sostanziale, in vista del quale opera il divieto di doppia condanna inteso quale fondamento sostanziale della garanzia convenzionale». Sempre in questo senso, cfr. anche F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 287 che sottolinea come la Corte EDU abbia «rideterminato in maniera del tutto originale i caratteri della garanzia sancita dall'art. 4 Prot. n. 7 Cedu "combinandola" con la definizione autonoma del concetto di pena».

<sup>127</sup> Ciò è avvenuto in particolare nei casi di pronunce relative all'ergastolo. Cfr. Corte EDU, Grande camera, 12 febbraio 2008, n. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*; nonché Corte EDU, sez. IV, 10 aprile 2012, nn. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, con nota di C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019).

4.2. *La recezione dei test convenzionale ed eurounitario nella giurisprudenza italiana.*

Proprio il requisito della proporzionalità del trattamento sanzionatorio risulta essere posto in risalto nell'applicazione dei test elaborati dalle Corti europee da parte della giurisprudenza italiana.

Nell'attuale panorama applicativo, i giudici sono ora chiamati a "calare" nella prassi gli astratti criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e convenzionale, e la questione non poteva non investire anche il Giudice delle leggi. Il riferimento è alla recentissima sentenza n. 43 del 2018, la quale, sebbene si risolva in una restituzione degli atti al giudice *a quo*, non risulta scevra di spunti di riflessione<sup>128</sup>. In particolare, ciò che risulta fondamentale in questa sede è il riconoscimento, da un lato, della primazia del principio di proporzione rispetto agli altri criteri prospettati e, in secondo luogo, il riconoscimento della natura anche sostanziale del *ne bis in idem* convenzionale, proprio a causa della necessità di evitare che la totalità del cumulo sanzionatorio risulti sproporzionata<sup>129</sup>.

Certamente, detta sentenza non reca con sé alcun effetto dirimpente, considerando anche che tale affermazione appare più che altro come un *obiter dictum*, ma non può ignorarsi che il riconoscimento anche sostanziale del *ne bis in idem*

---

<sup>128</sup> Cfr. Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019), con nota di A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3/2018, 234 ss.; cfr. anche F. PEPE, *op. cit.*; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2/2018. Nello specifico, la restituzione degli atti al giudice *a quo* viene motivata proprio in relazione alla necessità di esaminare lo *jus superveniens* risultante dai principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, proprio a causa della nuova natura derogabile del principio convenzionale.

<sup>129</sup> Cfr. in particolare il punto 7 delle considerazioni in diritto, laddove la Consulta afferma che «neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale abbia carattere esclusivamente processuale, giacché il criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* operante». Invero, il riferimento al *ne bis in idem* sostanziale come vero e proprio principio del diritto penale risulta sempre più presente, ancorché sfornito di una vera e propria ricostruzione dogmatica e non senza un'eccessiva dose di approssimazione, anche nella giurisprudenza italiana. Cfr., Cass. pen., Sez. II, 29 marzo 2019, n. 13795; Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 13348; entrambe su *DeJure Web*. In particolare, la prima sentenza, al punto 1.5.2. delle considerazioni in diritto, lo definisce testualmente come "principio fondamentale del diritto penale".

convenzionale non è più argomento di appannaggio esclusivamente dottrinale, iniziando al contrario a farsi strada anche nella giurisprudenza di legittimità costituzionale.

Ancora, la stessa Corte di cassazione inizia a muovere i primi passi nell'applicazione dei principi sovranazionali, nel tentativo di fornire un più sicuro percorso nell'applicazione dei vaghissimi test adottati dalle Corti europee.

Il riferimento è alle sentenze n. 45829 e 49869 del 2018, entrambe della Quinta Sezione, che hanno affrontato la questione della proporzionalità della sanzione nel test della *sufficiently close connection*<sup>130</sup>.

In primo luogo, la Quinta Sezione riconosce la preminenza del criterio di proporzione, con la specificazione che il canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio ha più di un termine di confronto con la gravità del fatto commesso<sup>131</sup>. Tale affermazione evidenzia chiaramente il *focus* sostanziale del *ne bis in idem* convenzionale, risultando ancora più pregnante alla luce dell'affermazione per cui la natura di questo principio, in virtù della possibilità che più procedimenti sullo stesso fatto possano non solo iniziare, ma anche concludersi nel rispetto dello stesso, «varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale»<sup>132</sup>.

Il piano sostanziale, nell'applicazione del test, assume ancora maggiore pregnanza proprio per il collegamento fra proporzionalità del cumulo sanzionatorio e gravità dell'illecito, attraverso la valorizzazione dei ben noti criteri di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.* per la valutazione del fatto commesso<sup>133</sup>.

Pertanto, un ulteriore mattone si aggiunge alle fondamenta del ponte ideale che collega i due piani del divieto di *bis in idem*: la sussistenza del divieto di doppio

---

<sup>130</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019), con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*; Cass. pen., Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), con nota di L. ROCCATAGLIA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, in *Giur. pen. web.*, 11/2018 (ult. acc. 15/10/2019); nonché con nota di N. MADIA, *op. cit.*, 662 ss.

<sup>131</sup> Cfr. par. 8.2 e 8.5 delle considerazioni in diritto della sentenza n. 49869 del 2018.

<sup>132</sup> Par. 3.3.4b. delle considerazioni in diritto della sentenza n. 45829 del 2018.

<sup>133</sup> In questo senso, si riconsideri quanto già menzionato *infra* par. 2, in merito alla *ratio* del *ne bis in idem* sostanziale, nella differente declinazione di divieto di considerare più volte lo stesso elemento della fattispecie al reo. Accezione questa, che richiama appunto le relazioni fra art. 133 c.p. e sistema di calcolo delle circostanze.

giudizio poggia sul criterio principe di proporzionalità, che i singoli giudici dovranno valutare sulla base dei criteri di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p.

Può sembrare una conclusione tanto “scontata” quanto foriera di ulteriori criticità, se non altro se si considera che i già vaghi criteri predisposti nel test della *sufficiently close connection* vengono in tal modo declinati attraverso ulteriori criteri, quelli dell’art. 133 c.p., a loro volta permeati da incertezze e dubbi interpretativi<sup>134</sup>. Tuttavia, preme ulteriormente sottolineare come l’applicazione della preclusione processuale risulti *de facto* dipendente dalla *proporzionalità fra sanzione e gravità del fatto concreto*, ossia, in altri termini, dal *ne bis in idem* sostanziale.

Le conclusioni di tali sentenze sono state infine riprese e confermate, sempre ad opera della stessa Quinta sezione, nel caso Erbetta, con un’ultima, rilevante novità<sup>135</sup>.

Il meccanismo di valutazione di proporzionalità della sanzione, secondo i giudici, deve riguardare il *quantum* concretamente inflitto, implicando pertanto che anche gli eventuali sconti di pena dovuti a riti premiali dovranno essere conteggiati nella valutazione della proporzionalità del carico sanzionatorio effettivo. La Corte ha infatti ritenuto che la sanzione concretamente irrogata fosse conforme al requisito di necessaria proporzionalità, con la tuttavia spiacevole conseguenza che la valutazione imposta dai test europei si trasformi in un “annullamento” degli sconti di pena a cui potrebbe giungere l’imputato ammesso ad un rito premiale<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. in questo senso anche F. MUCCIARELLI, *op. cit.* Per approfondimenti circa il momento commisurativo della pena ed i criteri *ex art.* 133 c.p. si veda, *ex multis*, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 76 ss.; E. DOLCINI, *L’art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 398 ss.; ID, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss.; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25 ss.; C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421 ss.; M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996; L. TUMMINELLO, *L’individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010.

<sup>135</sup> Ci si riferisce alla recente Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>136</sup> Cfr. il par. 4.1.3. delle considerazioni in diritto. Nel caso di specie si trattava di un patteggiamento. Nello stesso senso si veda anche L. ROCCATAGLIA, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*, in *Giur. pen. web.*, 2/2019. Risultato, quello raggiunto dalla Quinta sezione, che desta tuttavia profonde perplessità. La scelta di conteggiare anche il rito premiale ai fini dell’applicazione del test comporta notevoli frizioni fra gli scopi che soggiacciono ai riti alternativi, sovente fondati su ragioni di economia processuale, e l’applicazione del nuovo *ne bis in idem* convenzionale (che, nascendo come preclusione processuale, condivide con i primi una *ratio* in parte comune, come già si è evidenziato in apertura del presente capitolo). Le conseguenze sono sconcertanti, concernendo il rischio che la scelta di riti alternativi, il cui incentivo maggiore riguarda proprio gli “sconti di pena”, si tramuti in una valutazione successiva deteriore, tramite non applicazione del divieto convenzionale di doppio giudizio.

5. *Le criticità del ne bis in idem convenzionale in tema di doppio binario sanzionatorio e la necessità di intervenire sul piano sostanziale della convergenza di fattispecie.*

In tema di cumulo di sanzioni, amministrative e penali, il divieto di *bis in idem* convenzionale appare in grado di garantire maggiori tutele al singolo avverso le pretese punitive dello Stato solo ad uno sguardo superficiale. Invero, se non si può non concordare sulla circostanza per cui esso trova ora un'applicazione più estesa, andando anche a "colpire" meccanismi punitivi "travestiti" da sanzioni amministrative, deve tuttavia rilevarsi che la soluzione adottata, sul versante processuale, rischia di ingenerare più problemi che soluzioni.

Nello specifico, pur a fronte di un inquadramento della sanzione amministrativa all'interno del concetto convenzionale di materia penale, non può sottacersi come la stessa venga inflitta all'esito di un procedimento amministrativo che non solo non fa riferimento ad un vero e proprio organo giudiziario, ma che si caratterizza per una protezione molto più affievolita delle tutele che l'ordinamento predispone in favore del soggetto chiamato a rispondere dell'illecito<sup>137</sup>.

Che le garanzie che permeano il sistema penale non siano sempre riscontrabili anche sul versante amministrativo non è né cosa nuova, né può essere considerato un profilo aprioristicamente criticabile, data la diversità degli interessi coinvolti nelle due sedi. Tuttavia, problemi estremamente delicati sorgono proprio in relazione ai sistemi di doppio binario sanzionatorio, nei quali sia riscontrata la natura penale dell'illecito amministrativo.

Deve infatti rilevarsi che ad un affievolimento delle garanzie del singolo, corrisponde, sempre sul versante amministrativo, una maggiore "snellezza" e celerità

---

<sup>137</sup> Deve infatti rilevarsi che deputate ad irrogare sanzioni amministrative sono generalmente le autorità amministrative indipendenti, quali, a titolo d'esempio, la Consob, l'ANAC e l'AGCM. Esse, nonostante siano titolari di funzioni *latu sensu* giurisdizionali, non possono essere qualificate come giudici speciali, stante il divieto posto dall'art. 102 Cost. Basti qui un breve richiamo ad una recentissima sentenza del Giudice delle leggi, che ha negato che l'AGCM sia legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale, in qualità di *giudice a quo*, poiché «essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale». Cfr. Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Tale questione non può essere in questa sede approfondita, limitandosi a rinviare sul punto, *ex multis*, S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (ult. acc. 15.10.2019); G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma 2001.



del procedimento attraverso cui si irroga la sanzione, rendendo statisticamente maggioritari (se non quasi totalitari) i casi in cui questo giungerà a conclusione prima del processo penale, relativo al reato concorrente. In questo frangente, la scure del *ne bis in idem* convenzionale risulta destinata ad operare, nella quasi totalità dei casi, per censurare il procedimento penale, fisiologicamente non in grado di giungere a conclusione prima di quello amministrativo.

Proprio tale circostanza comporta quantomeno un duplice ordine di problemi: in primo luogo, risulta alta la possibilità di frustrare le istanze punitive dello Stato, dal momento che non solo il procedimento che prima si conclude non necessariamente risulterà essere quello che meglio si adatta al caso concreto, bensì anche perché vi è il rischio di veder tramontare aprioristicamente qualsiasi possibilità di agire penalmente, a fronte della maggiore celerità del binario amministrativo<sup>138</sup>. In secondo luogo, tale circostanza rischia di sfigurare profondamente le garanzie del singolo, sottoposto a procedimento amministrativo. Infatti, nella maggioranza dei casi, egli finirà per essere punito attraverso una sanzione sì sostanzialmente penale, ma all'interno di una sede in cui le garanzie proprie del processo penale non operano, oltre al fatto che deputato ad irrogare la sanzione non è, il più delle volte, un giudice, ma un'autorità amministrativa indipendente.

Da notare inoltre come anche nelle ipotesi residuali in cui il procedimento penale risulta il primo a concludersi possono evidenziarsi profonde storture: come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, la Corte di giustizia, comparando le sanzioni in astratto, attribuisce maggiore rilevanza afflittiva a quelle *stricto sensu* penali, rispetto a quelle amministrative. Da ciò deriva che il *ne bis in idem* eurounitario assume in questi frangenti un carattere "asimmetrico: «qualora il processo penale si concluda per primo (...) esso costituirà uno sbarramento di fatto invalicabile per il procedimento amministrativo, mentre nell'ipotesi inversa (...) vi sarebbe spazio per il cumulo

---

<sup>138</sup> Sotto questo punto di vista, la situazione appare ancor più frustrante anche fuoriuscendo da fenomeni tutti interni al singolo Stato. Infatti, nell'ipotesi di un fatto illecito connotato da profili di transnazionalità, ben può succedere che lo stesso incorra in diverse sanzioni, anche di natura differente, elaborate da due o più Stati. Come osserva M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem*, *op. cit.*, 1720, potenzialmente «we could even face situations where a minor administrative fine in one legal order may annul years of work in the preparation for a significant criminal prosecution in another».

sanzionatorio, con il ricordato limite di proporzionalità, il cui scrutinio è comunque demandato alla giurisdizione interna, con riferimento al singolo caso concreto»<sup>139</sup>.

Anche tale circostanza, pertanto, suggerisce al contrario un più razionale approccio “a monte”, sul piano sostanziale<sup>140</sup>. Invero, la selezione di quale sanzione (e, specularmente, di quale procedimento) debba essere irrogata al soggetto dovrebbe operarsi attraverso una puntuale applicazione delle regole in tema di concorso di norme, rifuggendo dal ricorso ad un rimedio destinato ad operare “a valle”, secondo la ben discutibile logica dell’applicazione del procedimento “più celere”.

Ragionando sul piano sostanziale, invece, ciò che risulta lampante è un dato ormai ben noto, ossia l’insufficienza del canone di specialità a regolare i casi in materia, essendo esso legato al rapporto logico-strutturale fra fattispecie, tale per cui i giudizi di valore e di medesimezza fattuale non trovano rilevanza alcuna<sup>141</sup>.

Tuttavia in questa sede non ci si occupa di doppio binario sanzionatorio, bensì di convergenza di fattispecie penali, sicché s’impone di evidenziare la rilevanza del tema anche in questo settore, sulla convinzione che entrambi i fenomeni debbano svilupparsi su una comune disciplina, come finora risulta essere quella posta dall’art. 9, l. n. 689 del 1981 e dall’art. 15 c.p.

Un primo punto risulta invero chiaro: nell’ottica sostanziale della giurisprudenza europea, anche i sistemi a doppio binario, qualora l’illecito amministrativo ricada nel concetto di “materia penale” in seguito all’applicazione dei criteri *Engel e Bonda*, si risolvono, a conti fatti, in una convergenza di più fattispecie penali sul medesimo fatto. Tralasciando la mera qualifica formale, pertanto, le situazioni in esame non sono altro che ipotesi di concorso (formale od apparente) di fattispecie incriminatrici.

In secondo luogo, tale circostanza è ulteriormente supportata evidenziando che i principi regolatori *ex art. 15 c.p. e 9 l. n. 689/81* (ma anche, volendo, *ex art. 19, c. 1, d. lgs. 74/2000*, in tema di sanzioni tributarie), hanno, pur a fronte di talune divergenze

---

<sup>139</sup> In questo senso F. MUCCIARELLI, *op. cit.* il quale richiama anche E. BASILE, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 1/2019, 129 ss. che evidenzia il connaturato rischio di incentivare impropriamente delle definizioni anticipate del processo penale, come per esempio il patteggiamento, al fine di paralizzare l’avvio o la prosecuzione della procedura sanzionatoria amministrativa. Va tuttavia precisato che l’ipotesi qui riportata di patteggiamento non risulterebbe essere di fatto praticabile alla luce della più recente giurisprudenza della Quinta sezione, cfr. *infra*, par. 4.2, nt. 135.

<sup>140</sup> Individua nello strumento del concorso di norme una possibile soluzione preventiva anche A. GAITO, *op. cit.*, 12.

<sup>141</sup> Nello stesso senso si veda anche I. GIACONA, *Spunti di riflessione, op. cit.*, 367.

lessicali, la stessa portata ed efficacia, sicché s'impone un'interpretazione concorde in entrambe le discipline<sup>142</sup>. Pertanto, non risulta difficile trarre la conclusione che problematiche simili possano inverarsi anche su di un piano *in toto* formalmente penalistico, laddove fattispecie non in rapporto di genere a specie risultino insistenti sul medesimo fatto storico, sicché ove le stesse vengano contestate in differenti procedimenti il risultato potrebbe essere quello di veder operativa, a valle, la preclusione elaborata in ambito sovranazionale<sup>143</sup>.

La differenza più rilevante risiede quindi nella presenza di un duplice procedimento, componente ineliminabile dei sistemi a doppio binario, ma, al contrario, puramente eventuale nelle ipotesi di concorso formale di reati (nonché patologica nei casi di concorso apparente).

Eppure, il test adottato dalle Corti europee opera ora in qualche modo un "avvicinamento" fra le due ipotesi, nonostante la presenza di tale ineliminabile differenza. Riprendendo le parole della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, «la Corte ha come obiettivo quello di determinare se la misura nazionale denunciata costituisce, nella propria sostanza o nei propri effetti, una doppia incriminazione che pregiudica il responsabile o se, al contrario, è il frutto di un sistema integrato che permette di reprimere un misfatto da differenti punti di vista, in modo prevedibile e proporzionato, formando un insieme coerente, in modo da non causare nessuna ingiustizia all'interessato»<sup>144</sup>. Proprio il riferimento ad un "sistema integrato", che taluno ha identificato come una vera e propria *reductio a simultaneus processus*, induce a ritenere che, dal punto di vista sostanziale, la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale non sia violata proprio a causa della sostanziale *unicità* dei due procedimenti<sup>145</sup>. In altri termini,

---

<sup>142</sup> Cfr., *ex multis*, M. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, 46 ss.; G. DE FRANCESCO, *Specialità (Principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1987, 492 ss.; E. DOLCINI, *Art. 9*, in AA. VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, 58; E. PENCO, *Il principio di specialità "amministrativa", tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2015, 63 ss.; G. PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 l. 24 novembre 1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, 374 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo, op. cit.*, 231 ss. Per una disamina approfondita della disciplina della l. n. 689/1981 si veda, *ex multis*, S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983.

<sup>143</sup> È del resto il caso di ipotesi *ex art. 671 c.p.p.* individuate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2016, in relazione alla quale si veda, più approfonditamente, *infra*, par. 6.

<sup>144</sup> Cfr. § 122.

<sup>145</sup> Cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, op. cit.*, 1057.

al ricorrere di una sufficiente connessione sostanziale e temporale, essi devono essere considerati come aspetti diversi di un medesimo procedimento<sup>146</sup>.

Proprio tale circostanza induce a ritenere che la proporzionalità debba giocare un ruolo rilevante già sul piano sostanziale, nella selezione dei casi di concorso formale e di concorso apparente di norme.

Sotto questo punto di vista, una soluzione che intervenga sul piano sostanziale sarebbe anche più coerente in sede applicativa. Operando in via processuale infatti, il vero rischio è che fra i procedimenti non operi un filtro selettivo improntato alla prevalenza di quale sanzione meglio si adatti al caso concreto, bensì una mera gerarchia cronologica, ove il procedimento più celere (di norma quello amministrativo) precluderebbe *in toto* l'operare del secondo<sup>147</sup>.

In altri termini, la tutela approntata dal canone processuale si rivela irragionevole laddove non consente alla giurisprudenza di stabilire alcuna priorità, se non di carattere meramente cronologico, fra i due procedimenti, lasciando pertanto al caso o, peggio, alla capacità dell'autore di "pilotare l'esito della maggior celerità, la determinazione dell'unica sanzione applicabile<sup>148</sup>. Risulta chiaro che un simile filtro non può essere ritenuto in grado di selezionare la sanzione più adatta, ma solo il procedimento più veloce. Se certamente il singolo deve essere protetto dal rischio di duplicazione di procedimenti a suo carico, non può tuttavia accettarsi una diffusa inefficacia del meccanismo di contrasto apprestato dal legislatore.

Infine, la maggiore celerità del procedimento amministrativo non è in ogni caso estranea alla circostanza per cui in tale frangente non operano, o risultano comunque attenuate, le garanzie presenti nel procedimento penale, sicché la tutela del singolo dal doppio procedimento rischia in ogni caso di tramutarsi in una situazione processuale deteriore, perché improntata a tutele differenti da quelle, ineludibili, del processo penale.

---

<sup>146</sup> A.F. TRIPOLI, *Il nuovo volto del ne bis in idem*, *op. cit.*, 534.

<sup>147</sup> Cfr. anche G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, 486.

<sup>148</sup> In questo senso si veda anche M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 (ult. acc. 15/10/2019); G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, *op. cit.*, 984; C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in *Arch. Pen. Web.*, 1/2019, p. 29; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 1/2016, 197.

6. *L'accoglimento della giurisprudenza convenzionale in tema di divieto di doppio giudizio e le sue possibili ricadute in tema di divieto di doppia condanna: la sentenza della Corte Costituzionale n. 200/2016 (c.d. "Eternit bis").*

Evidenziata l'evoluzione del divieto di *bis in idem* in ambito europeo, ed in particolare della presenza di un'area interpretativa comune nella giurisprudenza delle due Corti, s'impone l'analisi della sua recezione da parte della giurisprudenza nazionale, con particolare riferimento ai profili di contatto fra *ne bis in idem* convenzionale e concorso formale di reati.

Il riferimento è alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 200/2016, relativa alla ben nota vicenda "Eternit", la quale, facendo proprie le statuizioni della Corte EDU, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui escludeva «che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»<sup>149</sup>. Tale sentenza gioca un ruolo centrale non solo perché affronta la questione del rapporto fra il divieto di doppio giudizio ed il concorso formale di reati, ma anche perché procede, nel recepire le

---

<sup>149</sup> Cfr. Corte cost., 200/2016, cit. Tale pronuncia, nota con il nome di "Eternit-bis" ha scosso gli operatori, se possibile, ancor più di quanto non abbia fatto la sentenza *Grande Stevens*, come testimoniato dall'elevatissimo numero di commenti che si sono susseguiti sia in relazione ad essa, sia, prima, in relazione all'ordinanza di rimessione alla Consulta. Cfr. Ordinanza n. 262, 24 luglio 2015, Trib. Torino, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con i commenti di A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019); I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 prot. 7 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019); D. LABIANCA, *op. cit.*; E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 877 ss. Per una ricostruzione approfondita della vicenda Eternit si rimanda a S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019). Per un commento alla sentenza cfr., *ex multis*, L. DELBONO, *Concorso di norme e ne bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in *Giur. pen. web*, 2/2018, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) (ult. acc. 15/10/2019); A. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo riaperto*, in *Arch. pen. web*, *Giur. cost.*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) (ult. acc. 15/10/2019); D. FALCINELLI, *op. cit.*; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 1/2017, 78 ss.; N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 1/2017, 167 ss.; B. LAVARINI, *Il "fatto"*, *op. cit.*; G. MARINO, *Il concorso formale di reati non esclude automaticamente il ne bis in idem*, in *Dir. e Giust.*, 33/2016, 69 ss.; D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 1/2017, 70 ss.; D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2466 ss.

statuizioni in tema di *ne bis in idem* convenzionale, a fornire una precisa delimitazione del concetto di *idem factum*.

Nello specifico, pur a fronte del silenzio della Corte EDU sul punto, la Consulta ha avvallato un'interpretazione che identifica la "medesimezza fattuale" nella triade "condotta – nesso di causalità – evento", così allineandosi invero al concetto di *idem* già elaborato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione in relazione all'art. 649 c.p.p., nella ben nota sentenza *Donati*, secondo la quale: «considerato che l'espressione "medesimo fatto" figura non solo nel testo dell'art. 649 c.p.p., ma anche nella disposizione di cui agli art. 28, comma 1°, e 669, comma 1, del codice di rito, deve sottolinearsi che nella giurisprudenza di legittimità detta locuzione è stata costantemente intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, onde il "medesimo fatto" esprime l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona»<sup>150</sup>.

Proseguendo nel ragionamento, la Consulta delinea il rapporto fra *ne bis in idem* processuale e concorso formale, criticando il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui sarebbe consentito il rinnovato esercizio dell'azione penale sul medesimo fatto, dal punto di vista naturalistico, in presenza di un concorso formale, pur a fronte di un primo procedimento già passato in giudicato. Ad essere oggetto di censura è il meccanismo secondo cui, ogniqualvolta si sia in presenza di un concorso formale, il giudice sarebbe esonerato dall'indagare sull'identità empirica del fatto ai fini dell'applicazione del divieto di doppio giudizio: tale impostazione, infatti, si pone in contrasto con il concetto di *idem* fatto proprio dalla giurisprudenza europea.

La Consulta infine specifica che l'applicazione del criterio dell'*idem factum* non implica in ogni caso un'automatica censura di tutte le ipotesi in cui reati in concorso formale vengano contestati in procedimenti differenti. Proprio l'interpretazione di tale requisito come necessaria identità di condotta, nesso eziologico ed evento pone una

---

<sup>150</sup> Cfr. punti 5 e ss. delle considerazioni in diritto della sentenza n. 200 del 2016. Cfr. Cass. pen., SS. UU., 28 giugno 2005, n. 34655, *op. cit.* Sul punto si è registrata più di una perplessità in dottrina, laddove diversi Autori hanno evidenziato come la scelta operata dalla Consulta non trovi invero solide basi nella giurisprudenza europea (come in realtà affermato dalla stessa Consulta, laddove fa presente che l'unica certezza sta nell'accoglimento del concetto di *idem factum*, ma non della sua concreta estensione, cfr. punto 5 delle considerazioni in diritto). La questione rimanda alle differenti posizioni relative alla determinazione del concetto di *idem*, già esposte *infra*, par. 2.2. Cfr., per maggiori approfondimenti cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, 83 ss.; B. LAVARINI, *Il "fatto"*, *op. cit.*, P.P. RIVELLO, *op. cit.*

fondamentale distinzione rispetto alle ipotesi disciplinate dall'art. 81 c.p.<sup>151</sup>: dal momento che il concorso formale richiede la sola unicità della condotta, ben potrebbero profilarsi ipotesi in cui ad essa non corrisponde la medesimezza degli ulteriori due elementi richiesti ai fini della integrazione del concetto di *idem factum*.

Tali sarebbero le ipotesi rientranti nella previsione dell'art. 671 c.p.p., che permette l'applicazione della disciplina *ex art. 81 c.p.* nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona. In questo senso, residuerebbe comunque lo spazio per la celebrazione di un secondo processo nei casi di concorso formale in cui alcuni dei reati risultino già giudicati con pronunce divenute definitive.

Tuttavia la Consulta, lungi dal limitarsi a recepire la giurisprudenza convenzionale in tema di *ne bis in idem*, traccia un confine non indifferente fra il divieto di doppio giudizio ed il piano sostanziale della convergenza di fattispecie: infatti, la presenza di un concorso formale diviene un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. e tale ininfluenza è invero reciproca «perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del *ne bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico»<sup>152</sup>.

A vero dire, tale decisione pare andare in senso contrario rispetto agli sviluppi europei. Pur recependone i traguardi interpretativi in tema di *idem factum*, la Consulta pare ora tracciare confini molto netti, di reciproca autonomia, fra il piano sostanziale e processuale, sancendo una “*ininfluenza reciproca*” fra gli stessi, mentre le Corti europee, al contrario, sembrano orientate all'elaborazione di un nuovo *ne bis in idem* processuale tuttavia a forte connotazione sostanziale.

Nella sentenza del Giudice delle leggi si assiste pertanto ad una vera e propria “*separazione concettuale*”, nel senso che il divieto di doppio giudizio assumerebbe contorni autonomi sia in relazione al concorso apparente, sia in relazione al concorso formale, “*spezzando*” quel nesso funzionale, precedentemente richiamato, tale per cui “*chi non può essere punito due volte non può essere processato due volte*”.

Per un verso, la preclusione *ex art. 649 c.p.p.*, come già evidenziato, opererebbe in situazioni in cui i reati in concorso formale siano anche connotati da unicità di evento

---

<sup>151</sup> Cfr. i punti 11 e 12 delle considerazioni in diritto.

<sup>152</sup> Cfr. punto 12 delle considerazioni in diritto.

e nesso eziologico, risultando il *ne bis in idem* processuale più esteso rispetto a quello sostanziale; per altro verso, la concezione “triadica” dell’*idem* ne comporterebbe un ambito applicativo più angusto rispetto ad alcune accezioni del fenomeno della convergenza apparente di norme, quali la progressione criminosa, l’antefatto ed il postfatto non punibili<sup>153</sup>. Ancora, non può escludersi nemmeno una maggiore estensione nelle ipotesi di specialità reciproca, laddove uno degli elementi specializzanti per aggiunta consista nell’evento, essendo l’identità della sola condotta l’elemento imprescindibile per la specialità logico-strutturale.

Risulta chiaro che la statuizione secondo cui laddove operi il *ne bis in idem* sostanziale non può non operare quello processuale diviene un assunto agilmente falsificabile alla luce di queste “asimmetrie” fra i due piani del divieto, con il rischio pertanto di creare una “spaccatura” fra i due volti, processuale e sostanziale, della medesima vicenda<sup>154</sup>.

Questa circostanza impone pertanto sia di verificare la sostenibilità di dette “asimmetrie”, sia di valutare se la summenzionata criticità sia imputabile ad una non corretta interpretazione del divieto di doppio giudizio, ovvero se segni la necessità di mettere in discussione talune accezioni “limite” del concorso apparente di norme, quali l’antefatto od il postfatto non punibili.

Tuttavia, le criticità non si fermano qui. A tale prima asimmetria se ne aggiunge infatti una seconda, concernente il rapporto fra l’art. 649 c.p.p. e l’istituto del concorso formale. Più precisamente, se è vero che la disciplina dell’art. 81 c.p. richiede come presupposto quella della unicità di condotta, deve tuttavia specificarsi come, in taluni casi, essa risulti applicabile a fattispecie che investono anche il medesimo evento (ed il

---

<sup>153</sup> In dottrina si è fatto l’esempio in particolare della progressione criminosa, richiamando quella giurisprudenza la quale, rilevando il mutamento dell’evento naturalistico, ammette il *bis in idem* nella ipotesi in cui la morte della vittima sopravvenga ad un giudizio, di condanna o di assoluzione, per percosse o lesioni in suo danno. Cfr. LAVARINI, *Il “fatto”*, *op. cit.*, 70 ss., che richiama, a titolo di esempio, Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) (ult. acc. 15/10/2019); nonché Cass. pen., Sez. V, 18 novembre 2008, n. 4404, in *Cass. pen.* 2010, p. 1598, ove la progressione criminosa è stata ravvisata fra le fattispecie di appropriazione indebita e di bancarotta fraudolenta. Si consenta anche il richiamo a E. PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Arch. Pen.*, 2/2018, 385.

<sup>154</sup> Deve evidenziarsi come in dottrina si sia comunque proposto, per ovviare a tale inconveniente, di ritenere che, nel caso di difformità di eventi, sia consentito un secondo giudizio nel solo caso di concorso formale, ma non in presenza di un concorso apparente. Purtroppo, l’assenza di indicazioni in tal senso rischia di incoraggiare orientamenti favorevoli all’esperienza di nuove azioni penali in relazione alle fattispecie progressive, sul presupposto della diversità di evento. Cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, 84, il quale richiama anche B. LAVARINI, *Il “fatto”*, *op. cit.*



nesso eziologico fra questo e l'azione od omissione)<sup>155</sup>. Può farsi in proposito l'esempio di Tizio il quale, al fine di ottenere il premio dell'assicurazione, incendia la propria abitazione, creando un pericolo per la pubblica incolumità<sup>156</sup>. Tale condotta, integra rispettivamente le fattispecie di incendio di cosa propria (art. 423, c. 2, c.p.) e di fraudolento danneggiamento di beni assicurati (art. 642 c.p.). Tralasciando quanto già affermato in merito a tali fattispecie nel precedente capitolo, preme in questa sede evidenziare la profonda stortura generata dal nuovo rapporto fra concorso formale e divieto di doppio giudizio: in situazioni come queste, non è fantasioso evidenziare che, se da un lato tali fattispecie dovrebbero essere fisiologicamente perseguite dal Pubblico Ministero all'interno dello stesso procedimento, ben può tuttavia figurarsi l'ipotesi in cui, contestato solo uno dei due reati, l'art. 649 c.p.p. precluderebbe *in ogni caso* la possibilità di perseguire il secondo, non potendo operare lo schema dell'art. 671 c.p.p.

Nello specifico, l'applicazione del cumulo giuridico *ex art.* 81, c. 1 c.p. finirebbe per dipendere esclusivamente dalla celerità (o da ragioni di opportunità) del PM nel contestare tutte le fattispecie in concorso formale all'interno del medesimo procedimento, con evidenti ricadute in tema di risposta sanzionatoria, che non possono che destare profonde perplessità<sup>157</sup>.

Da un lato, la contestazione di più fattispecie all'interno dello stesso procedimento comporterebbe l'applicazione della disciplina del cumulo giuridico, con la possibilità di infliggere una pena pari al triplo della sanzione più grave, salvo i limiti previsti dal terzo comma dell'art. 81 c.p.; dall'altro, la contestazione di uno solo di questi reati comporterebbe l'inflizione della sola pena per questo prevista, precludendo

---

<sup>155</sup> Situazione, evidentemente, che può capitare laddove le fattispecie convergenti su di un medesimo fatto (inteso nell'accezione accolta dalla Consulta), non si trovino fra loro in un rapporto di genere a specie *ex art.* 15 c.p., che non permetterebbe pertanto l'applicazione della disciplina del concorso apparente di norme.

<sup>156</sup> Cfr. anche E. PEZZI, *op. cit.*, 386-387.

<sup>157</sup> Tale situazione, in cui più fattispecie in concorso formale vengano ad essere contestate in differenti procedimenti, non può essere invero considerata come un fenomeno marginale e, pertanto, trascurabile. Deve infatti ricordarsi, come di recente hanno fatto le Sezioni Unite, che il codice di rito del 1988, rispetto a quello precedente, valorizza la propria natura accusatoria anche attraverso lo sfavore nei confronti dei c.d. "maxiprocessi", nonché per la riduzione delle ipotesi di riunione processuale e per connessione in sede di cognizione, favorendo pertanto la possibilità che diversi fatti di reato, ancorché inseriti in precisi ed analoghi contesti di luogo e di tempo, siano separatamente giudicati. Cfr. Cass. pen., SS. UU., 24 novembre 2016, n. 6296, in *DeJure Web*, la quale richiama anche Corte cost., ord., 18 febbraio 2010, n. 56 in *www.giurcost.org* (ult.acc. 15/10/2019) che «efficacemente sottolineava come le previsioni dell'art. 671 cod. proc. pen. rendano palese e attinuo "l'intenzione del legislatore di agevolare, senza pregiudizio per le garanzie difensive, lo svolgimento di processi separati, quando la riunione potrebbe ritardarne la definizione, in conformità con il precetto costituzionale di ragionevole durata».

l'art. 649 c.p.p. di instaurare un secondo procedimento per il reato formalmente concorrente con il primo già oggetto di giudicato. La profonda disparità nella risposta sanzionatoria, inoltre, si accentuerebbe ancor di più nel caso in cui si procedesse per il secondo reato, in violazione dell'art. 649 c.p.p. In tale ipotesi, in luogo dell'art. 671 c.p.p., ad intervenire sarebbe la disciplina dell'art. 669 c.p.p., che impone la esecuzione della condanna meno grave.

Risulta molto più immediato calare “numericamente” quanto appena esposto ragionando sull'esempio del incendio di cosa propria ai fini di ottenere il premio dell'assicurazione. Una contestazione di entrambe le fattispecie all'interno del medesimo procedimento comporterebbe l'applicazione della disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p., seppur con il limite della somma delle pene previste dalle singole fattispecie, con la conseguente possibilità di infliggere una pena nel massimo sino a dodici anni di reclusione. Al contrario, in caso di contestazione di uno solo dei due delitti, il soggetto soggiacerà solamente alla pena per questo stabilito, ossia fino a sette anni per l'incendio e fino a cinque anni per il fraudolento danneggiamento di beni assicurati. Infine, nella patologica situazione di violazione dell'art. 649 c.p.p., a fronte di una prima condanna *ex art. 423, c. 2 c.p.*, si potrebbe giungere, ai sensi dell'art. 669 c.p.p., all'applicazione della sola condanna *ex art. 642 c.p.*, benché successiva, per un massimo di cinque anni, con un divario teorico di sette anni per il medesimo fatto, in cui, a mutare, sono solo le tempistiche delle contestazioni<sup>158</sup>!

Risulta pertanto chiaro che la disciplina risultante dall'applicazione degli art. 649, 669 e 671 c.p.p., alla luce delle statuizioni della sentenza della Consulta n. 200 del 2016, rischia di condurre ad un'irrazionale forbice sanzionatoria, che impone di interrogarsi su due questioni: in primo luogo, di riflettere sui nuovi rapporti disegnati dalla Corte costituzionale fra i piani sostanziale e processuale del divieto di *bis in idem*; in secondo luogo, sulla necessità di “rivedere l'istituto del cumulo giuridico, in considerazione del carattere recessivo del concorso formale rispetto al divieto di doppio giudizio.

La prima questione mette in luce le storture derivanti da una ricostruzione autonoma dei due piani del divieto, che si pone in ogni caso in tendenziale contrasto nei

---

<sup>158</sup> Divario destinato invero ad aumentare in tutte le ipotesi in cui, a convergere siano o fattispecie punite più severamente rispetto a quelle prospettate in esempio, oppure in casi di convergenza di più di due fattispecie.

confronti delle più recenti tendenze europee. S'impone pertanto di riflettere se tali asimmetrie applicative non siano a monte ridimensionabili attraverso una piena valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale, tesa a ridefinire i rapporto fra concorso formale ed apparente.

La seconda conduce invece a riflettere sull'entità del cumulo giuridico, in particolare nella parte in cui prevede un'ulteriore "porzione sanzionatoria" (sino al triplo), da aggiungersi alle cornici edittali dei reati base. Questione questa che si affianca alle già citate istanze di ridimensionamento di questo meccanismo sanzionatorio, derivanti tanto dalle altre esperienze europee, quanto dai già citati progetti di riforma del codice penale<sup>159</sup>.

*7. Le due facce del divieto di bis in idem ed il tertium genus convenzionale. La necessità di un'autonoma elaborazione del divieto di doppia condanna e l'impossibilità di un esclusivo riferimento alle fonti sovranazionali.*

Il dialogo fra Corti, sovranazionali e interne, ci restituisce un'immagine del *ne bis in idem* profondamente trasfigurata rispetto a quella tradizionale, attraverso l'elaborazione di un vero e proprio *tertium genus* difficilmente inquadrabile nelle ben note accezioni sostanziale e processuale del divieto. Tale circostanza impone pertanto di interrogarsi circa la necessità di una trattazione unitaria delle due tradizionali dimensioni, allo scopo di operare una vera e propria *reductio ad unum*, ovvero se le stesse debbano rimanere rigorosamente distinte.

Se l'interrogativo risulta più che legittimo, incoraggiato dai numerosi "spunti" sovranazionali, non si ritiene che una siffatta operazione risulti in concreto praticabile.

A tale impossibilità si giunge non solo in considerazione di quanto già affermato in apertura del presente capitolo, ma anche in considerazione del fatto che l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di un esplicito riconoscimento come principio, a livello costituzionale, del divieto di doppia punizione, non può che comportare l'impossibilità di procedere ad una sua legittimazione attraverso un mero "travaso" di concetti elaborati sul piano processuale in quello sostanziale.

---

<sup>159</sup> Cfr. Cap. I, Sez. II.

Né risulta d'altro canto possibile procedere a tale *reductio ad unum* enucleando direttamente un divieto di *bis in idem* sostanziale dall'ambito convenzionale ed eurounitario. Ostanto a tale "travaso" più d'una circostanza: in primo luogo, la non perfetta coincidenza fra la giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo; in secondo luogo, se pure il divieto di *bis in idem* deve oggi essere considerato come un vero e proprio principio costituzionale nello spazio eurocomunitario, deve in ogni caso ricordarsi che i principi dell'Unione intervengono nelle sole materie attribuite alla sua competenza, non potendo inferirsi automaticamente un ingresso *tout court* degli stessi in altri settori; in terzo luogo, la vicenda europea si sviluppa comunque sul piano bi-procedimentale del doppio processo, non risultando bastevole il solo riferimento a fonti sovranazionali per la risoluzione del problema, sostanziale, della convergenza di fattispecie anche all'interno di uno ed un solo processo.

In particolare, tale ultimo punto merita un approfondimento. Al fine di valorizzare le logiche del *ne bis in idem* sostanziale nei sistemi di doppio binario sanzionatorio, nonché nell'ottica di adeguare la disciplina processuale del divieto di doppio giudizio a quella convenzionale, in dottrina si sono ipotizzate differenti modalità d'ingresso dei principi sovranazionali<sup>160</sup>.

In primo luogo, si è suggerito di agire mediante l'obbligo di interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p.<sup>161</sup>; ancora, si è invocato tale obbligo ai fini di valorizzare l'applicazione delle teorie pluralistiche in relazione al concorso apparente di norme<sup>162</sup>; su altro versante, si è suggerito il ricorso allo strumento della questione di legittimità costituzionale per violazione del parametro interposto *ex art. 117 Cost.*, nonché a quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>163</sup>; infine, si è suggerita la strada della diretta applicazione tanto dell'art. 50 CDFUE quanto, nei casi che fuoriescono

---

<sup>160</sup> Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto si vedano, su tutti, C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 289 e ss.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 326 ss. Cfr. anche, da ultima, G. ANGIOLINI, *Una questione ancora irrisolta: il ne bis in idem europeo e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2018, 2109 ss.

<sup>161</sup> Cfr., *ex multis*, F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 629; G.M. FLICK, *op. cit.*, 14; F. VIGANÒ, *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 111.

<sup>162</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, 214; O. MAZZA, *op. cit.*, 1042; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1074.

<sup>163</sup> In questo senso, G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali ed amministrative*, *op. cit.*, 9. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, *op. cit.*, 228 ss.

dall'ambito del diritto UE, dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, in virtù della incorporazione di quest'ultima nell'ordinamento comunitario, con il rango di norma primaria<sup>164</sup>.

Invero, se le proposte concernenti l'adeguamento dell'art. 649 c.p.p. possono suonare suggestive, quelle favorevoli a trarre dall'esperienza sovranazionale dirette implicazioni anche sul terreno dei rapporti fra concorso formale ed apparente non appaiono al contrario percorribili.

Infatti, sul punto si ritiene di concordare con chi ha affermato che tali proposte, sebbene «animate dal lodevole intento di valorizzare le logiche che informano il *ne bis in idem* sostanziale nei sistemi a “doppio binario” (...) sembrano tuttavia però “pretendere troppo” dai parametri sovranazionali evocati»<sup>165</sup>.

Non può infatti scordarsi che il tema si sviluppa in relazione ad un fenomeno, quello del doppio binario, che presuppone necessariamente la presenza di due distinti procedimenti, sicché nessuna violazione degli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU può trarsi nelle ipotesi di celebrazione di un unico processo. Procedere su tale percorso infatti, si traduce in un vero e proprio “errore di prospettiva”, dovendo invece affrontarsi la tematica della convergenza di fattispecie sul terreno sostanziale del concorso di illeciti<sup>166</sup>.

Ancora, lo stesso obbligo di interpretazione conforme, per quanto suggestivo, non risulta praticabile alla luce del dato testuale dell'art. 649 c.p.p., che riferisce testualmente il divieto ad un nuovo procedimento penale<sup>167</sup>.

Ciò che risulta necessario fare è piuttosto (ri)partire dai profili di intersezione delle due declinazioni del *ne bis in idem*, oggi profondamente potenziati dalla giurisprudenza europea, al fine di valutare l'esistenza di un autonomo principio sul

---

<sup>164</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, op. cit., 194 ss.; nonché G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo fra sanzioni penali ed amministrative*, op. cit., 977. In senso contrario a tale soluzione cfr. M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 20 ss. (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>165</sup> Così F. MAZZACUVA, op. cit., 327.

<sup>166</sup> Così, sempre, F. MAZZACUVA, op. cit., 327-328.

<sup>167</sup> Se per il secondo procedimento è lo stesso art. 649 c.p.p. a specificarne la natura penale, ad uguale conclusione deve giungersi anche con riferimento al primo processo, dal momento che la disposizione si riferisce al caso in cui l'imputato sia “prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili”. Cfr. G. ANGIOLINI, op. cit., 2117-2118.

versante sostanziale, che non si risolve nella semplice apposizione dell'etichetta di “*ne bis in idem* sostanziale” all'omonimo principio processuale<sup>168</sup>.

Al contrario, la presenza di profili di contatto e di eventuali concetti “trasversali” alle tre categorie deve necessariamente passare attraverso una ricognizione del *ne bis in idem* sostanziale come istituto dotato di una propria autonoma esistenza: connesso, ma non dipendente, dalle omonime preclusioni sostanziale e processuale.

In sintesi, l'operazione non può quindi che partire prendendo atto della diffusa emersione di istanze sostanziali anche sul versante processuale, non allo scopo di enucleare una versione “superiore” del divieto, capace di abbracciarne entrambe le declinazioni, ma al fine di riconoscere che risulta possibile individuare le coordinate di un principio di *ne bis in idem* sostanziale già a livello di diritto positivo, come particolare declinazione del principio di proporzione fra fatto e sanzione, evocando pertanto, già a livello costituzionale, il combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 27.

*8. L'esperienza sovranazionale come indizio (e non fondamento) della necessità di una positivizzazione del ne bis in idem sostanziale, attraverso la valorizzazione del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione.*

Quale bilancio si può trarre, pertanto, dai più recenti sviluppi in tema di *ne bis in idem* convenzionale?

Certamente, l'esperienza sovranazionale si sta muovendo verso la creazione di un principio “composito”, nel quale il tradizionale divieto processuale risulta profondamente trasfigurato in una garanzia di carattere sostanziale. Sotto questo punto di vista, l'esigenza di proporzione fra fatto e sanzione altro non è che l'essenza del divieto di doppia punizione, ossia la necessità di apprestare una risposta punitiva che sia in grado di assorbire l'intero disvalore del fatto, senza subire la moltiplicazione sanzionatoria del doppio binario sanzionatorio.

---

<sup>168</sup> Del resto, prim'ancora della sua estensione, il divieto sostanziale di *bis in idem* sconta la mancanza di unità di vedute circa la sua stessa esistenza, quale principio in grado di regolare la disciplina del concorso apparente di norme.

Tale metamorfosi non stupisce, specie se si pensa al ben noto approccio antiformalista avvallato dalla Corte EDU, vero e proprio marchio di fabbrica della giurisprudenza di Strasburgo, nonché alla già citata valorizzazione della dimensione anche sanzionatoria del processo, capace di imporre un'evoluzione alla stessa *ratio* del *ne bis in idem* processuale, sempre più improntata alla garanzia del singolo piuttosto che alle istanze meta-individuali di certezza della *res iudicata* e dell'economia processuale<sup>169</sup>.

Certamente, questi intenti sono da considerare senz'ombra di dubbio lodevoli.

Eppure, come si è cercato di evidenziare nel corso del presente capitolo, la commistione fra i piani sostanziale e processuale rischia di provocare profonde storture, anche a detrimento della posizione dell'imputato.

Storture, giova ribadirlo, provocate dall'ingresso di istanze sostanziali in una sede per esse non opportuna: operando in tal modo, si sovrappongono esigenze che risultano non solo legate a principi differenti, ma che operano anche in *momenti distinti*: a monte, quale selezione delle fattispecie concretamente applicabili; a valle, quale divieto di giudicare più volte un soggetto in relazione allo stesso fatto.

Tuttavia, le varie "ingerenze" del piano sostanziale in quello processuale possono leggersi in un altro senso, rievocando il ben noto problema dell'insufficienza del solo criterio di specialità unilaterale a fornire una risposta esaustiva nella selezione dei casi di concorso apparente di norme.

Certamente, il richiamo alla proporzionalità come criterio guida nel test elaborato dalla giurisprudenza sovranazionale, gli attriti fra divieto di doppio giudizio e concorso formale di reati all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 200/2016, l'emersione di una dimensione punitiva del processo e le storture generate dal nuovo *ne bis in idem* convenzionale paiono indiziare verso una valorizzazione della giurisprudenza europea anche sul campo della convergenza di fattispecie.

Eppure, sebbene siano numerosi gli indizi che spingono in questa direzione, non si può cedere alla semplicistica autodimostrazione del *ne bis in idem* sostanziale attraverso il mero richiamo alla giurisprudenza sovranazionale.

Al contrario, ciò che veramente può trarsi dall'esperienza sovranazionale è la reale e concreta necessità di rinvenire una base legale su cui fondare il divieto di doppia

---

<sup>169</sup> È quanto sottolineato in apertura del presente capitolo, *infra*, parr. 2 e 2.1.

condanna, tale da “promuovere” detta garanzia da mero canone valoriale a vero e proprio principio, dotato di autonoma forza precettiva. Il pregio che può trarsi dal dialogo instauratosi fra le Corti europee è proprio questo: la necessità di valorizzare anche le istanze di proporzione fra fatto e sanzione, indicando pertanto un punto di partenza condivisibile circa l’individuazione di quali coordinate costituzionali legittimino l’ingresso di un ipotetico principio di *ne bis in idem* sostanziale.

Il ragionamento deve pertanto partire dal rapporto fra proporzionalità e divieto di doppia condanna, al fine di fornire una base giuridica a quest’ultimo che non lo ponga come mera proiezione sostanziale del *ne bis in idem* processuale.

Solo una volta dimostrata l’esistenza, si potrà procedere a valutare l’eventuale presenza di un’area comune fra i due piani, da considerarsi in ogni caso come principi autonomi, seppur occasionalmente interferenti.

Chiaramente, un’interferenza fra di essi potrà aversi con esclusivo riferimento al concetto di *idem* (ossia il delicato rapporto fra “medesimezza del fatto” e “stessa materia”) e non anche relativamente a quello di *bis*, che incarna in sé la diversità ontologica fra i due principi<sup>170</sup>. Proprio in questa affermazione deve notarsi la profonda fallacia degli ultimi approdi sovranazionali: le istanze sostanziali di proporzione fra fatto e sanzione agiscono infatti, nei test elaborati dalle Corti, nella rimodulazione di questo secondo elemento, sicché si “finge” che i due procedimenti siano solo formalmente tali, essendo riscontrabile un *unico* sostanziale procedimento. In questo modo, la soluzione fornita dalle Corti europee opera a valle.

Al contrario, si dovrebbe agire attraverso la valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale, in modo tale da affermare che non possono darsi due procedimenti, proprio perché a monte, le fattispecie sono solo astrattamente convergenti (principio di specialità) ovvero perché deve valorizzarsi la sola fattispecie (o sanzione) in grado di coprire per l’intero il disvalore del fatto (*ne bis in idem* sostanziale).

---

<sup>170</sup> Il fatto che il *bis in idem* sostanziale operi anche in presenza di un solo procedimento deriva chiaramente dalla circostanza per cui il *bis* sostanziale concerne il cumulo di sanzioni. D’altro canto, il fatto che il divieto di doppio giudizio operi anche in caso di assoluzione dell’imputato è connaturato alla nozione processuale del *bis*, come divieto di doppio processo, *indipendentemente* dalla presenza di più sanzioni insistenti sul medesimo fatto. Basti in questo senso evidenziare che, pur a fronte di una cospicua produzione scientifica sul tema dei rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, mai si è dubitato dell’autonomia concettuale propria dell’elemento del *bis*, dibattendosi invece circa l’opportunità o meno di ricavare una comune nozione di *idem*. Cfr., su tutti, G. LOZZI, *Profili di un’indagine*, *op. cit.*



CAPITOLO II: LA DUPLICE (TRIPLICE) ACCEZIONE DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*:  
PROCESSUALE E SOSTANZIALE (E CONVENZIONALE)

In definitiva, l'esperienza convenzionale consegna due fondamentali direttive: in primo luogo, pone numerose circostanze che testimoniano la necessità di valorizzare il *ne bis in idem* sostanziale ben oltre l'angusto spazio di canone valoriale; in secondo luogo, che detta valorizzazione deve necessariamente percorrere la strada della proporzionalità fra fatto e sanzione, trovando il proprio punto di partenza nei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost.<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> Sintetizzano la necessità di muovere i passi dal principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, seppur su posizioni parzialmente divergenti, *ex multis*, F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 326 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, op. cit.* Valorizza il richiamo dell'art. 27 Cost., ma negando che esso costituisca il fondamento del *ne bis in idem* sostanziale costituendo piuttosto un "mero" riferimento costituzionale, anche C. SILVA, *Sistema punitivo, op. cit.*, 194 ss.



## CAPITOLO TERZO

### IL VOLTO COSTITUZIONALE DEL DIVIETO SOSTANZIALE DI *BIS IN IDEM*

**Sommario:** 1. Il divieto di *bis in idem* sostanziale nella legislazione ordinaria. I riferimenti codicistici degli artt. 68 ed 84. 2. Dal diritto positivo al terreno dei principi: le nuove suggestioni teoriche per la costruzione di un principio costituzionale di *ne bis in idem* sostanziale. 3. I motivi della comparazione. Uno sguardo all'esperienza tedesca: le coordinate dell'art. 103, abs. III GG. 3.1. I rapporti fra *ne bis in idem*, proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) e colpevolezza (*Schuldprinzip*) nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. 3.2 La garanzia costituzionale dell'art. 103, abs. III GG fra divieto di doppio giudizio e divieto di doppia condanna. Le differenze fra *Verbot der Doppelbestrafung* e *ne bis in idem*. 4. Dal divieto costituzionale di *Doppelbestrafung* ai divieti di *Doppelverwertung* e di *Doppelbewertung*. Il § 46, comma 3 StGB. 4.1 Qualche considerazione in tema di divieto di doppia punizione e disciplina della commisurazione della pena. 5. La valorizzazione del principio sostanziale di *ne bis in idem* sul terreno del concorso formale di reati. Il § 52 StGB ed il cumulo giuridico intraeditale (*Kombinationsprinzip*). 6. Prime, preliminari, conclusioni: *ne bis in idem*, proporzionalità e colpevolezza fra dimensione nazionale, comparata e sovranazionale. 6.1. Il *ne bis in idem* sostanziale come precipitato del combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost.: la valorizzazione del divieto come argine alla violazione del principio di colpevolezza. 6.2. Il controllo di ragionevolezza quale limite all'applicazione del principio di proporzione fra fatto e sanzione. Il *ne bis in idem* come divieto che include ipotesi *in re ipsa* manifestamente irragionevoli. 7. Il *ne bis in idem* alla luce della collocazione sistematica del concorso apparente di norme. Chiarificazioni circa il ruolo della preclusione rispetto alle teorie della validità e dell'efficacia della norma. 7.1. Qualche necessaria puntualizzazione in tema di rapporti fra dottrina della validità e sottrazione del fatto concreto alla sfera di previsione della fattispecie generale. 7.2. Gli ambiti di validità ed efficacia delle norme come base di partenza per una corretta definizione del concetto di "*idem*". Critica delle concezioni che identificano la preclusione come divieto di reiterare il medesimo giudizio di illecito. 7.3. L'accezione naturalistica del giudizio di medesimezza come divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto. Il rapporto fra *ne bis in idem* sostanziale e concorso formale di reati. 8. Qualche nota in tema di concezioni naturalistiche dell'*idem*. 9. La valenza prescrittiva del divieto: vincoli ed obblighi per il legislatore e l'interprete.

1. *Il divieto di bis in idem sostanziale nella legislazione ordinaria. I riferimenti codicistici degli artt. 68 ed 84.*

Riprendendo le parole di un'illustre giurista, deve ritenersi che «anche nel diritto penale, come in altri rami del diritto, i principii sono il frutto della constatazione di alcune costanti presenti in singole norme o in singoli istituti, sicché, pur non essendo rinvenibile per essi un'enunciazione espressa e fatta in forma generale, è tuttavia ricavabile una regola che, se pur ha le sue eccezioni, merita di assurgere a principio vero e proprio della materia, e non soltanto ad orientamento per il legislatore o per l'interprete, a regola di giudizio, a modulo interpretativo e così via»<sup>1</sup>.

Nel condividere questo pensiero, si ritiene necessario indugiare sulle coordinate normative che si atteggiano ad espressione di un superiore divieto sostanziale di *bis in idem*, strutturando un'indagine che dovrà necessariamente essere compiuta su un duplice piano, coinvolgendo tanto il tessuto positivo ordinario quanto quello costituzionale. Infatti, una ricognizione del solo dato codicistico, già da tempo effettuata da autorevole dottrina, non è risultata (da sola) sufficiente a scongiurare talune critiche, riguardanti in particolare il problema della cogenza del principio di *ne bis in idem* sostanziale<sup>2</sup>.

A tale indagine si è infatti obiettata l'incapacità di elaborare un principio dotato di reale valenza precettiva, capace di vincolare tanto il legislatore quanto l'interprete: in grado, in definitiva, di regolare anche casi che non risultino espressamente disciplinati dalla legge. Siffatta constatazione non deve tuttavia essere intesa come un ripudio di tale impostazione: un'analisi, per così dire, positiva, s'impone in ogni caso necessaria, quale punto di partenza, dal momento che nessun principio generale inespresso può essere rinvenuto senza partire da un sistema normativo positivo che ne sottintenda l'esistenza, pena la costruzione di artifici giuridici senza contatto alcuno con la realtà normativa ordinamentale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 702.

<sup>2</sup> Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, 239, secondo cui, ove il *ne bis in idem* rimanga relegato al mero dato legislativo di una serie di disposizioni che logicamente lo precedono esso potrà sì essere considerato un criterio immanente al sistema, ma sornito di qualsiasi valenza prescrittiva. In altri termini, «nulla toglierà e nulla aggiungerà rispetto alle concezioni del concorso (apparente) di norme», *cit.* 239-240.

<sup>3</sup> Sotto questo punto di vista, non sembra potersi condividere l'autorevole critica di chi ritiene che la disciplina positiva del concorso apparente e l'ipotetico piano di un suo principio ispiratore dovrebbero

In questo senso, punto di partenza non può che essere l'opera di Ferrando Mantovani, che costituisce senza dubbio l'indagine più approfondita sul tema e che in questa sede viene ripresa nei suoi tratti più essenziali<sup>4</sup>. L'Autore aggancia il *ne bis in idem* sostanziale al corpo normativo costituito dagli artt. 15, 68 ed 84, nonché alle clausole di riserva previste dalle singole fattispecie incriminatrici, identificandolo come principio logico ed inespresso dell'ordinamento<sup>5</sup>. La preclusione sostanziale viene poi elevata a canone logico che informerebbe l'intero settore del concorso apparente, facendo leva sul ben noto disposto dell'art. 12 delle preleggi c.c., secondo le regole dell'*analogia juris*<sup>6</sup>.

Il pregevole lavoro dell'Autore ricostruisce pertanto la «fitta trama degli indici legislativi» che testimonia la presenza di un principio ispiratore superiore<sup>7</sup>. In questo

---

rimanere distinti ed autonomi, non risultando possibile valorizzare eccessivamente il peso degli indici di diritto positivo, affermando che «rispetto a tale principio la disciplina positiva (...) dovrebbe costituire non la premessa, ma piuttosto la successiva concretizzazione». In questo senso, cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 41. Certamente, non si possono invertire i termini delle relazioni fra principi e norme. Tuttavia, così opinando, il risultato sarebbe quello di obliterare qualsiasi considerazione in tema di principi generali inespressi. Senza la possibilità di partire, induttivamente, dal dato normativo, mancano le condizioni minime per poter rintracciare la presenza di un principio non ancora positivizzato all'interno dell'ordinamento.

<sup>4</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit. Si specifica che l'obiettivo è quello di mettere in risalto non tanto la costruzione della teorica della c.d. "sottofattispecie", quale elemento necessario per la risoluzione delle ipotesi di convergenza di norme, quanto piuttosto quella parte dell'imponente indagine dell'Autore volta a rinvenire le coordinate normative legittimanti il divieto di *bis in idem* sostanziale.

<sup>5</sup> Invero, il richiamo a questi soli articoli appare senz'altro riduttivo dell'imponente ricerca dell'Autore, che, se certamente li eleva a perno della propria teorica, tuttavia effettua un'indagine capillare coinvolgente un numero ben maggiore di disposizioni, fra le quali si ritiene doveroso citare, senza pretesa di completezza, anche: il primo comma degli artt. 61 e 62 c.p., che sanciscono che le circostanze aggravano o diminuiscono la pena quando non siano già elementi costitutivi o circostanze speciali; l'art. 138 c.p. il quale impone al giudice di tener conto della pena già scontata all'estero, nel caso di rinnovazione del giudizio nello stato italiano; gli artt. 170, 301 e 581 c.p. richiamati per l'esegesi della figura del reato complesso. L'elenco, lungi dall'essere esaustivo, vuole solo trasmettere l'idea tanto della minuziosità dell'indagine, quanto dell'elevato numero di norme che vengono ritenute, dall'Autore, espressive di un principio sostanziale di *bis in idem*. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 428 ss.; nonché 510 ss. Su questo punto, si veda anche M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 52, nt. 147.

<sup>6</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 581; nonché C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 181, la quale evidenzia che l'Autore procede, per induzione, ad enucleare il *ne bis in idem* sostanziale quale principio generale dell'ordinamento, pur senza mai definirlo espressamente come tale, seguendo pertanto quell'impostazione di matrice positivistica in tema di principi generali inaugurata da Vezio Crisafulli. Cfr. V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1/1940, 193 ss.; ID, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss.

<sup>7</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 577. In questo senso, il *ne bis in idem*, più che vero e proprio principio costituzionale, assume la conformazione di un canone logico che informerebbe l'intero ordinamento. Ciò è testimoniato dalle particolari modalità con cui si procede a descriverlo in dottrina. Cfr., a titolo d'esempio, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, op. cit., 553, secondo cui il

senso, se certamente il riferimento all'*analogia juris* (con contestuale impossibilità, secondo l'Autore, di poter procedere ad *analogia legis*, stante la mancanza di una norma che regoli casi simili) porta a valorizzare il *ne bis in idem* sostanziale sul piano dei principi, ciò che tutt'ora manca, come già evidenziato, è un vero e proprio referente costituzionale, che sia in grado di dotare il *ne bis in idem* di una sicura cittadinanza nel panorama dei principi<sup>8</sup>.

A questa assenza di forza cogente si aggiunge poi un altro inequivocabile dato, ossia la circostanza che, almeno in un'ipotesi, il nostro ordinamento ammette la presenza di un sostanziale *bis in idem* sanzionatorio: il concorso formale di reati<sup>9</sup>.

Simili critiche, ritenute insuperabili, devono invece essere oggi rilette, come si cercherà di dimostrare nelle prossime pagine, alla luce delle più recenti posizioni interpretative in tema di *ne bis in idem* convenzionale, valorizzando lo stretto rapporto fra divieto sostanziale di doppia punizione e principio di proporzionalità fra fatto e sanzione.

Ma procediamo con ordine.

Senza la pretesa di riportare l'imponente numero di disposizioni che Mantovani propone nella sua indagine, l'attenzione si soffermerà in questa sede sui riferimenti normativi degli artt. 68 ed 84 c.p., prima di procedere sullo scivoloso terreno dei principi<sup>10</sup>.

---

principio sostanziale «esprime il principio basilare della civiltà giuridica che fa divieto di punire due volte lo stesso fatto».

<sup>8</sup> Ciò, è bene specificare, muovendo da quell'approccio metodologico che vede la Costituzione non come mero limite, bensì quale fondamento del diritto penale e della pena. Sul tema cfr. su tutti F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss. Cfr. inoltre M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29, che, riprendendo le parole di Bricola, si chiede se «non sia possibile e anzi doveroso trovare nella Carta costituzionale una sorta di sintesi a priori, un modello di intervento penale che si impone per così dire dall'esterno, o dall'alto, al Parlamento. Un programma (più o meno dettagliato) che vincoli il legislatore sia in quanto ai *fini* che quanto agli *strumenti* di tutela. Da tale programma, o modello, poi, sarà possibile desumere anche i limiti negativi all'intervento penale», cit. 30. Approccio metodologico che, su altro versante, guarda anche alla possibilità di una ricostruzione della teoria generale del reato partendo dai fini costituzionali della pena. Cfr. in quest'ultimo senso S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

<sup>9</sup> Cfr. *ex multis*, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 45-46. Sul punto si rimanda al Cap. I, nt. 13 per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>10</sup> Per quanto concerne invece l'art. 15 c.p., se da un lato si rimanda a quanto già esposto nel Cap. I, dall'altro ci si riserva di riprendere il discorso più avanti, nell'ottica di delinearne i rapporti con il principio (costituzionale) di *ne bis in idem* sostanziale. Lo stesso si farà con riferimento al primo comma degli artt. 61 e 62 c.p., che costituiscono una particolare applicazione, sul terreno delle circostanze, dell'art. 15 c.p. Sul punto, più diffusamente, Cap. IV, Sez. II.

Per quanto concerne il reato complesso, si concorda con quegli Autori che rifiutano di “ridurre” la disposizione dell’art. 84 c.p. ad un mero doppione dell’art. 15 c.p., limitandosi a ribadire i concetti “*ad abundantiam*”<sup>11</sup>. Detta impostazione finirebbe per confliggere con la regola della non superfluità della interpretazione, senza contare che, come emerge dai lavori preparatori del codice Rocco, il reato complesso non si limiterebbe a ricomprendere figure criminose composte da più reati, bensì anche quelle composte da un solo reato ed un *quid pluris* non costituente reato. In questo senso, l’art. 84 c.p. escluderebbe l’applicabilità delle regole in tema di convergenza reale in situazioni anche non riconducibili al principio di specialità, sulla scorta della necessità di non valutare due volte lo stesso fatto in capo al soggetto agente<sup>12</sup>. Ancora, la preferenza nei confronti della posizione che vede nell’art. 84 c.p. la possibilità di una valutazione in concreto del reato complesso, mediante la valorizzazione del reato complesso in senso lato, si basa anche sul fatto che altre norme relative ad esso, quali gli artt. 131 e 170, secondo comma, c.p., risultano applicabili ad entrambe le figure sopra menzionate<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> In quest’ultimo senso F. ANTOLISEI, *Manuale, op. cit.*, 533.

<sup>12</sup> Sottolineano la necessità di una interpretazione che non renda superfluo il disposto dell’art. 84 c.p. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 524 ss., il quale evidenzia, accanto alle ipotesi di reato complesso in senso stretto (ossia costituite da due o più reati) anche ipotesi in senso lato, ossia di illeciti penali caratterizzati da elementi ulteriori, di per sé non costituenti reato, 519-520; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 556. Ritiene che l’art. 84 c.p. regoli, oltre alle ipotesi di reato complesso in senso stretto, anche quelle in senso lato S. PROSDOCIMI, voce *Reato complesso*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, 213. Cfr. inoltre il *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. 5, parte I, Roma, 1929, 132 s., nella quale si identifica il reato progressivo come una *specie* del reato complesso, figura, la prima, non riconducibile al principio di stretta specialità. La letteratura in tema di reato complesso è imponente, per maggiori approfondimenti si rimanda, *ex multis*, a C. LOSANA, *Reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1963, 1189 ss.; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 200 ss.; ID, *Reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1996, 200 ss. La figura del reato complesso in senso lato non è tuttavia priva di controversie in dottrina, stante la presenza di molti Autori che ne negano la riconducibilità all’art. 84 c.p. In questo senso cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis, op. cit.*, 83, nt. 33; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali, op. cit.*, 236-237; M. ROMANO, *Art.84*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, 792 ss. Da sottolinearsi in ogni caso che, anche fra chi nega la possibilità di ricomprendere nell’art. 84 c.p. la figura del reato complesso in senso lato, vi è chi, come Bartolomeo Romano, sottolinea in ogni caso l’esistenza quantomeno dei reati solo eventualmente complessi, ossia quelli in cui una fattispecie penale sia contenuta in altra solo come elemento particolare, non costitutivo, sicché sarebbe ipotizzabile la realizzazione della seconda anche in assenza della prima, sottolineando che l’unificazione data dall’art. 84 c.p. non sempre ricalca relazioni strutturali, ma anche ipotesi non risolvibili secondo i crismi della proporzionalità. In questo senso, la figura del reato solo eventualmente complesso comporterebbe la necessità di spostare in ogni caso l’indagine sull’accadimento concreto. Cfr. B. ROMANO, *Ibid.*, 239 ss.

<sup>13</sup> Cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, 484. Del resto, sono numerosi i casi, tradizionalmente ricondotti alla figura del reato complesso, in cui tuttavia va esclusa la possibilità di individuarne la natura su di un piano rigorosamente astratto. Nello specifico, in dottrina si sono portate,

Infine, si ritiene significativa anche la collocazione sistematica stessa della fattispecie, in chiusura della disciplina del concorso di reati, sicché si può ritenere che, al di fuori delle ipotesi di reato complesso strutturalmente intese, il legislatore abbia proceduto ad un'unificazione legislativa degli illeciti contenuti nel reato complesso che si esplica in punto sanzionatorio.

In secondo luogo, l'art. 68 c.p., in tema di circostanze sancisce l'applicabilità della sola circostanza che ne comprenda in sé un'altra, la quale rimane consunta nella prima.

Anche per questa norma si evidenzia la necessità di fornirne una interpretazione che non la riduca a mero doppione dell'art. 15 c.p.<sup>14</sup>. Ma v'è dell'altro: anche volendo prendere in considerazione il solo dato letterale, risulta significativo che il meccanismo dell'art. 68 c.p. sia destinato ad operare nei casi in cui una circostanza "*ne comprende*" un'altra. Detto inciso non fa riferimento ad alcun tipo di relazione di genere a specie e tale aspetto è, di per sé, significativo, apparendo come un riferimento ad altro tipo di relazione. Se l'art. 68 c.p. non può ridursi ad una mera applicazione del principio di stretta specialità in tema di circostanze, ne consegue che il meccanismo per cui una circostanza ne ricomprende un'altra sia da imputare ad una regola differente, ovvero il *ne bis in idem* sostanziale<sup>15</sup>.

Infine, sempre l'art. 68 c.p., nel prevedere l'applicazione del solo maggiore aumento o maggiore diminuzione evidenzia che il disvalore del fatto, in queste ipotesi, si desume dal trattamento sanzionatorio<sup>16</sup>. Circostanza che se in primo luogo evidenzia la necessità di applicare il trattamento sanzionatorio più severo (tranne nella speculare, ma particolare, ipotesi di concorso di circostanze attenuanti, per le quali, logicamente,

---

come esempio, le fattispecie in cui il legislatore ha considerato la violenza come circostanza aggravante, ovvero elemento costitutivo. In questo frangente, ben potendo il comportamento violento esplicarsi in un *quid* non costituente reato, che si aggiunge al reato principale, ci si trova dinanzi ad un reato complesso in senso lato. Cfr. sul punto G. NEPPI MODONA, *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 530.

<sup>14</sup> Così sempre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 555 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, *op. cit.*, 557. Sottolinea che proprio in virtù della clausola di riserva che l'art. 68 c.p. pone in favore dell'art. 15 c.p. si può dedurre che solo quest'ultima disposizione disciplini il criterio di specialità B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 228. Per una panoramica generale sul tema si rinvia a R. GUERRINI, *L'art. 68 C.P. e la disciplina del concorso apparente di norme*, in *Studi senesi*, 1986, 1 ss.

<sup>15</sup> Riconduce al *ne bis in idem* sostanziale l'art. 68 c.p., dopo aver escluso che esso possa essere "ridotto" ad espressione dei criteri di sussidiarietà e consunzione, ovvero a letture estensive del principio di specialità, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 227.

<sup>16</sup> Così, *ex multis*, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, *op. cit.*, 558.



vale il principio inverso), in secondo luogo pone l'ennesimo collegamento con la dimensione del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione<sup>17</sup>.

Pertanto, enucleato un ambito di validità diverso ed ulteriore rispetto a quello dell'art. 15 c.p., deve ritenersi che, laddove si ritenesse operante il principio di *ne bis in idem* sostanziale, esso esisterebbe autonomamente, ossia prescindendo dal richiamo e, pertanto, dalla operatività, dell'art. 15 c.p.

## 2. Dal diritto positivo al terreno dei principi: le nuove suggestioni teoriche per la costruzione di un principio costituzionale di *ne bis in idem* sostanziale.

Quanto affermato in chiusura del precedente paragrafo è tuttavia sostenibile solo se ed in quanto sia possibile enucleare un autonomo principio di carattere costituzionale, in assenza del quale le disposizioni sopracitate si ridurrebbero a mero “temperamento” del regime sanzionatorio del concorso di reati e di circostanze. In questi termini, proprio le ultime novità in tema di *ne bis in idem* convenzionale hanno tratteggiato un nuovo tragitto per l'interprete, contaminando sempre di più la tradizionale preclusione processuale con istanze di carattere sostanziale. Tuttavia, sebbene si sia assistito ad una esponenziale crescita di attenzione sul tema, sono pochi gli studi che hanno posto il divieto *de quo* in relazione al piano dei principi costituzionali<sup>18</sup>. In particolare, queste indagini possono essere sommariamente suddivise in due filoni, che si differenziano fondamentalmente con riguardo al ruolo riconosciuto al principio di proporzionalità nello studio del *ne bis in idem* sostanziale.

In primo luogo, deve richiamarsi quella posizione che inquadra il *ne bis in idem* sostanziale come principio generale inespreso dell'ordinamento, secondo il dettato

---

<sup>17</sup> Si specifica inoltre che tale argomentazione, ben nota nella dottrina che si è occupata di assorbimento e *ne bis in idem* sostanziale, richiama anche le disposizioni dell'art. 301 c.p., che prevede, al primo comma, che “quando l'offesa alla vita, all'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”; nonché l'art. 276 c.p., che assorbe la fattispecie di tentato omicidio, laddove il soggetto passivo sia il presidente della Repubblica. Cfr. sempre S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 558, nonché F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, Cap. IV, *passim*. Ancora, si richiama l'art. 183, ult. c., c.p., il quale sancisce, in presenza di un concorso contemporaneo di cause estintive del reato e della pena, la prevalenza di quella dotata di maggior efficacia estintiva.

<sup>18</sup> Basti richiamare qui l'imponente mole di contributi che si sono susseguiti dal 2014 ad oggi, a margine delle sentenze della Corte EDU e della Corte di Giustizia. Cfr. Cap. II, parr. 3.2 e 3.3.

dell'art.12 delle preleggi. Il riferimento è agli studi di Silva, che si inseriscono nel solco precedentemente tracciato da Mantovani, nel tentativo di arricchirlo attraverso una valorizzazione delle più recenti novità in tema di *ne bis in idem* convenzionale. Sebbene l'indagine sia principalmente rivolta allo studio del fenomeno del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, l'Autrice dedica una cospicua parte del proprio lavoro al rapporto fra concorso apparente e *ne bis in idem* sostanziale<sup>19</sup>.

Nello specifico, il divieto viene ritenuto espressione di diversi riferimenti costituzionali i quali, se da un lato ne testimonierebbero l'esistenza, dall'altro sarebbero in grado di dotarlo di valenza precettiva. L'operazione non sarebbe dissimile da quella già effettuata in dottrina con riferimento al principio di offensività, ricostruito nelle sue fondamenta costituzionali attraverso il rinvio a differenti coordinate della Carta<sup>20</sup>. Nello specifico, vengono richiamati il principio di legalità (25, c. 2 Cost.) e di personalità della responsabilità penale (art. 27 c. 1 Cost.), nonché gli artt. 2, 3 e 13, dando rilevanza, ancora, allo stesso principio di offensività, elevandoli, tutti, ad "indici" della presenza di un principio inespresso di *ne bis in idem* sostanziale<sup>21</sup>.

Pur partendo dall'impostazione di Mantovani, l'Autrice se ne discosta esprimendo una preferenza nei confronti delle teorie pluralistiche, con la specificazione tuttavia che i vari criteri da esse prospettati dovrebbero essere ricondotti ad unità, a causa della palese sovrapposizione fra i casi di sussidiarietà ed assorbimento, predisponendo così un solo criterio, quello di consunzione, da affiancare alla specialità<sup>22</sup>.

Infine, viene valorizzato anche il dato proveniente dalle Corti europee, riconoscendo il legame intercorrente fra proporzionalità e *ne bis in idem*, ma negando al

---

<sup>19</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 173 ss. L'Autrice sposa la tradizione che suddivide i principi generali in espressi od inespressi, ritenendo esistente, nonché cogente, anche la seconda categoria, richiamando in particolare i lavori di M. BASCIU (a cura di), *Soggetti e principi generali del diritto. Atti del XV Congresso Nazionale (Pisa-Viareggio 16-18 maggio 1985)*, Milano, 1987, 25 ss.; V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali*, op. cit.; ID, *Per la determinazione*, op. cit.; ID, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto*, op. cit. Per ulteriori approfondimenti in tema di principi generali del diritto, nonché del rapporto fra principio e norma giuridica, si veda, in particolare, G. ALPA, *Principi generali*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, XIV, 1996, 355 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986; R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig.*, 1995.

<sup>20</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit. 193-194, alla quale si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici in tema di offensività.

<sup>21</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 194 ss.

<sup>22</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 162.

contempo «una ‘*upgradation*’ del *ne bis in idem* sostanziale sotto l’egida della copertura costituzionale del principio di proporzionalità», ritenendo che tale operazione sia percorribile solo a patto di non riconoscere alla preclusione forma e contenuto di principio<sup>23</sup>.

In questo senso, oltre a richiamare le già citate disposizioni costituzionali (e rimarcando in particolare la necessità di riferirsi al principio di offensività), il *ne bis in idem* assumerebbe addirittura un significato antecedente a quello della risposta sanzionatoria collocandosi, secondo l’Autrice, a livello di teoria della validità della norma<sup>24</sup>. Dal momento che il principio di proporzione si traduce nella necessità che vi sia corrispondenza fra la gravità del fatto posto in essere dal soggetto e la risposta punitiva dello Stato, sarebbe perciò illogico ritenere che esso possa assurgere a fondamento di un divieto, quello di *bis in idem*, ove si ritenga che quest’ultimo operi nelle determinazione delle relazioni fra norme, ossia in un momento logicamente antecedente rispetto a quello in cui esse vengono applicate. In altri termini, mentre la proporzionalità interesserebbe gli effetti delle norme in relazione al fatto concreto, il *ne bis in idem* agirebbe invece nel rapporto fra due o più fattispecie astratte. Ragionando in tal senso, sarebbe in definitiva impossibile un rapporto di derivazione diretta del divieto *de quo* dal principio di proporzione.

Proprio tale conclusione desta tuttavia qualche perplessità. Nello specifico, ci si chiede come le più recenti novità in tema di *ne bis in idem* convenzionale, che della proporzione fanno l’epicentro dell’applicazione della preclusione, possano fornire un reale apporto per la formulazione dell’omonimo principio sostanziale, se delle stesse ne viene “marginalizzato” l’elemento fondamentale, “degradando” la proporzione a mero indice, fra i tanti, della presenza del divieto *de quo*.

La giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria, infatti, ha costruito un divieto “a cavallo” fra i due tradizionali piani della preclusione, ed è proprio la necessaria

---

<sup>23</sup> Così testualmente C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 334, che riprende in chiave critica quanto riportato da A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, op. cit., 1081.

<sup>24</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit. 334-335. Conclusione che, deve sottolinearsi, si dimostra certamente rispettosa dell’orientamento pressoché maggioritario in dottrina e giurisprudenza, che ritiene il fenomeno della convergenza appannaggio della teoria della validità della norma. Sul punto, cfr. Cap. I, par. 3. Invero, se il tentativo risulta essere quello di riallacciare la costruzione di un principio sostanziale di *ne bis in idem* alle novità sovranazionali, ma mantenendo al contempo un contatto con la tradizionale, e pressoché unanime, collocazione sistematica del fenomeno della convergenza di norme, il risultato, come si vedrà, non poteva che essere questo: disconoscere un rapporto di derivazione fra la preclusione sostanziale ed il principio di proporzionalità fra fatto e sanzione.

proporzionalità della risposta sanzionatoria il fattore che ha permesso l'emersione di istanze *sostanziali* sulla garanzia *processuale* di doppio giudizio.

In altri termini, si deve ritenere che il principio di proporzione intrattenga un rapporto privilegiato con il piano sostanziale del divieto di doppia punizione.

Ragionando diversamente, si rischia di cadere in contraddizione: da un lato, si fa riferimento agli indici sostanziali (fra i quali la proporzione gioca un indiscutibile ruolo centrale) del *ne bis in idem* convenzionale, come occasione per rinnovare un'indagine sulla preclusione sostanziale; dall'altro, si conclude per la ricognizione del divieto, tuttavia "separandolo", dal punto di vista dogmatico, dal terreno della risposta sanzionatoria<sup>25</sup>.

Si badi bene, l'Autrice non nega *in toto* la correlazione intercorrente fra principio di proporzionalità e divieto di doppia punizione. Eppure, finisce per separarli concettualmente già *ab origine*, in punto di collocazione sistematica<sup>26</sup>. Così operando, tuttavia, ci si trova dinanzi a due principi non solo autonomi, ma agenti persino in due contesti del tutto differenti (validità delle norme, a monte; efficacia delle stesse, nel momento di commisurazione della pena al fatto, a valle).

Certamente, l'ossequio alla concezione tradizionale che vuole che il fenomeno della convergenza si radichi all'interno della teoria della validità della norma non può che comportare, come coerente sviluppo, un netto distacco fra *ne bis in idem* e principio di proporzionalità.

E tuttavia la direzione sovranazionale pare essere, al contrario, quella di una valorizzazione del primo proprio alla luce dell'eterna questione del trattamento sanzionatorio, dovendo pertanto chiedersi se il riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale non comporti anche un ripensamento della collocazione sistematica del fenomeno della convergenza<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. nuovamente C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 335.

<sup>26</sup> Si richiama quanto affermato da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 254 ss., che sottolinea la necessità di distinguere nettamente le diverse implicazioni scaturenti dalla scelta di dove collocare la problematica oggetto di indagine. Nella teoria della norma, nell'ottica di valorizzare quelle esigenti di "certezza giuridica; ovvero nel campo delle finalità (nonché delle tecniche di costruzione) della risposta sanzionatoria, sacrificando la possibilità di identificare *a priori* il campo della commisurazione della pena, ritenendo più importante dare attuazione ad istanze di equità.

<sup>27</sup> Il discorso verrà ripreso più avanti, *infra*, par. 7 e ss. Basti qui specificare che, in ogni caso, un simile ripensamento dovrebbe comunque esplicitarsi pur sempre nel rispetto della collocazione sistematica del principio di specialità nell'ambito della teoria della norma. Non è infatti pensabile una sede differente per l'art. 15 c.p., che esplica inequivocabilmente i suoi effetti a monte, nei rapporti fra norme. La questione

In sintesi, delle due l'una. O si ritiene che i più recenti sviluppi europei abbiano una concreta influenza nello sviluppo di un'indagine in tema di *ne bis in idem* sostanziale, oppure si deve prescindere dagli stessi. Se è certamente vero che non risulta possibile esportare automaticamente concetti ed interpretazioni dal piano processuale a quello sostanziale, purtuttavia non si può ignorare che la commistione fra questi avviene sotto l'ingombrante presenza della necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione. Partire dal dato europeo, per valorizzare l'esistenza di un principio sostanziale di *ne bis in idem*, significa necessariamente valorizzare gli elementi di commistione fra i due piani del divieto, ed in particolar modo quello principe, la proporzionalità.

In caso contrario, ben potrà svilupparsi un'analisi tesa ad enucleare il principio *de quo* prescindendo dall'aspetto della proporzionalità della sanzione, ma si tratta di operazione che mal si concilia con la valorizzazione dei più recenti approdi sovranazionali ed europolitani.

Al contrario, come si è tentato di dimostrare nel precedente capitolo, il principio di proporzionalità va considerato il filo d'Arianna che attraversa questa labirintica vicenda, sconfinando anche in un terreno, quello processuale, che dovrebbe essergli precluso.

Proprio sulla valorizzazione della proporzionalità come punto di partenza per uno studio del *ne bis in idem* sostanziale si pone la seconda corrente di pensiero, che purtuttavia, contrariamente alla prima, non si è ancora tradotta in un'analisi sufficientemente approfondita sul tema, sia perché sino ad ora solo accennata in articoli o in saggi brevi, sia perché affrontata incidentalmente nel contesto di indagini rivolte a differenti scopi, seppur collaterali a quello oggetto di studio nel presente lavoro<sup>28</sup>.

Anche secondo questo secondo gruppo di Autori, che rinvergono nell'art. 27 Cost. il referente capace di dare cittadinanza costituzionale al *ne bis in idem* sostanziale, l'approdo più naturale parrebbe essere quello della piena valorizzazione delle teorie

---

riguarderebbe pertanto i fenomeni di convergenza reale, nonché quella parte del concorso apparente non riconducibile a fenomeni strutturali di rapporto di genere a specie.

<sup>28</sup> Rientrano nella prima categoria gli spunti di A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4578 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 237 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno, op. cit.*; ID, *Cumuli punitivi, op. cit.* Pune delle riflessioni sul *ne bis in idem* a margine di un più ampio contributo in tema di statuto garantistico e sanzioni penali e parapenali F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 287 ss. Come già si è avuto occasione di vedere, i contributi in tema di *ne bis in idem* convenzionale sono tantissimi. Si è scelto di riportare solamente quelli che richiamano esplicitamente, in modo più o meno approfondito, un dato costituzionale come porta d'ingresso per il divieto *de quo*.

pluralistiche<sup>29</sup>. Tuttavia, il “potenziamento” del *ne bis in idem*, come principio dotato di rango costituzionale, viene rinvenuto direttamente nella necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione, a sua volta considerata quale corollario o precipitato del principio di colpevolezza, richiamando pertanto i commi primo e terzo dell’art. 27 Cost.<sup>30</sup>.

Certamente, tale concordanza di opinioni non elimina talune differenze nel pensiero degli autori, ma risulta significativo che la valorizzazione delle istanze sovranazionali abbia comportato l’individuazione del principio di colpevolezza quale *passé-partout* per l’ingresso del *ne bis in idem* sostanziale nel panorama costituzionale<sup>31</sup>.

In ogni caso, pur a fronte di talune divergenze nel percorso intrapreso, la convergenza sul risultato finale è netta. Non solo si giunge sul terreno del principio di proporzionalità, ma lo s’intende quale precipitato del principio di colpevolezza, quantomeno sottolineando il ruolo di quest’ultima quale limite negativo della pena<sup>32</sup>.

Sebbene tali Autori pongano interessanti suggestioni, ancora manca un’analisi esaustiva sul punto: tanto, a monte, circa le interazioni fra *ne bis in idem* sostanziale e principio di proporzionalità/colpevolezza, quanto, a valle, circa i concreti risvolti che il

---

<sup>29</sup> Si pone in maniera solo apparentemente differente A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4580 ss., il quale ritiene che il principio di specialità debba essere affiancato da un non meglio definito principio di necessaria proporzionalità per la risoluzione dei casi di concorso apparente di norme. In sostanza, egli auspica un meccanismo, per così dire, a doppio livello, che porterebbe alla riduzione delle incertezze applicative del concorso apparente di norme, in presenza di un duplice scrutinio: il primo, in astratto, *ex art. 15 c.p.*; il secondo, a valle, in concreto, sul complessivo rapporto fra pena irrogata e fatto commesso. L’idea può anche essere considerata suggestiva, ma è posta in termini piuttosto “spannometrici”. Inoltre, anche tralasciando le perplessità circa la automatica trasformazione del principio di proporzione fra fatto e sanzione a criterio di risoluzione della convergenza fra fattispecie, deve notarsi come tale proposta finisca in ogni caso per affiancare un ulteriore parametro al principio di specialità, costituendo, in un modo certamente originale ma in parte evanescente, un’impostazione di stampo pluralista.

<sup>30</sup> Cfr. A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4580 ss.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 299 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>31</sup> Differenze invero anche non marginali. Alcuni Autori richiamano il solo articolo 27 Cost., ritenendo che il principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, tradizionalmente invocato dalla Corte costituzionale per l’applicazione del principio di proporzionalità, non svolga un concreto ruolo nella ricostruzione del *ne bis in idem* sostanziale, così A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, 1067; al contrario, altri ritengono che anch’esso debba essere valorizzato, come A. MATTARELLA, *op. cit.*, 4587. Ancora, al riconoscimento di un ruolo attivo al principio di colpevolezza giunge sia chi afferma la necessità di un’interpretazione, se non unitaria quantomeno, armoniosa delle accezioni processuale e sostanziale del principio *de quo*, cfr. sempre A.F. TRIPODI, *Ibid.*; sia chi al contrario ne predica una rigorosa separazione, come F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 313 s.

<sup>32</sup> Come sottolinea M. MANTOVANI, *op. cit.*, 240, del resto, tale modo d’intendere la colpevolezza può considerarsi come vero e proprio patrimonio acquisito nella letteratura italiana. Nello stesso senso cfr. E. DOLCINI, *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1156 ss.; ID., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, *op. cit.*, 55 ss.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 299 ss.; M. ROMANO, *Pre-art. 1*, *op. cit.*, 39.

principio *de quo*, nella sua veste costituzionale, comporterebbe in relazione al fenomeno della convergenza fra fattispecie.

Infatti, a mero titolo d'esempio, sarà necessario fornire una risposta alle seguenti questioni: anzitutto, quali risvolti il divieto sostanziale di *bis in idem* comporterebbe circa il già accennato problema della collocazione sistematica del fenomeno della convergenza di norme; in secondo luogo, la stessa concordanza che si rinviene circa l'adesione a teorie pluralistiche non può considerarsi automatica, dal momento che non mancano, come si è visto, riferimenti al *ne bis in idem* sostanziale anche per la legittimazione della specialità bilaterale, e finanche della specialità in concreto; in terzo luogo, risulterà altresì necessario delimitarne i rapporti con il principio di specialità, nonché con istituti "limite" quali l'antefatto ed il postfatto non punibili; infine, sarà necessario valutare la "convivenza" fra *ne bis in idem* sostanziale e cumulo giuridico, nelle ipotesi di concorso formale di reati, stante l'acclarata inconciliabilità di queste con la preclusione *de quo*.

*3. I motivi della comparazione. Uno sguardo all'esperienza tedesca: le coordinate dell'art. 103, abs. III GG.*

Appare estremamente proficuo, a questo punto, volgere lo sguardo all'esperienza dogmatica ed applicativa tedesca, foriera di più d'uno spunto di riflessione per quanto concerne sia l'esame degli istituti disciplinanti la convergenza di fattispecie, sia i rapporti fra detto fenomeno ed i principi costituzionali.

In questo senso, si ritiene che un'analisi comparativa fra i due ordinamenti possa avere risvolti estremamente interessanti in relazione al divieto sostanziale di *bis in idem*. Certo, si è consapevoli del differente contesto dogmatico e normativo intercorrente fra le due esperienze ordinamentali. Cionondimeno, si ritiene siano ancor più numerosi i punti di contatto, che giustificano una indagine che possa giovare anche dei più recenti punti d'approdo della dottrina e giurisprudenza tedesca.

Ciò è in particolar modo vero non solo in considerazione del ruolo centrale che la dogmatica alemanna ha giocato nello studio e nell'analisi del fenomeno della

convergenza di norme<sup>33</sup>; ma risulta ancora più pregnante se si considera l'influenza che l'elaborazione tedesca ha avuto per la dottrina italiana, specie in tema di rapporti fra il principio di colpevolezza (*Schuldprinzip*) ed il momento commisurativo della pena (*Strafzumessung*)<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Non esiste infatti studio approfondito in tema di convergenza, reale od apparente, di fattispecie che non si confronti con gli Autori tedeschi. Del resto, lo si è visto in apertura del presente lavoro, la maggior parte delle problematiche che la dottrina italiana ha affrontato sono state esaminate anche, ed in tempi precedenti, dalla dottrina d'oltre alpe: si pensi, a titolo d'esempio, alle questioni in tema di denominazione degli istituti (Cap. I, par. 2); ovvero con riferimento alla collocazione sistematica del concorso apparente (Cap. I, par. 3). Se certamente, come già sottolineato, il dibattito italiano si è sviluppato con particolare forza all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco, esso è potuto risultare così prolifico anche grazie a questa circostanza: giovandosi della feconda esperienza tedesca, sviluppatasi già da tempo sul tema (ma anche, più in generale, delle dottrine relative ai concetti di *Tatbestand* e di *Typus*), la dottrina italiana ha avuto la possibilità di muoversi sopra un terreno non completamente "inesplorato". Basti qui ricordare gli studi di A. BAUMGARTEN, *op. cit.*, *passim*; E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 310 ss.; K. BINDING, *Handbuch*, *op. cit.*, 565 ss.; A. KÖHLER, *op. cit.*, *passim*; F. LENT, *op. cit.*, in particolare 17 ss. Studi che hanno rappresentato il fondamentale punto di partenza di opere quale quella di A. MORO, *op. cit.* Ancora, i criteri di sussidiarietà e consunzione, teorizzati dalle dottrine pluraliste, altro non sono che la rielaborazione sul suolo dogmatico italiano di studi propiziati dalla dottrina tedesca, la quale, in assenza di un referente normativo quale è il nostro art. 15 c.p., si è enormemente spesa nella produzione di criteri risolutivi in tema di *Gesetzeskonkurrenz*. Cfr., *ex multis*, F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, 590 ss.; F. LISZT, E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, 1932, 357 ss.; E. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935, 487 ss.; H. WELZEL, *op. cit.*, 196 s. Si ritiene in ogni caso doveroso specificare che la recezione, da parte della dottrina italiana, non è risultata né pedissequa, né acritica, essendosi sviluppata attraverso sia opere di puntualizzazione dei criteri elaborati dalla dogmatica tedesca, sia procedendo ad una selezione accurata di solo alcuni di questi (si pensi al criterio di alternatività, che non ha mai avuto notevole rilevanza nel nostro panorama dottrinale). Cfr. in quest'ultimo senso F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 82 ss., che rileva (alla nota 128 alla quale si rimanda per gli opportuni riferimenti bibliografici) come una recezione "globale" della criteriologia tedesca è avvenuta piuttosto presso gli studiosi spagnoli e sudamericani.

<sup>34</sup> Il tema non può essere debitamente approfondito in questa sede. Si ritiene tuttavia necessario richiamare la profonda connessione fra proporzionalità e colpevolezza, che da tempo viene riconosciuta anche dall'esperienza tedesca. Cfr., *ex multis*, H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, 2 ss.; I. APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, 111 ss.; H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln, 1985; A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen)*, Heidelberg, 1981; U. NEUMANN, *The "deserved" punishment*, in A.P. SIMESTER, A. PEDAIN, U. NEUMANN (a cura di), *Libera criminal theory. Essay for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, 67ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, 1984, 153 ss. Per una visione parzialmente critica di tale impostazione si veda, in particolare, W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 3-4/2014, 164 ss., il quale denuncia l'inadeguatezza del principio di proporzionalità ad orientare esaustivamente il processo di commisurazione della pena. Si badi bene, l'Autore non nega la valenza del principio di colpevolezza come "criterio di controllo/limite" del *quantum* di pena, bensì considera inutile, o troppo incerto, l'utilizzo anche del principio di proporzionalità, ritenendo pertanto che già con il solo *Schuldprinzip* si raggiungano risultati soddisfacenti. Infine, anche volendo prescindere dal panorama dottrinale, si evidenzia che tale legame è scolpito indissolubilmente nel codice penale tedesco, al § 46 StGB (*Grundsätze der Strafzumessung*), il cui *incipit* testualmente recita: «Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe».



Infine, a tale duplice circostanza se ne aggiunge una terza, ossia il fatto che il sistema tedesco, contrariamente a quello italiano, prevede un esplicito riferimento costituzionale al principio di *ne bis in idem* all'art. 103, abs. III, *Grundgesetz*.

Assunto, quest'ultimo, che necessita tuttavia di maggiore specificazione: sebbene oggi possa dirsi che anche nell'ordinamento italiano sia rinvenibile una copertura costituzionale per la preclusione processuale (artt. 24 e 111 Cost.), ciò non può dirsi per quanto concerne invece l'omonima garanzia sul piano sostanziale.

Come si vedrà, nonostante anche nell'esperienza tedesca il *ne bis in idem* venga inteso nella sua accezione prevalentemente processuale, «risulta parimenti incontestabile, tuttavia, che le argomentazioni desunte da quel sistema per avvalorarne una dimensione costituzionale, suscettibile di trasposizione anche nel nostro, attengono a profili di diritto penale esclusivamente *sostanziale*»<sup>35</sup>.

Anzitutto, basti pensare alla collocazione topografica del principio: se da un lato il par. I dell'art. 103 GG stabilisce una garanzia di carattere precipuamente processuale (*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*), il par. II sancisce al contrario il principio cardine che ispira l'intero settore del diritto penale sostanziale, quello di legalità, statuendo contemporaneamente l'operatività della riserva di legge e del divieto di retroattività (*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*). In sostanza, l'art. 103 GG costituisce un micro-insieme di principi di carattere sia processuale (abs. I) che sostanziale (abs. II), caratterizzando, in chiusura, un divieto di *bis in idem* che, come meglio si evidenzierà, si presenta, quanto meno ad un primo sguardo, a cavallo fra questi due piani (abs. III).

Restringendo l'attenzione all'art. 103, abs. III GG., esso sancisce letteralmente il divieto di punire più volte lo stesso fatto (*Verbot der Doppelbestrafung*) e l'interpretazione che ne viene fornita ricalca ampiamente quella che si rinviene nell'ordinamento italiano, sia per quanto riguarda l'estensione applicativa, sia per quanto concerne talune criticità operative, specie in relazione alle difficoltà di

---

<sup>35</sup> Così, testualmente, M. MANTOVANI, *op. cit.*, 240. Sottolineano il carattere fondamentalmente processuale della preclusione, *ex multis*, C. DEGENHART, *op. cit.*, 2101; G. NOLTE, H.P. AUST, *op. cit.*, 1096; H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, 862.

coordinamento con il piano sostanziale, che giustificano una analisi dei due concetti ordinamentali di *bis in idem*<sup>36</sup>.

Il principio condivide infatti nei due ordinamenti la stessa natura, processuale, nonché l'ambito applicativo, coincidente con il "solo" diritto penale, non estendendosi la garanzia, per lo meno tradizionalmente, ad altre branche del diritto, quale quello amministrativo<sup>37</sup> (affermazione, quest'ultima, che risulta invero oggi in piena "revisione", soprattutto alla luce dell'esperienza sovranazionale in tema di doppio binario sanzionatorio<sup>38</sup>). Ancora, analoghe considerazioni si rinvengono per quanto concerne la *ratio* "composita" di tutela del *ne bis in idem*, oscillante fra certezza del diritto e garanzia del singolo, con la specificazione che la seconda risulta sempre più centrale nell'interpretazione del divieto, dal momento che la certezza del diritto non viene considerata in un'accezione puramente astratta, ma deve essere concretamente declinata come diritto stesso della persona ad un diritto certo<sup>39</sup>.

Se tuttavia questi punti di contatto possono apparire in qualche modo "scontati", essendo elementi caratterizzanti la tradizionale essenza del divieto, si può tuttavia evidenziare come una forte analogia sia presente anche sopra un altro versante, per così dire, patologico, ossia con riferimento ai punti di frizione che, anche nell'esperienza tedesca, intercorrono fra la nozione di fattispecie concreta (*Tatbegriff*) ai sensi della preclusione processuale, rispetto a quella, sostanziale, adottata dal codice penale

---

<sup>36</sup> Testualmente, la disposizione recita: "*Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden*".

<sup>37</sup> Lo stesso dato testuale della disposizione lo limita, laddove essa fa riferimento al concetto di legge penale generale (*allgemeines Strafgesetz*). Cfr. in questo senso D. BRODOWSKI, *Grundfälle zu den Justizgrundrechten. Art. 103 II, III GG – nulla poena sine lege, ne bis in idem*, in *JuS*, 2012, 895; DEGENHART C., *op. cit.*, 2103. Va tuttavia specificato come anche al di fuori del settore penalistico, si ritiene che un generale divieto di doppia sanzione derivi in ogni caso da altri principi generali, quali quello della certezza del diritto, cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, 866-867; ovvero, molto più interessante in questa sede, quello di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*), cfr. G. NOLTE, H.P. AUST, *op. cit.*, 1104; nonché, sempre D. BRODOWSKI, *ibid.*

<sup>38</sup> Cfr. sempre NOLTE G., AUST H.P., *op. cit.*, 1105. Della possibile estensione della garanzia a settori diversi dal diritto penale si discuteva anche prima dei recenti sviluppi in tema di doppio binario sanzionatorio: cfr. P. KUNIG, *Art. 103*, in I. VON MÜNCH, P. KUNIG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, VIII, 2012, München, 897 ss., il quale evidenzia la possibilità di procedere ad un'estensione attraverso interpretazione analogica.

<sup>39</sup> Così G. NOLTE, H.P. AUST, *op. cit.*, 1103, secondo i quali "*Das Grundrecht schützt die Rechtssicherheit der Person und nicht ein abstrakteres Rechtssicherheitsinteresse (...) Geschützt ist das Vertrauen des Einzelnen, nicht erneut mit dem Vorgang konfrontiert zu werden, "auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen"*. Ancora, il divieto risulta essere anche posto a tutela della dignità della persona (*Menschenwürde*), *ibid.*, 1109. Ciò enfatizza la commistione, già a livello di *ratio* del divieto, fra piano sostanziale, incentrato sulla preclusione quale garanzia individuale, e piano processuale, di certezza del diritto. Si rimanda pertanto a quanto già evidenziato precedentemente, Cap. II, par. 2 e 2.1.

tedesco, in particolare ai §§ 52 e 53 StGB (*Tatbestand*), concernenti i casi di unità di reato (*Tateinheit*) e pluralità di reati (*Tatmehrheit*)<sup>40</sup>.

In questo senso, si ripropone per l'Art. 103, abs. III GG lo stesso dibattito che agita la dottrina italiana in relazione al concetto di "*idem*" (*dieselbe Tat*), dal momento che, se da un lato la concezione codicistica si assesta sul concetto di identità legale del fatto (*idem crimen*), la giurisprudenza tedesca, al contrario, definisce il concetto di "*Tat*", ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*, da un punto di vista storico naturalistico (*idem factum*)<sup>41</sup>.

Nello specifico, se per quanto concerne la disciplina della pluralità di reati di cui al § 53, risulta difficile riscontrare un *idem* dal punto di vista naturalistico, essendosi di fronte ad un'ipotesi di concorso materiale di reati<sup>42</sup>, deve sottolinearsi come le maggiori difficoltà si rinverano invece nei casi di *Tateinheit*, disciplinati dall'art. § 52 StGB.

<sup>40</sup> Cfr., *ex multis*, C. DEGENHART, *op. cit.*, 2102, che allarga il confronto anche al concetto di fatto presente nel codice di procedura penale, richiamato dai §§ 155 e 264 StPO. Cfr. inoltre l'interessante saggio di M. HEGER, *Der Tatbegriff ("idem") des EuGH in Strafsachen. Notwendigkeit einer Normativierung?*, in G. HOCHMAYR (a cura di), "*Ne bis in idem*" in Europa, Baden, 2015, 65 ss., che analizza i concetti di *idem crimen* ed *idem factum* anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale. Si veda anche U. DITHMAR, *Der Grundsatz "ne bis in idem" und das fortgesetzte Delikt*, Berlin, 1995, 43 ss.; R.D. HERZBERG, *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in *JuS*, 1972, 113-114.

<sup>41</sup> Cfr. BVerfGE, 7 marzo 1968 23, 191, 29, in *Beck-online*; BVerfGE, 8 gennaio 1981, 56, 22, 202 in *Beck-online*, che definisce il fatto ex art. 103 GG come "*den geschichtlichen – und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzten – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll*". Ancora, più radicalmente, quest'ultima sentenza afferma che la nozione processuale di "*Tat*" non ha niente a che vedere con il medesimo concetto nel diritto sostanziale, cfr. § 18. Cfr. anche H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, 865, secondo il quale "*Im einzelnen liegt eine einheitliche Tat vor, wenn ein einheitlicher Lebenssachverhalt wie unerlaubtes Überholen mit überhöhter Geschwindigkeit am selben Ort zur selben Zeit vorliegt, auch wenn er unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten in zwei Verfahren beurteilt werden kann*". Cfr. infine anche D. BRODOWSKI, *op. cit.*, 896; G. DÜRIG, *Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas. Zur mehrfachbestrafung der Ersatzdienstverweigerer aus Gewissensgründen*, in *JZ*, 1967, 426 ss.

<sup>42</sup> Difficile, ma non aprioristicamente escludibile. Sebbene i casi di *Tatmehrheit* ex § 53 StGB riguardino ipotesi di pluralità di azione, la giurisprudenza tedesca ha sottolineato che, proprio a causa della diversità dei concetti sostanziale e processuale del *Tat*, "*ein Tat im Sinne des Prozeßrechts vorliegen kann, obwohl die durch den Vorgang verwirklichten Tatbestände zueinander in Tateinheit (§ 53 StGB) stehen*". Cfr. BVerfGE, 8 gennaio 1981, 56, 22, 18. Ben noto in Germania il caso dei rifiuto a prestare servizio militare da parte dei Testimoni di Geova. Nello specifico, il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che la preclusione dell'art. 103, abs. III GG operasse nel caso in cui ad una condanna conseguente al rifiuto a prestare il servizio militare ne seguisse un'altra, riguardante un secondo rifiuto, avvenuto a notevole distanza di tempo dal primo. Infatti, sebbene i ripetuti dinieghi costituissero differenti azioni da un punto di vista naturalistico, sono stati ritenuti un "*einheitliche prozessuale Tat*" poiché derivanti da una stessa decisione (obiezione) di coscienza, comune ed unica a tutte le condotte. Cfr. per maggiori approfondimenti G. DÜRIG, *op. cit.*, 426 ss.; G. NOLTE, H.P. AUST, *op. cit.*, 1103 ss.; BVerfGE, 23, 191, 204.

In tale frangente, concernente le ipotesi di concorso formale, se è vero che in linea di principio il requisito dell'identità di azione permette un più facile coordinamento con il concetto naturalistico sancito dall'art. 103, abs. III GG., ciò nondimeno si rinvencono diverse ipotesi in cui all'identità sostanziale non corrisponde anche quella processuale e viceversa. Del resto, ragionando sul piano della diversità di scopi fra i due piani, risulta chiaro il perché non vi sia coincidenza fra i due concetti: l'*idem factum*, nell'ottica del divieto processuale sancito dall'art. 103 GG., assolve alla finalità di concorrere a garantire l'intangibilità della *res iudicata* entro precise coordinate spaziali e temporali; la *ratio* della "unità legale" della *Idealkonkurrenz*, invece, è volta ad unificare normativamente fattispecie diverse predisponendo una risposta sanzionatoria più lieve rispetto alle ipotesi di pluralità di azione<sup>43</sup>.

Infatti, il concetto minimo (*Mindbegriff*) di unità di azione (*Handlung*), ossia quello in senso naturalistico, lascia il posto all'identità legale, come del resto accade nell'esperienza nostrana, in cui si riscontrano, anche frequentemente, ipotesi di concorso formale pur in assenza di un unico fatto in senso naturalistico.

Ciò accade invero anche in terreni diversi dal concorso di reati. Si pensi ai casi in cui il fatto tipico risulti integrabile solo attraverso la realizzazione di più azioni, naturalisticamente intese, ricondotte tuttavia ad unità legale, poiché solo la sommatoria di ogni azione assume rilevanza e viene qualificata come unica dalla fattispecie penale, come nel caso di reato abituale<sup>44</sup>. Ancora, un simile fenomeno avviene nelle ipotesi in cui da un'unica condotta discendano effetti durevoli nel tempo, come nel caso di reati permanenti, ove un fattore esterno comporti la necessità di ulteriori condotte al fine di "mantenere" gli effetti già prodottisi, ovvero intervenga una sentenza definitiva di condanna che copra solo una porzione temporale del fatto.

---

<sup>43</sup> Cfr. sempre BVerfGE, 8 gennaio, 1981, 56, 22, 20 ss., nonché diffusamente G. NOLTE, H.P. AUST, *op. cit.*, 1102 ss.

<sup>44</sup> Cfr. *ex multis*, H. FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6, Auflage, München, 2016, 472 ss.; che richiama gli esempi della rapina (§ 249 StGB) e dello stalking (§ 238 StGB). Nel primo delitto, l'uso della forza e la sottrazione della cosa vengono considerati come un atto unitario, mentre nel secondo, che si atteggia a reato necessariamente abituale, presuppone differenti azioni in senso naturalistico che vengono ricondotte ad un unico fatto tipico e, conseguentemente, integrano un solo reato. L'Autore richiama anche l'ipotesi, egualmente rientrante nella disciplina del § 52 StGB, del soggetto che commetta diverse infrazioni del codice della strada perché in fuga dalla polizia, costituenti ipotesi di reato continuato. Cfr. anche N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.*, 870 ss., secondo i quali «*eine Handlung iSv §§ 52 ff. kann vielmehr auch aus einer Vielzahl natürlicher Handlungen bestehen, wenn diese rechtlich (nämlich durch den betreffenden Gestezestatbestand) zu einer Einheit zusammengefasst sind (rechtliche Handlungseinheit)*» cit. 870.

3.1. *I rapporti fra ne bis in idem, proporzionalità (Verhältnismäßigkeitsprinzip) e colpevolezza (Schuldprinzip) nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht.*

Le summenzionate criticità, riguardanti il differente concetto di fatto rilevante fra i due piani del divieto, ingenerano inevitabilmente problemi di bilanciamento fra esigenze punitivo-repressive statali e le garanzie proprie del *ne bis in idem*.

Invero, proprio su questo versante si rinvengono notevoli profili di contatto fra la preclusione processuale ed il diritto penale sostanziale, pur se il *ne bis in idem* viene ritenuto dai giuristi tedeschi, al pari di quanto accade nell'ordinamento italiano, un principio di carattere eminentemente processuale.

Nello specifico, si tratta di considerazioni attinenti al rapporto con il principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, nonché in relazione al principio di colpevolezza, a cui la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha fatto riferimento in particolare per risolvere un caso in cui, a fronte di un reato permanente, l'intervento di una sentenza di condanna coprente una sola porzione del fatto lasciava perplessità circa la punibilità della porzione di condotta ad essa "sopravvissuta".

Uno dei principali problemi per quanto concerne il rapporto fra *ne bis in idem* e reato permanente (*Dauerdelikt*), infatti, sta proprio nella relazione fra una seconda azione penale ed una condotta illecita già giudicata, ma protrattasi nel tempo anche dopo la prima sentenza di condanna<sup>45</sup>.

Il riferimento è in particolare ad una sentenza del 2006, concernente un caso di rapimento di minore, sanzionato dal § 235 StGB<sup>46</sup>. Il caso concerneva il rifiuto, da parte del padre, di riportare la figlia alla madre, residente in Germania, dopo essersi recato con lei in Algeria, per visitare i parenti. Successivamente ad una prima condanna, il soggetto si rifiutava nuovamente di concedere alla figlia il permesso di lasciare l'Algeria, venendo nuovamente condannato, a causa del secondo rifiuto, per lo stesso

---

<sup>45</sup> Problema invero ben noto anche nell'ordinamento italiano. Cfr. *ex multis*, G. GRISOLIA, *Il reato permanente*, Padova, 1996; G. LEONE, *Del reato continuato, abituale e permanente*, Napoli, 1960, 379 ss. Cfr. inoltre la recente sentenza della Corte Cost., 14 marzo 2018, n. 43, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) (ult. acc. 15/10/2019), con nota di A. AIMI, *Interruzione giudiziale della permanenza e divieto di ricostituzione dell'unità del reato permanente in sede esecutiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2018, 2274 ss. La questione sollevata, ritenuta tuttavia infondata dalla Consulta, concerneva la presunta illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 671 c.p.p. nella parte in cui non contempla la possibilità di determinare una pena unica in presenza di più condanne intervenute per diversi segmenti temporali di uno stesso reato permanente, segmenti tuttavia giudicati in via frazionata.

<sup>46</sup> Cfr. BVerfGE, 27 dicembre 2006, 2 BvR 1895/05, in *Beck-online*, richiamata anche da M. MANTOVANI, *op. cit.*, 240 ss.

delitto. La possibilità di instaurare un secondo procedimento (e punire nuovamente) il soggetto, pur in presenza di un reato permanente sarebbe derivata dal c.d. “effetto cesura” (*Zäsurwirkung*)<sup>47</sup>.

In altri termini, l'intervento di un “fattore esterno”, nel caso di specie una sentenza definitiva, comportava la scissione del reato permanente, potenzialmente unico dal punto di vista giuridico, in due ipotesi di sottrazione di minori, poiché il fatto si protraeva anche dopo l'inflizione della condanna. Certamente, è possibile identificare due rifiuti di concedere il permesso alla figlia, ma il secondo interveniva in un contesto in cui già si esplicavano gli effetti, permanenti, del primo rifiuto, e che rimanevano sostanzialmente gli stessi sia prima, sia dopo il secondo diniego.

Trattandosi sostanzialmente di un unico reato, dal momento che lo spartiacque fra le due vicende era costituito da una circostanza esterna, ossia l'intervento di una sentenza di condanna, il soggetto lamentava la violazione tanto del divieto di doppio

---

<sup>47</sup> Risulta necessaria una specificazione. Nell'esperienza ordinamentale tedesca, la cornice editale prevista *ex lege* non può mai essere superata, nemmeno nelle ipotesi di concorso di reato. Tale assunto viene generalmente ricavato dalla disciplina del § 54 StGB, secondo cui la pena cumulativa, prevista dal § 53 StGB in caso di concorso materiale di reati, non può mai “raggiungere la somma delle singole pene previste dai reati in concorso (*Die Gesamtstrafe darf die Summe der Einzelstrafe nicht erreichen*). In quest'ottica, il successivo § 55 sancisce l'applicazione dei §§ 53 e 54 anche nelle ipotesi in cui un soggetto che abbia già subito una condanna, venga nuovamente condannato per un altro reato, commesso *prima* della condanna precedente. In questo modo, il limite legale di cui al § 55 s'imporrebbe anche per le ipotesi in cui la commissione di più reati venga contestata solo parzialmente nel primo procedimento, con necessità di detrarre la quota della pena già espiata nel caso di secondo di una seconda condanna. Tuttavia, tale norma dispone testualmente anche che l'applicazione della pena cumulativa è possibile solamente qualora la prima pena inflitta non sia già stata eseguita, prescritta o condonata. Qui entra in gioco la *Zäsurwirkung* della sentenza: qualora la condanna sia già stata eseguita, come nel caso affrontato dal *Bundesverfassungsgericht*, si creerebbe una scissione totale fra i fatti oggetto della prima contestazione e quelli fondanti la seconda. Ragionando in termini di “cesura” della vicenda, le differenti contestazioni non potrebbero, nemmeno in caso di reato permanente, essere considerate unitariamente dal punto di vista della commisurazione della pena. In questo senso, l'effetto di cesura della prima condanna (già eseguita) comporterebbe l'esistenza, nel caso di specie, di un nuovo reato di sottrazione di minori, come tale suscettibile di una seconda condanna. Cfr. BVerfGE, 27 dicembre 2006, 2 BvR 1895/05, par. 17: «*Die erste Verurteilung bewirke eine Zäsur, ab der eine neue Tat vorliege, die einer erneuten Verurteilung zugänglich sei*». Cfr. P. BRINGEWAT, *Zäsurwirkung des früheren Urteils trotz Straferledigung? – BGHSt 33, 367*, in *JuS*, 1988, 25 ss. Per approfondimenti in merito alla disciplina del § 55, *ex multis*, N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.*, 918 ss.; H. FRISTER, § 55, in U. KINDHÄUSER, U. NEUEMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, I Band, V Auflage, Baden, 2017, 2160 ss.; R. RISSING-VAN SAAN, §§ 52 ff., in H. LAUFHÜTTE (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, II Band, XII Auflage, Berlin, 2006, 1389 ss. Una situazione analoga accade anche nel nostro ordinamento, laddove il frazionamento del reato permanente in diversi “fatti storici” avviene in presenza della tecnica, adottata dal P.M., della contestazione chiusa, con la quale il capo di imputazione individua precisamente sia la data iniziale sia quella di cessazione della condotta illecita, delimitando in questo modo il “troncone” fattuale da prendere in considerazione ai fini della analisi del concetto di *idem factum*. Cfr. in questo senso C. Cost., 14 marzo 2018, n. 43, nonché, per un'esauritiva definizione i contestazione aperta e chiusa, con annesse coordinate giurisprudenziali, A. AIMI, *Interruzione giudiziale della permanenza*, *op. cit.*, 2280, in particolare note 9 e 10.

giudizio (art. 103, abs. III GG: *Doppelbestrafungsverbot*) quanto del principio di proporzionalità, nella declinazione di divieto di “eccesso” (art. 2, abs. 1 GG: *Verhältnismäßigkeitsprinzip in Gestalt des Übermaßverbot*), nella rapporto fra fatto e sanzione.

L’aspetto più interessante è che il Giudice delle leggi giunge a ritenere che tale vicenda violasse, in primo luogo, il principio di colpevolezza, tanto che, ritenuta la seconda condanna illegittima in forza del combinato disposto degli artt. 1, abs. 1 e 2, abs. 2 GG, letti alla luce del principio “*Keine Strafe ohne Schuld*”, non fosse necessario procedere a valutare anche la violazione dell’art. 103, abs. III, già salvaguardato da una corretta applicazione delle garanzie sostanziali<sup>48</sup>.

In particolare, la sentenza si concentra non tanto sul profilo, processuale, dell’instaurazione di un secondo procedimento, quanto piuttosto su quello, sostanziale, della doppia condanna. Nel censurare il cumulo di sanzioni, le argomentazioni del *Bundesverfassungsgericht* si basano infatti esclusivamente sui principi di colpevolezza e di proporzionalità.

Dopo aver sottolineato che ogni punizione presuppone la colpevolezza del soggetto, il Giudice delle Leggi specifica che fra i contenuti di tale principio rientra la necessità che la commisurazione della pena tenga conto del fatto e del grado di colpevolezza dell’autore, postulando un rapporto imprescindibile (di proporzionalità), fra questi e la misura del *quantum* sanzionatorio.

Conclusivamente, la sentenza giunge ad affermare un’equazione molto lineare: l’imposizione di una duplice sanzione per il medesimo fatto si pone in contrasto con il principio di proporzione, come precipitato del più generale principio di colpevolezza<sup>49</sup>.

Va in particolar modo notato un aspetto: sebbene il profilo attinente al divieto di *bis in idem* non venga affrontato direttamente dalla sentenza, non parlandosi esplicitamente di rapporto fra questo ed i principi di colpevolezza e proporzionalità, ciò nondimeno questi ultimi sono messi a chiare lettere in relazione al il divieto di doppia

<sup>48</sup> Cfr. in particolare i par. 22 e ss. della sentenza. Cfr. anche M. MANTOVANI, *op. cit.*, 240.

<sup>49</sup> Dopo aver richiamato i rapporti fra *Schuldprinzip* e *Verhältnismäßigkeit*, affermando che il rispetto degli stessi è requisito indispensabile per il momento commisurativo della pena, il *Bundesverfassungsgericht* afferma che: «*Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen, die den Beschwerdeführer zum zweiten Mal wegen Kindesentziehung nach § 235 abs. 2 Ziff. 2 StGB bestrafen, nicht gerecht*», per poi statuire che «*Vor diesem strafrechtsdogmatischen Hintergrund verletzt die zweite Verurteilung des Beschwerdeführers in mehrfacher Hinsicht das Schuldprinzip*», cfr. par. 24.

condanna: «*Vor diesem strafrechtsdogmatischen Hintergrund verletzt die zweite Verurteilung des Beschwerdeführers in mehrfacher Hinsicht das Schuldprinzip*»<sup>50</sup>.

Anche nell'esperienza ordinamentale tedesca, pertanto, si rinvergono profili di intersezione fra i piani sostanziale e processuale, potendosi affermare che, in determinati frangenti, come quello sopra presentato, una corretta applicazione dei principi sostanziali (informati ai principi di proporzionalità e colpevolezza) permette di scongiurare a valle la questione della moltiplicazione dei procedimenti. Sebbene con ogni probabilità anche il doppio procedimento sarebbe risultato in questo frangente illegittimo, è interessante notare come la presenza di un preliminare “vaglio di proporzionalità” in tema di cumulo di sanzioni avrebbe *ab origine* scongiurato anche il secondo procedimento<sup>51</sup>.

3.2. *La garanzia costituzionale dell'art. 103, abs. III GG fra divieto di doppio giudizio e divieto di doppia condanna. Le differenze fra Verbot der Doppelbestrafung e ne bis in idem.*

Dette “intersezioni” derivano dal fatto che il divieto sancito dall'art. 103, abs. III GG non può essere ridotto sino a farlo coincidere semplicisticamente con il principio processuale di *ne bis in idem*, poiché caratterizzato anche, appunto, da connotazioni di tipo sostanziale. In questo senso, la norma costituzionale, nel vietare che un medesimo fatto sia punito più volte, pone un generale divieto di doppia valutazione, come dimostra lo stesso dato letterale, il quale parla di divieto di ripetuta punizione per lo stesso fatto.

Infatti, a tale norma la dottrina tedesca riconduce perlomeno tre significati, di cui uno informato alle logiche del diritto sostanziale: il primo concerne il divieto di ulteriori

---

<sup>50</sup> Cfr. par. 28 della sentenza.

<sup>51</sup> Evidente pertanto come tale vicenda presenti più di un punto di contatto con l'esperienza europea sul doppio binario sanzionatorio. La differenza, in presenza di più procedimenti, risiede nella scelta del mezzo più efficace per la risoluzione di tale fenomeno, nel caso di moltiplicazione di processi sulla stessa vicenda. Se il *Bundesverfassungsgericht* ha privilegiato una soluzione a monte, sostanziale, grazie alla quale ha “evitato” di procedere anche sul terreno processuale del divieto di doppio giudizio, le Corti europee, al contrario, sono partite, a valle, dal divieto di *bis in idem*, finendo tuttavia per sovrapporre i due piani di riferimento. In questo senso, la valorizzazione del solo dato sostanziale ha evitato commistioni fra i due piani, attraverso un'indagine sulla “misura della colpevolezza”, quale limite al fenomeno di moltiplicazione della sanzione. Fenomeno che, nel caso di doppio binario, si risolve anche *fisiologicamente* in una moltiplicazione procedurale. Ciò non significa tuttavia che il problema sia di natura processuale, potendo trovare una risposta più coerente, anche dal punto di vista dogmatico, agendo sulla base dei principi sostanziali di proporzionalità e colpevolezza.



punizioni dopo l'esaurimento del contenuto illecito; il secondo riguarda il divieto di infliggere una pena "successiva" per lo stesso fatto (ossia, in altri termini, il divieto di doppio giudizio); il terzo, infine, il divieto di instaurare un nuovo procedimento in caso di assoluzione dell'imputato<sup>52</sup>.

Enucleati questi tre precetti, parte della dottrina tedesca ha sottolineato che se il secondo ed il terzo divieto appartengono alle logiche del divieto processuale di *bis in idem*, il primo, al contrario, appartiene all'orizzonte sostanziale, trovando il proprio fondamento nel principio di proporzionalità<sup>53</sup>. Ancora, i medesimi Autori hanno evidenziato come secondo un'interpretazione rigorosamente letterale, si può notare che l'art. 103, abs. III GG non contiene in realtà alcun riferimento al terzo divieto, quello di procedere nuovamente in caso di assoluzione<sup>54</sup>. Risulta curioso pertanto che, seppur il divieto di *bis in idem* abbia indiscutibilmente natura processuale, da un punto di vista meramente letterale il primo significato, sostanziale, sia riconducibile al dettato costituzionale più di quanto non lo sia il terzo<sup>55</sup>.

Tuttavia, seguendo un approccio più coerente con l'evoluzione storica del divieto, dottrina e giurisprudenza tedesca hanno interpretato il *ne bis in idem* secondo la classica accezione processuale, come esclusione di un secondo procedimento, indipendentemente dall'esito del primo, andando oltre la formulazione letterale della norma costituzionale.

---

<sup>52</sup> Cfr. H. SCHULZE FIELITZ, *op. cit.*, 862, il quale afferma che l'art. 103, abs. III GG concerne: «1) *Das Verbot erneuter Bestrafung nach Ausschöpfung des Unrechts- und Schuldgehalts*; 2) *Das Verbot erneuter Bestrafung innerhalb des Unrechts- und Schuldgehalts der Tat durch einen „Nachschlag“*; 3) *das Verbot erneuter Strafverfolgung nach Freispruch*». Tale tripartizione viene così categorizzata, precedentemente da F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 230.

<sup>53</sup> Così, testualmente, F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 230.

<sup>54</sup> Sempre F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 228. Si badi bene, non si sostiene (né è in alcun modo sostenuto dalla dottrina qui richiamata), che la garanzia *ex art. 103, abs. III GG* non si riferisca anche al divieto di instaurare un secondo procedimento pure nel caso di precedente assoluzione. Che la preclusione operi indipendentemente dall'esito del primo procedimento è fatto acclarato e non posto in discussione, senza considerare che il divieto di rinnovazione del procedimento anche in caso di proscioglimento fa parte della tradizione plurisecolare del *ne bis in idem*, come dimostra l'art. 9, cap. V della Costituzione francese del 1791.

<sup>55</sup> Il quale, almeno tradizionalmente, dovrebbe essere considerato la forma di preclusione più connaturata alla *ratio* tradizionale del divieto di *bis in idem*, per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, perché più affine al concetto di intangibilità della *res iudicata*, quale espressione della certezza del diritto, a fronte della quale anche la pretesa punitiva statale finisce per arrestarsi; in secondo luogo, perché se il divieto di doppio giudizio operasse solo in caso di precedente condanna si potrebbe metterne in discussione la stessa natura processuale, poiché ad essere valorizzata sarebbe la necessità di evitare che il soggetto vada incontro a molteplici punizioni (del resto, uno degli argomenti "principe" avverso la configurazione di un principio sostanziale di *ne bis in idem* riposa proprio sul fatto che il divieto di doppio procedimento opera anche in caso di assoluzione).

Rimane pertanto da chiedersi come coniugare la preclusione (esclusivamente) processuale di *bis in idem* con le “sfumature” sostanziali dell’art. 103, abs. III GG. La risposta si rinviene considerando che il divieto di una nuova punizione per un fatto il cui disvalore è già stato integralmente “consumato” nell’inflizione della prima pena è pacificamente radicata, e giustificata, nell’esperienza tedesca, con riferimento al diverso principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) nonché ad esigenze di giustizia materiale o sostanziale (*materielle Gerechtigkeit*). Principi, che vengono richiamati nel momento in cui la preclusione processuale interviene per evitare una seconda condanna. In tale frangente, oltre alle finalità di economia e certezza del diritto, connaturate alla preclusione processuale, si affianca in ogni caso la necessità che il soggetto non venga nuovamente punito, pena la violazione di altri principi, quali, appunto, la proporzionalità e la colpevolezza.

Del resto, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* affermava ancora negli anni ’50, con riferimento al divieto di *bis in idem*, che la pretesa punitiva dello stato (l’azione) si considera esaurita (consumata) valorizzando l’idea che la colpa si estingue con la punizione<sup>56</sup>.

Tuttavia, tali circostanze non devono condurre e, di fatto, non conducono a ritenere equivalenti i divieti di doppio giudizio e di doppia condanna. Certamente, una visione della “doppia natura” (o della natura anche sostanziale) del divieto di *bis in idem* è stata a lungo presente nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca, risalente alla teoria, oramai superata, “*von der materiell rechtlichen Wirkung der Vorentscheidung zurück* (testualmente, “dell’effetto sostanziale della pronuncia pregiudiziale”)<sup>57</sup>. Nello specifico, si riteneva che il *ne bis in idem* si radicasse nell’idea di giustizia materiale/sostanziale e nel principio di materialità con riferimento al divieto di una duplice condanna, mentre il divieto di procedere dopo l’assoluzione si fondasse sull’idea di certezza del diritto<sup>58</sup>.

Tale teoria è tuttavia oggi rigettata, dal momento che, come si è visto, risulta oramai pacifico che il divieto abbia carattere processuale. In questo senso, chi sostiene l’esistenza di una componente sostanziale lo fa ritenendo che il principio di *ne bis in*

<sup>56</sup> Cfr. BverfGE, 18 dicembre 1953, 3, 248, 251 in *Beck-online*.

<sup>57</sup> Cfr. per maggiori approfondimenti, cfr. K. PETERS, *Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen*, in *ZStW*, 68 (1956), 374 ss., in particolare p. 389; E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Tiel. 1, Aufl. 2, 1964, 279.

<sup>58</sup> Per approfondimenti cfr. F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 228.

*idem*, più che avere una doppia natura, sarebbe “scindibile in due garanzie che operano su distinti piani: processuale, nella tradizionale accezione di divieto di un secondo procedimento (indipendentemente dall’esito del primo) e sostanziale, come divieto di punire un fatto dopo l’irrogazione di una precedente pena, che risulti *adeguata* alla colpevolezza<sup>59</sup>.

Tuttavia, ragionando sul piano dei principi, questa “accezione” sostanziale dell’art. 103, abs. III GG. può ben essere argomentata, come del resto viene suggerito anche, da ultimo, nella già esposta sentenza del 2006 del *Bundesverfassungsgericht*, senza far riferimento al divieto processuale di *bis in idem*, bensì ancorandola interamente al piano sostanziale, ossia al principio di proporzionalità e, di riflesso, alla *Schuldprinzip*, quale limite alla commisurazione della pena<sup>60</sup>.

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, si può sostenere che l’art. 103, abs. III GG impone un divieto di “doppia punizione” (*Verbot der Doppelbestrafung*) che presenta accezioni che “vanno oltre” al divieto di *bis in idem* nella tradizionale accezione processuale conosciuta nell’ordinamento italiano, prevedendo anche una sorta di “divieto di doppia valutazione” secondo cui l’intero disvalore del fatto deve rispettare la meritevolezza di pena del fatto<sup>61</sup>.

Tale circostanza, unitamente alla giurisprudenza del Giudice delle Leggi tedesco, comporta pertanto che, sebbene non si possa automaticamente far discendere un divieto sostanziale dalla preclusione processuale, ciò nondimeno va riconosciuto che la tematica del divieto di punire più volte lo stesso fatto risulta essere un precipitato del

---

<sup>59</sup> Cfr. F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 229, il quale in realtà suggerisce di scindere direttamente il divieto di *bis in idem* in tale doppia accezione: «*Sachgerecht ist daher eine “gespaltene Natur” des Grundsatzes “ne bis in idem”: materiellrechtlich, soweit es die Verhängung einer neuen Strafe nach Verhängung eine Schuldangemessen Strafe für die gleiche Tat betrifft, prozeßrechtlich, soweit es ein neues Verfahren nach Freispruch oder nach Verhängung einer Bagatellstrafe anbetrifft*». Va specificato tuttavia che, pure nel caso di “scissione” del principio in due componenti, l’Autore, ritenendo che quella sostanziale risulti nella prassi di scarsa importanza, poiché difficilmente minacciata, propone una ridefinizione del divieto, da declinare interamente sul piano processuale, inserendolo nel codice di procedura penale: «*Da der zu 1 a entwickelte Grundsatz in der Praxis eine sehr geringe Bedeutung hat und kaum bedroht ist, ist es gerechtfertigt, die Regelung allgemein zum Strafprozeßrecht zu rechnen und in die StPO einzustellen*», cfr. 230.

<sup>60</sup> Cfr. nuovamente F.C. SCHROEDER, *op. cit.*, 229, che, nell’elencare le tre accezioni dell’art. 103, abs. III GG. afferma: «*Der in 1 a dargelegte Grundsatz wurzelt in der Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit. Die in 1 b und c niedergelegten Grundsätze wurzeln in dem Gedanken der Rechtssicherheit*».

<sup>61</sup> Del resto, lo stesso termine *Doppelbestrafung* presenta già di per sé un’accezione maggiormente sostanziale, riferendosi, quantomeno sul piano meramente letterale, al divieto di doppia condanna, piuttosto che a quello di doppio giudizio.

principio di proporzionalità, alla luce della funzione limite che il principio di colpevolezza assume per quanto concerne il momento di inflizione della pena.

4. Dal divieto costituzionale di *Doppelbestrafung* ai divieti di *Doppelverwertung* e di *Doppelbewertung*. Il § 46, comma 3 StGB.

Una volta individuata l'accezione sostanziale del *Verbot der Doppelbestrafung*, si rende necessario approfondire il concetto di "divieto di doppia punizione", chiedendosi se per esso s'intenda il divieto di considerare uno stesso elemento ai fini dell'imposizione di una sola sanzione; ovvero quello del cumulo di diverse sanzioni per lo stesso fatto; ovvero ancora se esso concerna entrambe le situazioni<sup>62</sup>.

Più nello specifico, se certamente entrambe queste accezioni attengono al momento sanzionatorio, può comunque specificarsi che la prima delle due si colloca più propriamente sul terreno della commisurazione della pena (*Strafzumessung*), mentre la seconda su quello del rapporto fra divieto di punizione multipla ed i "meccanismi" sanzionatori che possono essere predisposti per i casi di concorso di fattispecie, ovverosia l'assorbimento, il cumulo giuridico (infra o extraeditale) ed il mero cumulo materiale delle pene.

Procedendo con ordine, il primo aspetto impone, nella sostanza, di indagare se ed in che modo la declinazione sostanziale dell'art. 103, abs. III GG possa "agire" sul terreno della commisurazione della pena (*Strafzumessung*).

In particolare, due sono i motivi che impongono di indugiare su tale aspetto.

In primo luogo, perché la disciplina della commisurazione della pena, contenuta nei §§ 46 e ss. StGB, condivide con l'accezione sostanziale del *Doppelbestrafungsverbot* gli stessi principi ispiratori, ovverosia quello di proporzionalità fra fatto e sanzione e quello di colpevolezza, quest'ultima da intendersi come limite alla pretesa punitiva dello stato. Tale assunto trova conferma, per quanto concerne l'art. 103, abs. III GG, come visto, nella dottrina e nella giurisprudenza del

---

<sup>62</sup> In altri termini, nella seconda accezione il divieto agirebbe a monte, sulla determinazione in astratto della pena applicabile (più sanzioni o una sanzione?), mentre nella prima agirebbe a valle, sulla pena concretamente inflitta (più elementi rilevanti per il *quantum* di pena o un solo elemento?). Tale incertezza, legata all'elemento del *bis*, viene sottolineata anche da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 19. Cfr. anche G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 58 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 374 ss.

*Bundesverfassungsgericht*, mentre, per quanto riguarda la *Strafzumessung*, nello stesso § 46 StGB, il quale sancisce, al primo comma che: “*Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*”. Pertanto, la colpevolezza si atteggia anche a principio ispiratore di tutta la disciplina della commisurazione della pena<sup>63</sup>.

In secondo luogo, perché il § 46 StGB, nel sancire il divieto di considerare un fatto, ai fini del *quantum* sanzionatorio, contemporaneamente come circostanza ed elemento costitutivo del reato (*Doppelverwertungsverbot*), positivizza una regola non dissimile da quella che, nella dottrina italiana, vieterebbe di valutare due volte uno stesso fatto sia *ex art.* 133 c.p., sia come circostanza aggravante<sup>64</sup>. Regola, si è visto, che secondo talune impostazioni testimonierebbe l’esistenza, nell’ordinamento giuridico italiano, di un divieto sostanziale di *bis in idem*. V’è da chiedersi, pertanto, se il § 46 StGB possa rappresentare il ponte di collegamento fra l’art. 103, abs. III GG. e la disciplina del concorso apparente.

Invero, la questione non viene risolta in termini così lineari dalla dottrina tedesca. Sebbene la componente sostanziale del *Verbot der Doppelbestrafung* ed il § 46 StGB presentino forti analogie, e nonostante siano riconducibili ai medesimi principi di rango costituzionale, la *Gesetzeskonkurrenz* non viene oggi “ancorata” direttamente al divieto di *bis in idem*; al contrario, si assiste al tentativo di svincolarla dal ben noto brocardo latino<sup>65</sup>.

Solo in tempi più remoti, infatti, si assiste a sforzi dottrinali tesi ad ancorare il concorso apparente *direttamente* a tale preclusione<sup>66</sup>. Allo stato dell’arte, invece, il divieto sostanziale di *bis in idem* non viene automaticamente trasposto sul terreno del concorso di norme, ma viene sezionato in due ulteriori sotto-principi, che più propriamente si riferiscono ad esso.

<sup>63</sup> Per approfondimenti in merito a tale disposizione si veda, fra gli altri, J. KINZIG, § 46, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30, Auflage, München, 2019, 783 ss.; F. STRENG, § 46, in U. KINDHÄUSER, U. NEUEMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, I Band, V Auflage, Baden, 2017, 1991 ss.; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65 Aufl., München, 2018, 375 ss. Si veda anche E. DOLCINI, *Appunti*, *op. cit.*, 1161 ss. Per approfondimenti sul tema della commisurazione della pena cfr., *ex multis*, H.J. BRUNS, *op. cit.*; H. ZIPF, *Die Strafzumessung*, Heidelberg, 1977.

<sup>64</sup> Così recita testualmente il § 46, ult. comma: “*Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden*”.

<sup>65</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 64 ss.

<sup>66</sup> Per gli Autori che hanno tentato questa operazione si veda, su tutti, A. KÖHLER, *op. cit.*, 60, che affermava: «*Es ist dies nur eine materiellrechtliche Konsequenz des Grundsatzes ne bis in idem*»; richiamato anche da C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 175 s. Cfr. anche R. HONIG, *Straflose*, *op. cit.*, 30 ss.; F. GEERDS, *op. cit.*, 165.

Nello specifico, sul terreno della *Strafzumessung*, si devono individuare non uno, bensì tre differenti “*Doppelverbote*”: il generale divieto di doppia punizione (*Verbot der Doppelbestrafung*) o, meglio, la sua componente sostanziale, viene infatti “sezionata” nei più specifici divieti di doppia valutazione (*Verbot der Doppelbewertung*) e di doppia utilizzazione dei fondamenti di pena (*Verbot der Doppelverwertung*), ove solo quest’ultimo risulta coincidente con il divieto *ex* § 46 StGB<sup>67</sup>.

Pertanto, l’attenzione viene convogliata non tanto sui rapporti fra *Doppelbestrafungsverbot* e *Gesetzeskonkurrenz*, bensì in relazione a quelli intercorrenti fra quest’ultima ed il divieto di *Doppelverwertung* (§ 46 StGB).

In particolare, tale disciplina è richiamata per indagare se ed in quale misura, in presenza di un concorso apparente, il reato c.d. secondario (ossia quello che, all’esito dell’applicazione dei vari criteri che informano la *Gesetzeskonkurrenz*, non risulterebbe applicabile) possa essere preso in considerazione ai fini del calcolo del *quantum* della sanzione del reato primario. Nello specifico, il *Verbot der Doppelverwertung* viene invocato da parte della dottrina per spiegare il fenomeno dell’unità giuridica (*Gesetzeseinheit*), sulla base di questa considerazione: se un elemento è presente in entrambe le fattispecie, esso dovrà essere considerato una ed una sola volta, analogamente a quanto previsto dal § 46 StGB.

Tuttavia, la più accorta dottrina tedesca, nel considerare i rapporti intercorrenti fra concorso apparente e commisurazione della pena, non fa tanto riferimento al *Verbot der Doppelverwertung*, quanto a quello di *Doppelbewertung*, che non trova espressa positivizzazione. In estrema sintesi, il *Doppelbewertungsverbot* costituirebbe il vero limite entro il quale, in caso di concorso apparente di norme, alcuni elementi della fattispecie secondaria possono essere presi in considerazione nel momento di commisurazione della pena.

La questione deve essere meglio approfondita: sebbene la presenza di un concorso apparente dovrebbe già *ab origine* vietare in toto l’applicazione di una delle

---

<sup>67</sup> Sottolinea la suddivisione del *ne bis in idem* sostanziale in tali accezioni M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 65 ss., nonché 8 ss., in particolare nt. 22, da cui si riprende la traduzione dei vari *Verbote*; parla di “sottocategorie” del divieto anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 176-177. Fra gli studiosi che si sono occupati del rapporto fra *Verbot der Doppelverwertung* e concorso di norme si veda, *ex multis*, P. ABELS, *Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991, 32 s., nonché per un *excursus* storico, 7 ss. Cfr. anche M. BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, in *JBI*, 1978, 393 ss.; U. KLUG, *op. cit.*, 416 ss.; G. WERLE, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981, 86 ss.

due fattispecie, deve evidenziarsi come, in realtà, vi siano alcune ipotesi nelle quali il reato secondario viene comunque preso in considerazione dal giudice tedesco, in presenza di talune condizioni, ai fini della *Strafzumessung*<sup>68</sup>. Questo accade qualora talune circostanze (*Umstände*) che giustificerebbero un aumento del *quantum* di pena, risultino presenti nel solo reato c.d. secondario e non, al contrario, nel reato c.d. primario<sup>69</sup>.

Queste situazioni, invero tendenzialmente circoscritte, coincidono sostanzialmente con le ipotesi c.d. di confine fra *Gesetzeskonkurrenz* e *Idealkonkurrenz*, che l'esperienza tedesca riconduce all'una piuttosto che all'altra in applicazione di criteri diversi da quello di specialità<sup>70</sup>.

Deve tuttavia precisarsi il perché in tale sede la dottrina faccia ricorso al divieto di *Doppelbewertung*, piuttosto che al positivizzato divieto di cui al § 46 StGB.

Infatti, sebbene si rinvenga più d'un Autore che ha tentato di utilizzare il divieto di *Doppelverwertung* al fine di legittimare i fenomeni di *Gesetzeseinheit*<sup>71</sup>, la dottrina maggioritaria esclude questa opzione, ritenendo che, nel contesto della *Gesetzeskonkurrenz*, il divieto di cui al § 46 StGB trovi applicazione (o, meglio, risulti rispettato), solo quando a concorrere sono ipotesi rientranti nel paradigma della specialità.

Il motivo di tale coincidenza è presto spiegato: se il *Doppelverwertungsverbot* entra in gioco per vietare la doppia valutazione, ai fini della *Strafzumessung*, della medesima circostanza fattuale, ciò è possibile perché, *ab origine*, essa risulta valorizzata

<sup>68</sup> Così P. ABELS, *op. cit.*, 30 ss.; BOSCH N., STERNBERG-LIEBEN D., *op. cit.*, 898. Taluna dottrina minoritaria ritiene invece che non vi dovrebbe essere alcuno spazio, nel contesto della commisurazione della sanzione, per la fattispecie solo apparentemente in concorso. In quest'ultimo senso cfr. F. GEERDS, *op. cit.*, 231 ss.

<sup>69</sup> Così, limpidamente, BOSCH N., STERNBERG-LIEBEN D., *op. cit.*, 898: «*Sofern die Umstände, die die Straferhöhung begründen sollen, nicht schon zu den Merkmalen des primären Delikts gehören und bei der Strafdrohung in Ansatz gebracht sind (so im Verhältnis des Grundtatbestands zum qualifizierten Delikt), ollen Tatmodalitäten des Verdrängten Gesetzes bei der Strafzumessung berücksichtigungsfähig sein*».

<sup>70</sup> Si deve evidenziare che tale operazione viene in ogni caso limitata dalla dottrina e dalla giurisprudenza ad un numero veramente ristretto di ipotesi, dal momento che la valorizzazione del reato secondario nella fase di commisurazione della pena rischia di vanificare l'operatività stessa della *Gesetzeskonkurrenz* (a titolo meramente esemplificativo, non la si ritiene possibile nei casi di sussidiarietà espressa, dove l'intero disvalore del fatto si esaurisce con l'imposizione della norma primaria); in quest'ultimo senso cfr. sempre BOSCH N., STERNBERG-LIEBEN D., *op. cit.*, 898, al quale si rimanda anche per gli opportuni rimandi giurisprudenziali.

<sup>71</sup> Cfr. per maggiori approfondimenti M. BURGSTALLER, 470; T. VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, 722; H. WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin, 1980, 211 ss.

più volte dal dato normativo (come elemento costitutivo, piuttosto che come circostanza del reato, ovvero ancora come criterio di commisurazione della pena). Chiaro è allora che la non applicazione della fattispecie generale in favore di quella speciale comporta anche il rispetto, in punto sanzionatorio, del divieto di *Doppelverwertung* per tutti gli elementi comuni ad entrambe le fattispecie.

L'opinione maggioritaria, in altri termini, ritiene che § 46 StGB coincida fondamentalmente con i soli casi di specialità, attraverso un ragionamento di carattere logico: un elemento, può essere valutato due volte solo se presente, da un punto di vista logico-strutturale, in entrambe le fattispecie<sup>72</sup>. Solo in tale frangente il divieto di cui al § 46 StGB risulterebbe rispettato.

Tuttavia, nell'esperienza tedesca, la *Gesetzeskonkurrenz* non risulta circoscritta entro i confini della specialità, ma include anche ipotesi in cui la norma secondaria presenta caratteristiche diverse rispetto a quella primaria, quali i casi di sussidiarietà e consunzione. Per esse, difettando la presenza di un elemento comune ad entrambe le norme, non può ritenersi applicabile il *Doppelverwertungsverbot*. In tali ipotesi, pertanto, è ben possibile recuperare questi elementi ulteriori, entro tuttavia i limiti del diverso *Doppelbewertungsverbot*, che impone un più generale divieto di valutare più volte lo stesso comportamento e, in definitiva, di riesumare elementi della fattispecie secondaria ai fini del calcolo del *quantum* di pena di quella primaria<sup>73</sup>.

Pertanto, si conclude sottolineando la differenza di fondo fra tale divieto, che agirebbe solo in presenza di identità strutturale (specialità), riconoscendosi che in altre situazioni vi sono invece elementi che, pur non essendo presenti in entrambe le fattispecie convergenti, possono tuttavia spiegare un'influenza sulla definizione del *quantum* sanzionatorio. In definitiva, il divieto di cui al § 46 StGB, sebbene intervenga a limitare la valutazione, in punto sanzionatorio, di elementi fattuali (non agendo, pertanto, sul piano strutturale dei rapporti fra fattispecie), risulta *in toto* rispettato nelle sole ipotesi di specialità, che per definizione consentono di evitare, in applicazione della

<sup>72</sup> Cfr. P. ABELS, *op. cit.*, 33. In particolare, l'Autore sottolinea che «*Hier ergibt sich indessen bereits aus logischen Gründen, daß ein bestimmtes Merkmal zweifach vorliegen muß, das somit nicht doppelt in Ansatz gebracht werden darf. Im Grenzbereich zwischen Gesetzeseinheit und Idealkonkurrenz liegt diese Konstellation jedoch nicht vor.*».

<sup>73</sup> Cfr. nuovamente P. ABELS, *op. cit.*, 33, per i rispettivi esempi. A titolo esemplificativo, si può richiamare l'esempio di scuola dell'uccisione con contestuale danneggiamento dei vestiti della vittima. In tale frangente, associato l'assorbimento del danneggiamento nel più grave delitto di omicidio, si evidenzia come nessun elemento fattuale delle due fattispecie potrebbe assurgere contemporaneamente a circostanza o elemento costitutivo di entrambi gli illeciti, rendendo impossibile il richiamo del § 46 StGB.



sola *lex specialis*, anche una plurima valutazione degli stessi elementi fattuali. Al di fuori di tale frangente, ossia nelle ipotesi di sussidiarietà e consunzione, viene in gioco il divieto, completamente legato al comportamento concretamente tenuto dal soggetto, di *Doppelbeurteilung*<sup>74</sup>. Manca in questi casi, in definitiva, qualsiasi duplicazione nelle previsioni normative, sicché non vi sarebbe ragione, in punto di vista sanzionatorio, di applicare il § 46 StGB, sicché la dottrina tedesca si è dovuta ingegnare nella creazione di un divieto nuovo, di stampo squisitamente valutativo.

Secondo questo schema, pertanto, né il *Verbot der Doppelbestrafung* (art. 103, abs. III GG) né il *Verbot der Doppelverwertung* (§ 46 StGB) risultano in grado di spiegare la “riesumazione” di elementi presenti nel solo reato “secondario”. Piuttosto, a venire in gioco è il *Verbot der Doppelbeurteilung*, ossia il divieto di doppia valutazione del comportamento concretamente tenuto.

Tuttavia, sebbene tale disciplina evidenzia come non vi sia un *diretto* riferimento all’accezione sostanziale dell’art. 103, abs. III GG., ciò nondimeno i tre divieti sopramenzionati possono in ogni caso essere considerati come tre sotto principi in cui si articola il divieto sostanziale di *bis in idem*, sui quali tuttavia non vi è piena convergenza, in dottrina, per quanto riguarda la portata e l’estensione<sup>75</sup>.

#### 4.1. Qualche considerazione in tema di divieto di doppia punizione e disciplina della commisurazione della pena.

Districarsi fra *Verbot der Doppelbestrafung*, *Verbot der Doppelverwertung* e *Verbot der Doppelbewertung* è operazione estremamente complicata. Il confine fra dette categorie non è sempre chiaro e incontra spesso sovrapposizioni concettuali, sia fra diversi piani di indagine (processuale e sostanziale), sia per quanto concerne diversi aspetti della teoria generale del reato (struttura della fattispecie e momento di commisurazione della pena).

<sup>74</sup> Una simile suddivisione non è riscontrabile nel nostro ordinamento, giova sottolinearlo, stante la mancata recezione, da parte della giurisprudenza, di criteri ulteriori rispetto a quello di specialità.

<sup>75</sup> La mancanza di unità di vedute è testimoniata dal fatto che, come sottolineato nel corso delle precedenti note, alcuni Autori richiamano il solo divieto sancito al § 46 StGB, mentre altri anche il più sfumato divieto di *Doppelbewertung*. Cfr. P. ABELS, *op. cit.*, 33 ss. Altri, infine, negano totalmente la possibilità di “riesumare” elementi del reato secondario ai fini della *Strafzumessung*. Cfr. per tutti F. GEERDS, *op. cit.*, 231 ss.

Il risultato non potrebbe essere diverso: il minimo comun denominatore di tali preclusioni sconta un ineludibile elemento di contatto: tutti si riconnettono ad un generico divieto di moltiplicazione sanzionatoria. Al contempo, tale minimo comun denominatore, corrispondente al *ne bis in idem* sostanziale, viene espresso nei termini di un'esigenza equitativa invece di imporsi quale vera e propria realtà giuridica<sup>76</sup>.

Del resto, il tema intrattiene da decenni i giuristi tedeschi e coinvolge diverse problematiche su cui non è possibile indugiare in questa sede, fuoriuscendo dal terreno della *Konkurrenz* per investire anche quello del rapporto fra elementi essenziali ed accidentali del reato, toccando infine anche lo sconfinato dibattito in tema di fatto tipico (*Tatbestand*), nonché la dottrina dell'azione (*Handlungslehre*)<sup>77</sup>.

Ancora, la parziale e settoriale comparazione qui presentata non permette, né tantomeno si prefigge l'obiettivo, di rinvenire nella dogmatica tedesca un principio sostanziale di *bis in idem* capace di fornire soluzioni a tutte le criticità che affliggono l'esperienza nostrana del concorso apparente di norme. Né d'altro canto la presenza di una versione sostanziale di tale divieto può essere ritenuta pacificamente esistente nell'ordinamento tedesco, che in ogni caso, come visto, pone un accento quasi esclusivo sul versante processuale dell'art. 103, abs. III GG.

Piuttosto, quello che si ritiene veramente proficuo sono le ragioni che si celano dietro l'accezione sostanziale del *Verbot der Doppelbestrafung*. In altri termini, se anche non risulta possibile parlare di un vero e proprio principio di *ne bis in idem* sostanziale nel panorama tedesco, capace di informare e regolare il fenomeno della convergenza, ciò nondimeno è dai principi che circondano ed informano la "sfumatura

<sup>76</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 10, il quale richiama non solo l'esperienza italiana e tedesca, ma anche quella spagnola, francese ed americana. Cfr. in particolare le nt. 23, 24 e 25 per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>77</sup> La tematica relativa all'evoluzione ed interpretazione del concetto di *Tatbestand* è invero sconfinata. Fra i maggiori Autori si segnalano V. BELING, op. cit.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968; G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967, 167 ss. Nella letteratura italiana, si veda in particolare R. ALAGNA, op. cit.; A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997. Per quanto concerne la categoria delle circostanze del reato, nonché dei rapporti fra questa ed il concetto di *Tatbestand* nell'ordinamento tedesco si rimanda a H.J. BRUNS, op. cit.; J. DARMIS, *Die realen Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 StGB in ihrem Verhältnis zu dem Grundsätzen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 StGB*, Heidelberg, 1984; H. ZIPF, op. cit. Nella letteratura italiana si veda per maggiori approfondimenti, anche bibliografici, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, op. cit., 315 ss., in particolare p. 316, nt. 3.

sostanziale” del divieto che bisogna partire se si vuole rintracciare un volto costituzionale al *ne bis in idem* sostanziale.

Affermazione che si ritiene valida anche in relazione al contesto ordinamentale nostrano, a causa della profonda vicinanza fra le concezioni dogmatiche della *Gesetzeskonkurrenz* e del concorso apparente di norme, nonché, sul versante processuale, in tema di *ne bis in idem*.

Infine, il fatto che tale accezione non solo trovi nell’ordinamento tedesco una espressa previsione, ma che essa sia dotata di rango costituzionale, risulta di rilevanza fondamentale ai fini della presente indagine e, come tale, non può essere ignorata<sup>78</sup>. Come fondamentali sono, del resto, i principi a cui la dottrina e la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* riconducono il divieto di doppia punizione per lo stesso fatto: colpevolezza (*Schuldprinzip*) e proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).

Pertanto, due risultano le coordinate che si ritengono rilevanti in questa sede.

In primo luogo, i principi sopramenzionati, di cui almeno uno, quello di proporzionalità, risulta protagonista anche nella caotica giurisprudenza internazionale ed eurounitaria, si impongono come “interlocutori” necessari nell’individuazione di una “cittadinanza” costituzionale al divieto di *bis in idem*.

In secondo luogo, la possibile valorizzazione del momento sanzionatorio, come sede propria del principio di *ne bis in idem* sostanziale, pure riconoscendo la corretta e secolare collocazione sistematica del fenomeno del concorso di norme all’interno della teoria della norma.

Questo secondo punto, in particolare, dovrà essere più approfonditamente investigato a causa della possibilità di valorizzare taluni elementi del reato secondario ai fini della quantificazione della pena del reato principale. Circostanza, questa, che porta a ritenere non sufficiente, per la *Gesetzeskonkurrenz*, l’applicazione del solo limite previsto dal § 46 StGB<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Specie in un contesto, come quello nostrano, che ha attinto e rielaborato gli insegnamenti della dogmatica alemana, con la quale si trova pertanto, sotto molteplici aspetti, in situazioni di grande affinità.

<sup>79</sup> Tale circostanza indizierebbe verso una terza coordinata. Essendo tale valutazione delimitata dal *Doppelbewertungsverbot* ed essendo quest’ultimo un “sottoprincipio del *ne bis in idem* sostanziale, allora quest’ultimo non può essere fatto coincidere con la specialità strettamente intesa. Tuttavia, tale affermazione risulta essere quantomeno implicita nel concetto stesso di *ne bis in idem* sostanziale, la cui elaborazione nasce proprio in opposizione al ridotto campo applicativo del paradigma *lex generalis – lex specialis*.

In sostanza, tale insufficienza si ricollega intimamente allo stesso problema che contrappone le teorie strutturali a quelle valoriali, dal momento che i casi di sussidiarietà e consunzione non comportano necessariamente la valorizzazione degli stessi elementi del fatto, sicché essi sfuggono al *Doppelverwertungsverbot*.

Invero, la circostanza che taluni di questi elementi, che pur dovrebbero considerarsi non applicabili poiché parte di un reato solo in apparenza concorrente, vengano tuttavia “riesumati” in sede di commisurazione della pena fa riflettere. Muovendo dalla visione della *Gesetzeskonkurrenz* come istituto che afferisce alla teoria della norma, piano logicamente precedente rispetto al giudizio di congruità fra fatto di reato e pena, la domanda sorge spontanea: com’è possibile che il reato secondario, che dovrebbe essere di fatto qualificabile come *non applicabile* (poiché solo apparentemente tale), venga tuttavia riesumato in certe sue parti nel momento della *Strafzumessung*<sup>80</sup>?

La questione, secondo la dottrina maggioritaria, è solo apparentemente contraddittoria: sebbene il reato secondario non venga astrattamente preso in considerazione, deve ricordarsi che il § 46 StGB, al pari dell’art. 133 c.p., prevede una serie di criteri per la commisurazione della pena, che permettono di valutare il fatto globalmente inteso<sup>81</sup>. Pertanto, detti elementi non verrebbero valutati poiché previsti dalla fattispecie secondaria, quanto piuttosto a causa dell’applicazione del secondo comma del § 46 StGB.

Ovviamente, essi, strutturalmente parlando, non devono essere presenti in entrambe le fattispecie. Pertanto, un’eventuale limite alla loro (doppia) valutazione, in punto sanzionatorio, deve essere ricercato in un principio diverso dal brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

S’impone allora una considerazione: se la valorizzazione di tali elementi avviene più propriamente a causa del § 46 StGB e, pertanto, sul terreno dell’applicazione della pena, v’è conseguentemente da chiedersi se il limite a tale valorizzazione (il *ne bis in idem* sostanziale) non debba essere collocato anch’esso su tale terreno, piuttosto che su quello della validità della norma, meglio valorizzando anche il collegamento fra questo ed i principi di proporzionalità e colpevolezza.

---

<sup>80</sup> Monolitica la collocazione del concorso apparente nella teoria della norma, risalente a Binding. Cfr. K. BINDING, *Handbuch*, *op. cit.*, 332 ss. Sul punto, più diffusamente, si veda Cap. I, par. 3.

<sup>81</sup> Cfr., *ex multis*, H.J. BRUNS, *op. cit.*, *passim*; G. WERLE, *op. cit.*, 37 ss. Per un’approfondita disamina degli stessi cfr., infine, A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, *op. cit.*, 315 ss.

5. *La valorizzazione del principio sostanziale di ne bis in idem sul terreno del concorso formale di reati. Il § 52 StGB ed il cumulo giuridico intraeditale (Kombinationsprinzip).*

Per quanto concerne invece il problema del cumulo di sanzioni, esso è chiaramente scongiurato nelle ipotesi di *Gesetzeskonkurrenz* nelle quali, per definizione, è una ed una sola la fattispecie applicabile. Per questo, il divieto sostanziale di *bis in idem* viene storicamente invocato in questa sede.

Tuttavia, l'ordinamento tedesco, presenta anche un elemento di profondo interesse per quanto riguarda la disciplina della *Idealkonkurrenz*. Come già si è avuto modo di osservare nel primo capitolo infatti, le due forme di concorso, da un punto di vista strettamente sanzionatorio, presentano grandi affinità, stante la previsione, per le ipotesi di concorso formale, di un cumulo giuridico intraeditale<sup>82</sup>. In altri termini, la necessità di distinguere, nelle ipotesi di confine, fra concorso formale ed apparente viene notevolmente ridimensionata nell'esperienza penalistica tedesca proprio a causa del fatto che la risposta sanzionatoria prevede, in ogni caso, l'applicazione di una ed una sola sanzione.

La scelta di predisporre l'applicazione di un cumulo giuridico intraeditale, invero tutt'altro che isolata nel contesto europeo<sup>83</sup>, è estremamente rilevante per introdurre qualche considerazione circa quella critica apparentemente insuperabile, avanzata dalla dottrina nostrana, concernente il rapporto fra concorso formale e *ne bis in idem* sostanziale: se tale preclusione operasse vietando la plurima qualificazione giuridica del fatto storico, si dovrebbe negare l'essenza stessa del concorso formale di reati, la quale esprime, a livello di diritto positivo, un'espressa ipotesi di *bis in idem* sanzionatorio.

Invero, si deve evidenziare, come del resto già ha fatto attenta dottrina, che «tale affermazione (...) deve essere in parte ridimensionata, appena si esca dai condizionamenti dell'attuale disciplina legislativa italiana e dalle categorie dogmatiche

<sup>82</sup> Si rimanda al breve *excursus* presente nel Cap. I, Sez. II, par. 3 in tema di cumulo giuridico intra ed extraeditale.

<sup>83</sup> Il riferimento è nuovamente al Cap. I, Sez. II, par. 3, ove si accenna alla disciplina tedesca, spagnola ed olandese. Ma si veda anche I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 378-379, con riferimento anche alla disciplina anglosassone.

dominanti. L'incompatibilità tra un *ne bis in idem* legato al fatto storico ed il concorso formale di reati non è certo, infatti, una verità di ragione»<sup>84</sup>.

Più nello specifico, se di inconciliabilità può parlarsi, lo si deve tuttavia fare in termini differenti: *ne bis in idem* sostanziale e concorso formale non si pongono *necessariamente* in rapporto antitetico. Piuttosto, ad essere inconciliabili con il divieto di doppia punizione sono le ipotesi in cui a più reati, commessi con un'azione od omissione, l'ordinamento ricollega risposte sanzionatorie che prevedono l'imposizione o di più sanzioni (cumulo materiale), ovvero di meccanismi che consentano, pur a fronte della predisposizione di una sola sanzione, di "andare oltre" alla cornice edittale del reato più grave (cumulo giuridico extraedittale).

Conviene tuttavia procedere con ordine, rimanendo al momento entro i confini del § 52 StGB. Di tale norma, si è già fatto cenno in chiusura del primo capitolo, ma si rende necessario riprenderla più nel dettaglio.

Di fatto, la disciplina tedesca sancisce l'applicazione, per i casi di *Idealkonkurrenz*, del meccanismo dell'assorbimento (*Absorptionsprinzip*), seppur con una rilevante specificazione: di vero e proprio "assorbimento" può parlarsi solo in relazione al concorso formale omogeneo (§ 52 primo comma). Per quanto riguarda invece il concorso formale eterogeneo, la regola è quella dell'assorbimento inasprito, più propriamente definito *Kombinationsprinzip*, traducibile come principio di combinazione<sup>85</sup>.

Per quanto riguarda invece i casi di concorso materiale, infine, il disposto dei §§ 53 -54 StGB prevede un meccanismo di cumulo sanzionatorio che non può in ogni caso superare la somma delle singole pene, che prende il nome di *Asperationsprinzip*.

Sotto questo punto di vista, ci si trova dinanzi ad una prospettiva che ridimensiona considerevolmente, nella dottrina d'oltralpe, la distinzione fra *Gesetzeskonkurrenz* e *Idealkonkurrenz*, proprio a causa dell'applicazione di una ed una

<sup>84</sup> Così, testualmente, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 45.

<sup>85</sup> Cfr. N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, op. cit., 905; U. DITHMAR, op. cit., 47 ss.; T. FISCHER, op. cit., 482; H. FRISTER, op. cit., 469-470; R. RISSING-VAN SAAN, op. cit., 1343 ss., nonché 1370 ss. Cfr. anche S. PROSDOCIMI, *Contributo*, op. cit., 6 s., nt. 7. Per una disamina relativa al problema della determinazione della pena in tema di concorso (reale, ideale ed apparente) della pena, si vedano, su tutti, F. GEERDS, op. cit., 423 ss.; H.H. JESCHECK, *Die Konkurrenz*, in *ZStW*, 1955, 529 ss. Cfr. in particolare quest'ultimo per l'evoluzione storica del trattamento sanzionatorio nei casi di concorso formale e reale dal XV secolo in poi, in particolare 530 s.

sola sanzione<sup>86</sup>. Tale circostanza è accumulata poi dal fatto che, al pari di quanto succede nelle ipotesi di concorso apparente diverse dalla specialità *stricto sensu* unilaterale, anche per quanto concerne le ipotesi di *Idealkonkurrenz* l'applicazione della sanzione più grave non impedisce al giudice, chiaramente, di tenere conto dei reati "minori" ai fini della commisurazione della pena<sup>87</sup>. Non stupisce, pertanto, che i problemi principali posti dalla dottrina tedesca non riguardino tanto i profili di distinzione fra concorso apparente e formale, quanto piuttosto fra quest'ultimo ed il concorso materiale di reati e, pertanto, fra unità (*Tateinheit*) e pluralità (*Tatmehrheit*) di reati<sup>88</sup>.

Pertanto, la paventata incompatibilità fra *ne bis in idem* sostanziale e concorso formale di reati è affermazione che necessita di essere rivista, impostandola più correttamente nei termini di incompatibilità fra il divieto e le ipotesi in cui fattispecie in concorso formale siano sanzionate mediante meccanismi che prevedano l'applicazione di più d'una sanzione<sup>89</sup>.

Volendo spingersi più in là, si potrebbe anzi sostenere che la preclusione sostanziale, anziché contrapporsi alla *Idealkonkurrenz*, potrebbe essere considerata, da

---

<sup>86</sup> Si rimanda pertanto a quanto già sottolineato nel Cap. I, Sez. II, par. 1 ss. Evidenzia tale circostanza anche S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 7, nt. 7. Nella dottrina tedesca, rilevano il significato pressoché nullo che la prassi ricollega alla distinzione fra concorso formale ed apparente anche N. BOSCH, D. STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.*, 898. Deve in ogni caso sottolinearsi la mancata coincidenza, in punto sanzionatorio, fra concorso formale ed apparente: sebbene entrambi prevedano l'applicazione di una sola sanzione, la *Gesetzeskonkurrenz* impone, in linea di principio, il totale assorbimento della fattispecie secondaria, laddove la *Idealkonkurrenz* prevede invece una combinazione, seppur in una sanzione unica, della pene concorrenti. In questi termini, cfr. H.H. JESCHECK, *op. cit.*, 534, secondo cui «*Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz stellen sich vom Standpunkt des geltenden Rechts dar als Formen einer die verschieden Strafdrohungen kombinierenden Strafzumessung, während es sich bei der Gesetzeskonkurrenz nicht um eine Strafzumessungsfrage, sondern um die Verdrängung ganzer Tatbestände handelt*».

<sup>87</sup> Cfr. H.J. BRUNS, *op. cit.*, 468 ss.; G. WERLE, *op. cit.*, 37 ss., nonché 82 ss.

<sup>88</sup> La letteratura sul tema è invero sterminata. Fra i maggiori Autori si segnalano, storicamente, K. BINDING, *Handbuch*, *op. cit.*; F. GEERDS, *op. cit.*, 322 ss.; R. HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1925; F. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, in *ZStW*, 1886, 663 ss. Cfr., inoltre, per una ricostruzione storica, I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, *op. cit.*, 27 ss.; ID., *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, 143 ss. Nella dottrina italiana, si veda, su tutti, A. MORO, *op. cit.*, 119 ss.

<sup>89</sup> Tale conclusione, chiaramente, deve ritenersi corretta a patto di considerare il *ne bis in idem* sostanziale come divieto di duplice (e, *a fortiori*, molteplici) punizione dello stesso fatto. Laddove invece s'intenda riferirsi alla preclusione quale divieto di reiterare il medesimo giudizio di illiceità, il problema si sposta dalla questione (del *quantum*) della punibilità del fatto all'analisi circa l'unità e la pluralità dei reati, divenendo pertanto un divieto incompatibile con il concorso formale di reati. Per le due impostazioni si rimanda a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 43 ss. Sul punto cfr. anche, *infra*, parr. 7 ss.

una diversa angolazione, come principio ispiratore di quest'ultimo istituto<sup>90</sup>. In altri termini, fondato sul *ne bis in idem*, il concorso formale a conseguenze sanzionatorie intraedituali (sia nelle ipotesi di assorbimento, sia in quelle del *Kombinationsprinzip*), potrebbe rivelarsi la sede più idonea a scongiurare la molteplice qualificazione del fatto, vietando, per l'appunto, che ipotesi di *Tateinheit* siano soggette ai diversi trattamenti sanzionatori del concorso giuridico extraedituale e del cumulo delle pene.

Ancora, dal momento che tanto nelle ipotesi di *Idealkonkurrenz* quanto in quelle di *Gesetzeskonkurrenz* vi è la possibilità di valutare profili del (fatto attinenti al) reato assorbito ai fini della *Strafzumessung*, deve ritenersi che pure nelle ipotesi di concorso formale tale "riesumazione" debba rispettare quel divieto di doppia valutazione evidenziato nei paragrafi precedenti<sup>91</sup>.

Tali affermazioni trovano terreno fertile in un'autorevole, seppur minoritaria, dottrina tedesca, la quale propone una lettura estremamente brillante ed originale della *Idealkonkurrenz*, nonché del rapporto fra questa ed il concorso apparente di norme.

L'Autrice, sottolineando il carattere in buona parte vano e nominalistico delle dispute in tema di unità e pluralità di reati nel concorso formale eterogeneo, giunge a ritenere che, nel quadro della *Idealkonkurrenz*, la realizzazione delle fattispecie minori deve essere intesa come una più precisa determinazione, nel caso concreto, del contenuto di illecito e colpevolezza per il fatto più grave, capace pertanto di "assorbire" l'intero disvalore del fatto<sup>92</sup>. Ciò risulterebbe testimoniato dalla possibilità di considerare aspetti di queste fattispecie come componenti del fatto rilevanti ai fini della *Strafzumessung*, effettuata, *ex* § 52 StGB, all'interno della cornice edituale della fattispecie più grave, seppur limitata, nel minimo dall'applicazione del principio di combinazione<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Nello stesso senso, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 44 ss., in particolare 46.

<sup>91</sup> Dello stesso avviso, sempre, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 46, nt. 128, il quale, tuttavia, non aderisce a tale impostazione, dimostrandosi scettico nei confronti della tenuta dogmatica di un principio di *ne bis in idem*, specie al vaglio del principio di legalità. Si veda anche p. 80-81.

<sup>92</sup> Cfr. I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, *op. cit.*, 144 ss., nonché 153 ss. Cfr. inoltre, per un breve *excursus* sulla costruzione teorica dell'Autrice, S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 6 s., nt. 7, il quale evidenzia anche la perdita di rilevanza della summenzionata disputa, 3 s., nt. 3. Per una disamina dell'argomento si vedano inoltre, per la dottrina tedesca, F. GEERDS, *op. cit.*, 322 ss.; per la dottrina italiana, su tutti, A. MORO, *op. cit.*, 119 ss.

<sup>93</sup> Riassume efficacemente il pensiero dell'Autrice S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 6 s., nt. 7: «Ogni fattispecie penale, in altre parole, conterrebbe in sé allo stato latente una serie di altre fattispecie minori, in grado di dar vita ad un potenziale concorso ideale e ad una correlativa "integrazione" dell'illecito e della colpevolezza». Offre una panoramica esaustiva anche U. DITHMAR, *op. cit.*, 128 ss.



Le conseguenze di tale impostazione sono evidenti: il concorso formale, in uno con l'assorbimento, diverrebbe così la forma giuridica più idonea a garantire che il fatto mantenga una propria unità normativa, non disperdendosi nella molteplicità di più valutazioni giuridiche<sup>94</sup>. In questo senso, pertanto, la *Idealkonurrenz* assumerebbe quella funzione che si ritiene essere propria del *ne bis in idem* sostanziale<sup>95</sup>.

Ma l'approdo a cui giunge l'Autrice, delineando le conseguenze in tema di concorso di norme, risulta ben più radicale: le ipotesi di sussidiarietà e di assorbimento vengono in tale impostazione ricondotti e considerati alla stregua della *Idealkonkurrenz*, relegando il concorso apparente alla sola applicazione della *lex specialis*<sup>96</sup>.

Il punto merita qualche ulteriore considerazione. Com'è possibile "travasare" una porzione considerevole del concorso apparente, che per definizione vede la presenza di una sola fattispecie, sul terreno del concorso formale, nella quale sono comunque presenti più reati, seppur normativamente unificati?

Tale operazione è ritenuta ammissibile, secondo l'Autrice, poiché di concorso apparente può parlarsi (secondo un punto di vista prettamente logico-strutturale) solo nell'ipotesi in cui si debba rinunciare *completamente* a considerare il reato secondario, perché ricompreso in quello primario<sup>97</sup>. A rigor di logica, tale situazione accade nei soli casi di specialità *stricto sensu* intesa, definita pertanto «*die einzig legitime Form der Gesetzeskonkurrenz*»<sup>98</sup>.

Negli altri casi che la dottrina tedesca riconduce al concorso apparente, la completa "soppressione" del reato secondario non avviene, sicché si intravedono due possibilità: o si ritiene in ogni caso ininfluenza la fattispecie secondaria, creando così un

<sup>94</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 46.

<sup>95</sup> Infatti, l'Autrice sottolinea che il fondamento del concorso formale dovrebbe essere rinvenuto proprio nel divieto di doppia valutazione delle stesse circostanze di fatto. Cfr. I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit., 19 ss., nonché 303 ss.; ID., *Funktion*, op. cit., *passim*.; Considera il *ne bis in idem* sostanziale un principio regolatore del concorso formale, nella dottrina tedesca, anche G. WERLE, op. cit., 86 ss. Analoghe considerazioni sono rinvenibili anche nella letteratura spagnola, cfr. A. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990*, in *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, in particolare 845 ss.

<sup>96</sup> In altri termini, la distinzione fra tali criteri ed il concorso apparente di norme, oltre che essere di per sé vaga e controversa, diviene pressoché sterile. Cfr. I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit., in particolare 313 ss.; ID., *Funktion*, op. cit., 161, secondo cui «*Die Unterscheidung, die die h. L. zwischen Idealkonkurrenz einerseits und Subsidiarität und Konsumtion andererseits vornimmt, ist nicht nur unklar, vage und umstritten, sie ist vor allem verwirrend und gänzlich unfruchtbar*».

<sup>97</sup> Pertanto, si potrebbe sostenere che l'impostazione teorica dell'Autrice sia affina a quella concezione che vede il concorso apparente di norme come un problema di rapporti fra ambiti (o sfere) di validità delle stesse, già esposto nel Cap. I, par. 3 e che sarà ripreso, *infra*, par. 7 ss.

<sup>98</sup> Così I. PUPPE, *Funktion*, op. cit., 160.

ingiustificato privilegio, per quanto lieve possa essere per il reo; oppure, e questa è la strada seguita dalla dottrina maggioritaria, si deve ritenere possibile che la fattispecie secondaria venga, eccettuati i casi di specialità, considerata quantomeno sotto il profilo «*der Mindeststrafe und der Nebenfolgen des verdrängten Gesetzes*»<sup>99</sup>.

Tale opzione, sottolinea infine l'Autrice, si risolve tuttavia nell'applicazione della stessa disciplina prevista per i casi di concorso formale, sicché la considerazione delle ipotesi di sussidiarietà ed assorbimento nel quadro del concorso apparente si rivela essere «*ein Etikettenschwindel*»<sup>100</sup>.

In sintesi, dal momento che, dal punto di vista delle conseguenze sanzionatorie, sussidiarietà e consunzione, da un lato, e concorso formale, dall'altro, non portano ad alcuna differenza, l'Autrice postula l'assimilazione dei primi nel secondo, anche in virtù della reminiscenza delle fattispecie secondarie, dal punto di vista sanzionatorio, fenomeno incompatibile con un concorso, appunto, soltanto apparente.

*6. Prime, preliminari, conclusioni: ne bis in idem, proporzionalità e colpevolezza fra dimensione nazionale, comparata e sovranazionale.*

Le analisi svolte in ambito sovranazionale e comparato consentono di trarre più di una coordinata utile ai fini della collocazione del *ne bis in idem* sostanziale nel panorama dei principi, nonché circa il problema del rapporto fra questo ed il concorso formale di reati. Coordinate che ben s'intersecano con quanto emerge su versante eurounitario e convenzionale.

Sul terreno dei principi costituzionali, si possono trarre ben tre coordinate fondamentali.

---

<sup>99</sup> I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit. 314-315; ID, *Funktion*, op. cit., 161. Cfr. anche G. HOLTZ, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, in *MDR*, 1981, 99; cfr., infine, più di recente, FISCHER T., op. cit., 475. In giurisprudenza si veda BGH, 29 aprile 2009, 1 StR 518/08, in *Beck-online*. In questo senso, si richiama quanto già detto circa il rapporto fra *Gesetzeskonkurrenz* e la disciplina della *Strafzumessung*, infra parr. 4 e 4.1. In particolare, si ricorda che l'elaborazione del *Verbot der Doppelbewertung* si ricollega proprio alla circostanza per cui il *Verbot der Doppelverwertung*, ex § 46 StGB, trova un'esauritiva applicazione nei soli casi di specialità.

<sup>100</sup> I. PUPPE, *Funktion*, op. cit., 161. Si potrebbe pertanto dire, ragionando con i concetti introdotti nel 4 paragrafo, che mentre il *Doppelverwertungsverbot* risulterebbe essere rispettato nei casi in cui opera la regola della specialità, seppur agendo come limite in punto sanzionatorio e non sul piano strutturale, il *Doppelbewertungsverbot* si collocherebbe invece, come limite, nel terreno del concorso formale.

In primo luogo, viene in considerazione l'accezione sostanziale dell'art. 103, abs. III GG., che pone un divieto di doppia punizione non dissimile da quello contemplato dagli articoli 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE. Sebbene detto inciso, tanto nel panorama tedesco quanto in quello sovranazionale, venga tradizionalmente adombrato da un'interpretazione schiettamente processualistica, è possibile considerarlo come una porta di ingresso per affrontare considerazioni di carattere sostanziale anche sul divieto di *bis in idem*<sup>101</sup>. Porta d'ingresso che necessita tuttavia di più sostanziosi appigli normativi per evitare che continui ad essere relegata nelle pieghe interpretative del divieto di doppio giudizio. In ogni caso, elemento rilevante risulta essere il fatto che l'accezione sostanziale del *Doppelbestrafungsverbot* viene ricollegata, nella dottrina tedesca, ai principi di proporzionalità e colpevolezza.

In secondo luogo, restringendo il *focus* all'esperienza alemanna, anche l'applicazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*, dimostra come in taluni casi una corretta applicazione dei principi di colpevolezza e proporzionalità consente di evitare il fenomeno della doppia punizione anche nelle ipotesi in cui le disparità fra *idem factum* ed *idem* legale comporterebbero il rischio di frammentare un fatto giuridicamente unitario in più procedimenti. Pertanto, la duplice punizione per lo stesso fatto, in tali circostanze, prima ancora che con il divieto processuale di *bis in idem*, cozza irrimediabilmente con questi principi di diritto sostanziale<sup>102</sup>.

Ciò è sicuramente vero nei sistemi a doppio binario sanzionatorio, ove, si è visto, una verifica della congruità della risposta sanzionatoria a monte, mediante una regolamentazione delle ipotesi di convergenza che non si riduca alla mera applicazione del principio di specialità *ex art. 9 l. n. 689/81*, potrebbe scongiurare la celebrazione di differenti processi<sup>103</sup>. Ma lo stesso può dirsi nei casi di concorso formale *ex art. 81 c.p.*, nella nuova visione che la sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale ha fornito

---

<sup>101</sup> È innegabile che, sebbene i giudici si siano soffermati sul solo problema del doppio procedimento, ciò nondimeno la lettera di tali disposizioni contempla anche il preliminare problema della doppia punizione. questione che, a conti fatti, si rinviene solo nella già citata *dissenting opinion* alla sentenza Grande Stevens. Cfr. in questo senso C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, *op. cit.*, 27.

<sup>102</sup> Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, 240-241. Si rimanda poi al par. 3.2., *infra*, ove si evidenzia il rapporto fra i principi di proporzionalità e colpevolezza, da un lato, e l'accezione sostanziale dell'art. 103, abs. III GG.

<sup>103</sup> Le critiche ad una soluzione processuale sono già state ampiamente sviscerate nel corso del Cap. II.

dello stesso, quale istituto subordinato alle logiche dell'art. 649 c.p.p., che comporta irrazionali mutamenti sanzionatori nelle ipotesi di *idem* naturalistico<sup>104</sup>.

Infine, per quanto concerne il principio di proporzionalità, esso, oltre a rivestire il ruolo di protagonista indiscusso nella trasfigurazione del *ne bis in idem* convenzionale, gioca una parte di rilievo anche per quanto riguarda il concorso di norme e di reati nel diritto tedesco.

Può infatti sostenersi che i meccanismi sanzionatori tesi a sottrarre taluni fenomeni di qualificazione giuridica multipla dall'imposizione del cumulo materiale delle pene siano mossi non da mere esigenze di equità, quanto piuttosto da istanze di proporzione fra il fatto (complessivamente qualificato) e la sanzione<sup>105</sup>. Del resto, tale assunto trova un'implicita conferma nella stessa collocazione codicistica delle figure del concorso di reati, che diverse legislazioni straniere inseriscono in sezioni appositamente dedicate alle modalità di inflizione e commisurazione della pena<sup>106</sup>.

Così è per la *Idealkonkurrenz* tedesca, collocata nella terza sezione dello StGB, dedicata alle conseguenze del reato (*Rechtsfolgen der Tat*) ed identificata espressamente, nel titolo III, come ipotesi di calcolo sanzionatorio (*Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen*).

Analoga scelta si rinviene nel *Còdigo Penal* spagnolo, che colloca la disciplina del *Concurso Ideal* fra le *Reglas especiales para la aplicaciòn de las penas*, al Capo II del Titolo III.

Seppur in maniera meno netta, la stessa collocazione si rinviene infine nel codice penale olandese. Se da un lato il Titolo VI del Libro I reca la dicitura di concorso di reati (*Samenloop van strafbaren feiten*), senza fare diretto riferimento al problema del trattamento sanzionatorio, ciò nondimeno detto titolo è inserito nel quarto capitolo del

<sup>104</sup> Si rimanda alle considerazioni svolte nel Cap. II, par. 6.

<sup>105</sup> In questo senso M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 249 ss., in relazione alle scelte operate, in tema di convergenza di fattispecie, in particolare dai legislatori francese ed americano. Finalità ben vista anche in relazione ai progetti di riforma del codice penale. Invero, anche la stessa concezione secondo cui nel concorso formale *ex art. 81 c.p.* si debba prevedere un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto al cumulo giuridico a causa del fatto che il soggetto decide di porsi, solo una volta contro l'ordinamento risponde a logiche di proporzione (e di misura della pena in relazione alla colpevolezza), fra fatto e sanzione. Cfr., *ex multis*, A. MORO, *op. cit.*, 157 s.; V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 141 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di pene*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 561; A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, *op. cit.*, 530-531.

<sup>106</sup> Da segnalare invece che la scelta topografica operata nel codice penale italiano si pone in controtendenza rispetto a tale assunto: la disciplina del concorso di reati non si rinviene nel Titolo II del Libro primo, dedicato alle pene, bensì nel Titolo III, dedicato al reato.

codice, traducibile come “Imposizione di una misura restrittiva della libertà” (*Oplegging vrijheidsbeperkende maatregel*).

Ancora, la stessa evoluzione del *ne bis in idem* sostanziale ordinamentale dimostra che la storia delle interferenze fra fattispecie, nata nell’esclusivo terreno del rapporto logico fra norme, si è via via sviluppata «nelle diverse prospettive della giustizia sostanziale e della *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio», che trova, nel momento della commisurazione della pena, o, comunque, dell’applicazione delle fattispecie, il proprio terreno d’elezione<sup>107</sup>.

Ciò che si vuole sottolineare è l’opportunità di non ridurre l’indagine al binomio proporzionalità – criteri risolutivi del concorso di norme, ma di estenderla anche e soprattutto in relazione alle ipotesi di concorso formale di reati.

Tale considerazione nasce riflettendo sulla circostanza per cui il principio di proporzione non riguarda solo il *quantum* della pena, ma deve essere considerato come un canone di controllo che investe anche l’*an* ed il *quomodo* della sanzione penale<sup>108</sup>.

Anzi, si può concordare con chi identifica la proporzionalità come “grande principio di carattere generale”, se non persino di rango sovraconstituzionale (*Überverfassungsrang*)<sup>109</sup>, la cui rilevanza è sempre più centrale nel sistema multilivello delle fonti. Ciò è senz’altro vero qualora si consideri detto principio nella sua portata più generale, quale limite di ogni forma di esercizio del potere pubblico, nonché quale parametro di controllo delle limitazioni dei diritti fondamentali. Ma è vero anche con riferimento alla più ristretta accezione di congruità fra fatto e sanzione, ricavabile da innumerevoli fonti normative: gli artt. 3 e 27 della Costituzione italiana; l’art. 49 c. 3 CDFUE, secondo cui l’intensità della pena non deve essere sproporzionata rispetto al

<sup>107</sup> Così F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 296 s. Se non può darsi eccessivo risalto alle istanze di giustizia sostanziali, che evocano immediatamente critiche di eccessiva vaghezza ed assenza di valore precettivo, al contrario deve sottolinearsi la valenza sempre maggiore che il principio di proporzione gioca sul terreno dell’elaborazione concettuale del *ne bis in idem* sostanziale. Cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 280 ss., che individua nell’art. 27 Cost. la *ratio* degli istituti che regolano il rapporto fra norme penali. Cfr. anche A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, *op. cit.*, 551; Per una critica al collegamento con il principio di proporzione si veda, su tutti, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 75 ss. Cfr. infine *infra*, par. 4.1., ove si sottolinea l’importanza del momento della commisurazione della pena.

<sup>108</sup> Così, efficacemente, V. MANES, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, 108.

<sup>109</sup> Sempre V. MANES, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, 104. Cfr. anche G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII. In proposito, parla di “irresistibile ascesa” di tale principio in tutti i settori dell’ordinamento A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 59/2016, 1427.

reato commesso; l'art. 3 CEDU, come corollario implicito del divieto di infliggere pene inumane e degradanti, giusto per citarne alcuni<sup>110</sup>.

*6.1. Il ne bis in idem sostanziale come precipitato del combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost.: la valorizzazione del divieto come argine alla violazione del principio di colpevolezza.*

Il tracciato inizia ad essere più chiaro: la plurima valutazione in punto sanzionatorio (*bis*) dello stesso elemento (*idem*) si traduce irrimediabilmente in una sanzione sproporzionata *per eccesso*, se rapportato alla concreta offensività del fatto. Ciò è senz'altro vero in punto di commisurazione, nell'ipotesi in cui il giudice decida di valutare più volte gli stessi elementi del fatto ai fini della determinazione della pena in concreto; ma è altresì vero in astratto, laddove il legislatore congegni fattispecie tese a qualificare più volte la medesima situazione, ovvero predisponga meccanismi sanzionatori improntati a tale scopo. Sotto questo punto di vista, proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale cadono assieme.

Non per questo, tuttavia, i due concetti devono essere considerati interscambiabili. Al contrario, si deve ritenere che la relazione fra di essi sia puramente univoca. Volendo utilizzare un'espressione analoga a quella atta a spiegare i rapporti *ex art. 15 c.p.*, si potrebbe dire che ogni violazione del *ne bis in idem* sostanziale comporta la presenza di una sanzione sproporzionata, laddove, al contrario, non ogni sanzione sproporzionata rispetto al fatto commesso si traduce automaticamente in un *bis in idem* sostanziale.

Analogamente, specificando che non s'intende "inventare" alcun collegamento fra i due fenomeni, se è vero che ogni ipotesi della legge speciale ricade anche in quella generale non è tuttavia vero il contrario.

---

<sup>110</sup> La specificazione è opportuna, essendo il principio di proporzionalità *lato sensu* inteso ricavabile da disposizioni che riguardano non solo il diritto penale, quali l'art. 3 Cost., nella veste di criterio di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, o l'art. 52 della Carta di Nizza, ove la proporzionalità agisce come limite alle restrizioni dei diritti e delle libertà fondamentali in essa stabiliti. Ancora, il principio si rinviene in disposizioni che non hanno rilevanza diretta per il diritto penale, come l'art. 97 Cost., che impone alla pubblica amministrazione, quale estrinsecazione del principio di imparzialità, di perseguire il pubblico interesse con il minor sacrificio possibile degli interessi dei cittadini coinvolti. Per una ricostruzione del principio tanto nel diritto penale quanto, più in generale nel diritto pubblico si rimanda a A. MERLO, *op. cit.*

In definitiva, può anticiparsi, il *ne bis in idem* sostanziale costituisce un precipitato o, meglio, un corollario, del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria nei confronti della gravità del fatto. Esso opera ossia come limite della potestà punitiva statale (*Übermaßverbot*), nel rispetto del limite del grado di colpevolezza del soggetto.

L'aver individuato nel principio di proporzionalità la sede più opportuna del divieto sostanziale di *bis in idem* non è in ogni caso elemento sufficiente a dirimere la questione di quali siano i precisi riferimenti costituzionali che dovrebbero fondarne l'esistenza.

Lo stesso canone di proporzionalità fra fatto e sanzione, infatti, costituisce a sua volta un principio che presenta ampie zone grigie, come dimostrato dalla giurisprudenza costituzionale, che lo ha per più utilizzato in combinato disposto con il principio di ragionevolezza, desumibile dall'art. 3 Cost.<sup>111</sup>.

Pertanto, si rende necessario procedere all'individuazione degli opportuni riferimenti costituzionali senza tuttavia cedere ad entusiastici collegamenti con altri principi rilevanti in materia penale i quali, in maniera più o meno esplicita, coinvolgono anche la dimensione della sanzione.

Non si ritiene in questo senso di poter ancorare il divieto al ben noto art. 25 c. 2 Cost., ma nemmeno al paradigma della offensività, seppur entrambi i principi sono stati richiamati di recente proprio come coordinate fondamentali per la sua ricostruzione<sup>112</sup>.

Nello specifico, l'art. 25 c. 2 Cost., nella particolare declinazione della "legalità della pena", se certamente gioca un ruolo importante con riferimento all'ampiezza delle cornici edittali, come divieto di *eccessiva dilatazione* delle stesse, non intrattiene tuttavia un legame diretto col *ne bis in idem* sostanziale. In questi frangenti, il principio di legalità entra in gioco in un momento invero precedente a quello della

---

<sup>111</sup> Nonostante la fumosità del principio di proporzionalità, è innegabile che esso risulta essere un criterio guida che attraversa la storia del rapporto fra delitti e pene. Così D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 650, il quale sottolinea anche che la proporzione si manifesta, in ogni caso, fondandosi e sviluppandosi secondo diverse direttive: in chiave meramente retributiva, così come in chiave utilitaristica sino a quella, accolta dal nostro sistema costituzionale, che la lega ai principi di eguaglianza e ragionevolezza.

<sup>112</sup> Il riferimento è a C. SILVA, *Sistema punitivo, op. cit.*, 194-195.

proporzionalità, poiché una sanzione che si presenta come “troppo ampia” è in realtà una sanzione solo *apparentemente* predeterminata<sup>113</sup>.

In altri termini, il principio di legalità non impedisce né la duplicazione delle sanzioni, né, più in generale, la duplicazione degli effetti giuridici, imponendo solamente che le pene trovino un’effettiva predeterminazione legislativa.

Il sindacato di legalità della pena, pertanto, non tocca il terreno, qui indagato, del divieto di doppia punizione.

Il principio di offensività, d’altro canto, presenta una fisionomia difficilmente rapportabile al problema della convergenza di fattispecie. In estrema sintesi e senza pretese di completezza, l’offensività subordina l’applicazione della sanzione all’offesa di un bene giuridico, tanto nella versione del nocumento effettivo, quanto in quella della lesione solo potenziale.

Tuttavia, un conto è richiedere, ai fini della punibilità, che un fatto sia offensivo di interessi giuridicamente rilevanti. Altro conto è interrogarsi sui limiti che circoscrivono la sanzione. Il fatto che la sanzione sia sproporzionata, ovvero che più norme qualifichino gli stessi elementi prevedendo un cumulo sanzionatorio, non sono circostanze che ledono il principio di necessaria offensività.

Per questo non convince l’affermazione per cui l’offensività comporterebbe l’esigenza che un soggetto sia chiamato a rispondere per un illecito nei limiti dell’offesa realizzata<sup>114</sup>. In realtà, tale esigenza costituisce l’essenza stessa del canone di proporzionalità in ambito sanzionatorio, confondendosi pertanto il piano della offensività con quello della proporzione, quantomeno nella sua accezione di “divieto di eccessiva misura” (*Übermaßverbot*)<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Con riferimento al problema dell’eccessiva ampiezza della cornice edittale si rimanda a Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299 in *www.giurcost.org* (ult. acc. 15/10/2019), secondo la quale «il principio di legalità richiede anche che l’ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l’individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all’art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario». Sotto questo punto di vista, il principio di legalità diviene a monte il limite entro cui muoversi nel rispetto del canone della proporzionalità: «mediante la determinazione legislativa del minimo e del massimo di pena, infatti, il compito che viene assegnato al giudice è quello di “proporzionare” la sanzione concreta non già al proprio giudizio di disvalore sul fatto previsto dalla legge come reato, ma alla scala di graduazione individuata dal minimo e dal massimo edittali».

<sup>114</sup> In questi termini sempre C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 194-195.

<sup>115</sup> Accezione che, con riferimento ai fenomeni di doppia punizione, risulta presente anche nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Cfr. *infra*, par. 3.1.



Punto di partenza non può che essere pertanto la seguente constatazione: in quanto derivato del principio di proporzionalità, anche il *ne bis in idem* sostanziale si occupa del problema della misura delle pene, per tale intendendosi tanto le pene commisurate in concreto quanto quello della misura delle cornici edittali<sup>116</sup>.

La misura della pena nell'ottica del *ne bis in idem* entra qui in gioco pertanto sotto una differente angolazione, che presuppone che i principi di offensività e legalità abbiano già esaurito la loro funzione: il divieto di punire due volte implica infatti in ogni caso *la necessità di punire una sola volta*. Conseguentemente, se una sola volta si deve punire, allora tale punizione, in qualsiasi modo si manifesti, deve essere di per sé rispettosa degli altri principi operanti sul terreno sanzionatorio.

Se così non fosse, si perdoni la semplicistica argomentazione, non due volte, non una volta, bensì nessuna volta si dovrebbe punire.

Restringendo invece il campo d'indagine a quelle disposizioni che realmente e direttamente legittimerebbero il divieto sostanziale di *bis in idem*, si può evidenziare che la contiguità sopra evidenziata fra la preclusione *de quo* ed il principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, spiana il sentiero alla prima, quasi "autoevidente", disposizione costituzionale.

Il riferimento è chiaramente al terzo comma dell'art. 27 Cost.: la funzione rieducativa della pena, infatti, secondo un'ormai quasi trentennale orientamento della Corte Costituzionale, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>117</sup>.

Del resto, può considerarsi largamente condiviso, nel settore penalistico, l'assunto secondo il quale una pena sproporzionata per eccesso può ingenerare sentimenti di insofferenza nel reo, compromettendo *ab initio* il procedimento di reinserimento nella società ed al contempo alterando la percezione della scala di valori

<sup>116</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. Trim.*, 2/2017, 49.

<sup>117</sup> Così, per prima, Corte cost., 2 luglio 1990, n. 343, ma anche Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129; Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183; Corte cost., 16 novembre 2016, n. 236, tutte reperibili in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) (ult. acc. 15/10/2019). Analoghe considerazioni sono rinvenibili anche in dottrina. Cfr. in particolare F. BRICOLA, *Teoria generale del reato, op. cit.*, 82, secondo cui la finalità rieducativa costituisce un «momento logico ineliminabile della pena». Si veda inoltre G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 265, il quale riconosce al principio di proporzionalità la valenza di irrinunciabile limite garantistico alla reazione penale.

che dovrebbe riflettersi nel rapporto fra singole fattispecie di reato e le corrispondenti sanzioni<sup>118</sup>.

La proporzionalità della sanzione (e di conseguenza il divieto sostanziale di *bis in idem*), assieme alla finalità rieducativa, presenta poi uno stretto, se non indefettibile, collegamento con il principio di colpevolezza, sancito dall'art. 27 c. 1 Cost. A sostegno di tale assunto, va infatti ricordato che quest'ultimo, al pari della proporzionalità, ha subito una radicale trasformazione, che lo ha visto "evolvere" da mero fondamento della pena (nelle concezioni retributive classiche) a suo limite (nella visione delle più moderne teorizzazioni preventive)<sup>119</sup>.

Sotto questo punto di vista, risulta pacifico che in tema di colpevolezza, l'esperienza italiana si sia assestata su un'interpretazione congiunta dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost., quasi a creare una sorta di endiadi operante sul terreno del trattamento sanzionatorio. Infatti, riprendendo le parole di Marinucci, «la funzione risocializzatrice primaria per rango costituzionale (art. 27, c. 3 Cost.) esige... che la risposta penale non superi mai, nell'*an* e nel *quantum*, la misura della colpevolezza individuale»<sup>120</sup>.

Del resto, si concorda con chi afferma che l'applicazione di una pena eccessiva, perché sproporzionata, finisce per «disancorare una "quota" della stessa dal giudizio di colpevolezza»<sup>121</sup>. Affermazione, quest'ultima, non solo largamente condivisa tanto dalla dottrina tedesca, quanto da quella italiana, ma che risulta anche recepita dalle rispettive giurisprudenze costituzionali<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> In questo senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale*, op. cit., 704. Cfr. anche E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 18 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 45; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giustizia costituzionale*, Napoli, 2006, 141; A. MERLO, op. cit., 1444 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 262.

<sup>119</sup> Cfr., ex multis, E. DOLCINI, *Appunti*, op. cit.; ID, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 1958; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 18 ss.

<sup>120</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 481.

<sup>121</sup> Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967, 36, secondo cui un corollario del principio di colpevolezza sarebbe proprio il fatto che non vi possa essere una pena più elevata senza una colpevolezza più intensa «*Keine höhere Strafe ohne größere Schuld*», richiamato anche da F. MAZZACUVA, op. cit., 299.

<sup>122</sup> Per i riferimenti dottrinali si rimanda a *infra*, par. 3, nt. 34. Per quanto concerne i riferimenti giurisprudenziali si richiama la già citata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, *infra*, par. 3.1. Per quanto concerne, infine, l'orientamento della Corte costituzionale italiana, il ruolo fondamentale del principio di colpevolezza si ricava dalla giurisprudenza in tema di censura di trattamenti sanzionatori

6.2. *Il controllo di ragionevolezza quale limite all'applicazione del principio di proporzione fra fatto e sanzione. Il ne bis in idem come divieto che include ipotesi in re ipsa manifestamente irragionevoli.*

Tuttavia, l'art. 27 Cost., declinato come principio di proporzionalità in materia penale, rappresenta ancora, di per sé, un fondamento troppo incerto per il divieto sostanziale di *bis in idem*.

Il motivo è chiaramente intuibile: l'opportunità del *se, come e quanto* punire riguarda scelte di stretta competenza legislativa, dal momento che le politiche di incriminazione, pur trovando chiaramente vincoli ed indicazioni finalistiche nella Carta costituzionale, non possono essere altro che il frutto delle scelte che una società compie in un preciso e determinato contesto storico, all'interno di quel procedimento democratico che può trovare piena legittimazione in una ed una sola sede: il Parlamento<sup>123</sup>. In altri termini, l'affidamento esclusivo al legislatore delle scelte punitive in materia penale è coerente e diretto sviluppo del principio di legalità, sancito all'art. 25, c. 2 Cost.<sup>124</sup>.

Tale circostanza, invero non trascurabile, ha sempre indotto la Corte costituzionale, in tema di sindacato di legittimità sulle cornici edittali della pena, a procedere senza affidarsi esclusivamente al principio di proporzionalità, pena il rischio di trasformarlo in uno pseudo criterio atto a risolvere ogni problema di valutazione, col rischio che il soggetto deputato ad applicarlo sovrapponga il proprio pensiero ai criteri obiettivi del diritto<sup>125</sup>.

Eppure, sebbene il *ius puniendi* sia una materia "sommamente politica"<sup>126</sup>, ciò non significa che il legislatore sia dispensato dal fare un uso "corretto" della propria discrezionalità, indi per cui, anche in ragione della necessità che il diritto penale sia *extrema ratio*, misura ultima ed inevitabile, la Corte costituzionale ha subordinato il

---

sproporzionati, pur se circoscritti ai casi di "palese sproporzione". Cfr. in particolare Corte cost., 21 novembre 2012, n. 251; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 106; Corte cost., 16 novembre 2016, n. 236, tutte in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>123</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena*, op. cit., 142; D. PULITANÒ, *Sulla pena*, op. cit., 649.

<sup>124</sup> Senza contare che il *self restraint* della Corte poggia anche sopra un dato normativo che lascia spazio a pochi dubbi: l'art. 28 l. n. 83 del 1953, a tenore del quale "Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento".

<sup>125</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Sulla pena*, op. cit., 650, secondo cui non essendovi criteri precisi atti a valutare il rapporto fra reato e pena, il rischio è che l'idea di proporzione svolga un ruolo del tutto ambiguo.

<sup>126</sup> Così, efficacemente, A. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105.

vaglio sugli eccessi punitivi del legislatore ad una verifica ancorata al principio di ragionevolezza, che costituisce il c.d. *nucleo forte* dell'art. 3 Cost.<sup>127</sup>.

Detto canone viene infatti spesso utilizzato dalla Consulta come «complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte»<sup>128</sup>.

Calato nella materia penale e, più precisamente, sul terreno sanzionatorio, va evidenziato che la Corte costituzionale ha tradizionalmente utilizzato i principi della finalità rieducativa (art. 27 Cost.) e ragionevolezza (art. 3 Cost.) come una vera e propria endiadi, che si atteggia a limite invalicabile della discrezionalità punitiva del legislatore. Più nello specifico, anche al fine di evitare un indebito sconfinamento in prerogative che non competono al potere giurisdizionale, la valutazione operata dalla Consulta in tale ambito è anzi ridotta, a testimonianza che si tratta di una misura, per così dire, estrema, ai soli casi di “*manifesta irragionevolezza intrinseca della norma penale*”<sup>129</sup>.

Infatti, ogniqualvolta la Consulta sia stata investita della valutazione di norme contenenti pene draconiane, la decisione è sempre stata presa mediante un raffronto della stessa con altre disposizioni, enucleando la necessità di un *tertium comparationis* che fosse in grado di giustificarne l'illegittimità, senza che tale giudizio potesse pertanto sostituirsi alle scelte compiute dal Parlamento.

In questo contesto, si rende necessario spendere qualche parola sulla sentenza n. 236 del 2016, con la quale la Consulta ha dichiarato illegittimo il minimo edittale dell'art. 567, comma secondo, c.p. senza tuttavia ricorrere ad una comparazione di carattere sistematico con altre fattispecie.

---

<sup>127</sup> Cfr. A. MERLO, *op. cit.*, 1440-1441. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha rifiutato l'idea che il legislatore sia sostanzialmente arbitro delle sue scelte incriminatrici. Anzi, «la non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (...) costituzionalmente sanciti possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuta». Cfr. Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>128</sup> Così, M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, 463; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 751; D. PULITANÒ, *Sulla pena*, *op. cit.*, 650. Sui rapporti fra proporzionalità e ragionevolezza si rimanda inoltre a G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 42 ss.

<sup>129</sup> Così, nella nota alla già citata sentenza della Consulta n. 236 del 2016 V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, *op. cit.*, 2105.

Nello specifico, la Corte ha dichiarato l'illegittimità del delitto di alterazione di stato nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque ad un massimo di quindici anni, anziché da tre a dieci anni, affermando che tale illegittimità risultava conseguenza “della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita”<sup>130</sup>: pertanto, secondo il ragionamento della Corte, la cornice edittale dell'art. 567, c. 2 c.p. risultava, già di per sé considerata, sproporzionata.

In tale pronuncia, la ricerca del *tertium comparationis* degrada da fondamento del giudizio di proporzionalità-ragionevolezza a mera necessità di ricercare una nuova cornice edittale (rinvenuta nel primo comma dell'art. 567 c.p.) da sostituire a quella ritenuta illegittima<sup>131</sup>. In questo contesto, sebbene il raffronto sistematico con altre fattispecie non rappresenti più necessariamente il cuore del giudizio di proporzionalità della sanzione, si può ritenere che l'art. 3, c. 1 Cost. non cessi di giocare ancora un ruolo di primo piano con riferimento alla proporzionalità in materia penale<sup>132</sup>.

Infatti, pur tacendo il fatto che la Consulta ha comunque sancito l'illegittimità della fattispecie *anche* in relazione all'art. 3 Cost., si può affermare che tale dato normativo, ai fini della censura operata dalla Corte, mantenga una fondamentale importanza anche a prescindere da una valutazione in senso stretto fondata su di un *tertium comparationis*.

Nello specifico, il canone della ragionevolezza deve essere inteso, in questa sede, come limite al giudizio circa il difetto di proporzione fra fatto e sanzione. Cercando di meglio chiarificare il concetto, si può sostenere che il giudizio da operare in relazione alle questioni di dosimetria sanzionatoria debba investire i soli casi di sproporzione manifesta, poiché solo questi si presentano come “irragionevoli”,

<sup>130</sup> Così Corte cost., n. 236 del 2016 al par. 4.2 delle considerazioni in diritto.

<sup>131</sup> Infatti, il ruolo del *tertium comparationis* non cessa di avere un rilievo, consistente nel vincolare «l'intervento di “ortopedia giuridica” secondo “grandezze già rinvenibili nell'ordinamento”, in assenza delle quali il vaglio di legittimità costituzionale rischierebbe fatalmente di trascinare nel merito della scelta politico-criminale». Così V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, op. cit., 2111. In altri termini, se la cornice edittale è illegittima, sarà necessario rinvenirne un'altra che sia in ogni caso *predeterminata* sempre dal legislatore.

<sup>132</sup> Evidenziano il mutamento del ruolo del *tertium comparationis* in materia penale, da fondamento della ragionevolezza ad elemento solamente indiziante la sperequazione sanzionatoria V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 221; A. MERLO, op. cit., passim. Sottolinea ancora l'importanza del *tertium comparationis* ai fini della commisurazione della pena D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, 53.

dimostrando pertanto che la giurisprudenza costituzionale rimane ancorata ad uno statuto ancora debole del *proportionality check* in materia penale<sup>133</sup>.

Se non si ragionasse in questi termini, lo stesso bilanciamento fra discrezionalità legislativa e controllo delle scelte in tema di *ius puniendi* risulterebbe infatti gravemente compromesso dall'applicazione di troppo vaghe istanze di proporzionalità fra fatto e sanzione.

Tale funzione perimetrante non deve necessariamente passare per il ben noto modello triadico fondato sul *tertium comparationis*. Infatti, si concorda con l'autorevole opinione di chi evidenzia come la giurisprudenza costituzionale abbia da tempo desunto dall'art. 3 Cost. un canone di razionalità della legge svincolato da una normativa di raffronto e rintracciato nella necessità che l'ordinamento sia conforme a valori di giustizia ed equità, nonché a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica<sup>134</sup>.

Sotto questo punto di vista, prosegue questa argomentazione, «in caso di invalidazione di un divieto, come *criterio di raffronto* funziona la regola di *default*, che postula la libertà di ciò che non sia legittimamente vietato. In caso di invalidazione di una norma speciale più severa (...) vi è sullo sfondo la norma generale applicabile»<sup>135</sup>.

Ancora, qui si azzarda, in caso di censura di un *bis in idem*, funziona l'applicazione di una sola sanzione, quella più grave.

In definitiva, potrà non trattarsi di un *tertium comparationis* in senso stretto, ma, in una prospettiva affine al linguaggio della Corte costituzionale, si tratterà di un canone di razionalità<sup>136</sup>.

Ecco quindi completamente delineati i tratti essenziali del discorso: al fine di evitare di affidare ad un canone nebbioso come quello di proporzionalità la valutazione circa la corretta dosimetria sanzionatoria (in via di principio discrezionale e graduabile), si rende necessario affiancare ad esso un criterio più razionale, che funga da inibitore a derive opportunistiche, identificando il limite nella manifesta sproporzione.

<sup>133</sup> Cfr. sempre V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, op. cit., 2109. Sempre nel senso che la proporzione non assurga a criterio *da solo sufficiente* a sindacare la discrezionalità legislativa D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, op. cit., 49.

<sup>134</sup> In questo senso sempre D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, op. cit., 53.

<sup>135</sup> Sempre D. PULITANÒ, *ibid.*

<sup>136</sup> Questa la conclusione sempre di D. PULITANÒ, *ibid.*

Pare a chi scrive che detta perimetrazione ad opera del criterio di ragionevolezza rappresenti la coordinata ultima su cui si muove il divieto sostanziale di *bis in idem*.

Nello specifico, il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. in materia di dosimetria sanzionatoria, sanciscono la sindacabilità solo nei casi, per così dire autoevidenti, di sproporzione. Sotto questo punto di vista, senza qui intendere porre in alcun modo in discussione la discrezionalità del legislatore nel decidere l'*an*, il *quomodo* ed il *quantum* della pena, si ritiene tuttavia che eventuali meccanismi atti a valutare più volte lo stesso fatto, o elementi dello stesso, al fine di moltiplicare la risposta sanzionatoria, siano *in re ipsa* manifestamente irragionevoli.

Non si ritiene che tale assunto sia controvertibile, per due ordini di ragioni.

Il primo luogo, l'ormai quasi secolare dibattito circa l'estensione dei casi di concorso apparente dimostra proprio l'insopprimibile esigenza che i rapporti fra norme non comportino la multipla qualificazione giuridica e, conseguentemente, un'irrazionale cumulo sanzionatorio, in relazione ad un medesimo fatto<sup>137</sup>.

In secondo luogo, un divieto di *bis in idem* sostanziale si pone come logica conseguenza della stessa *ratio* delle cornici edittali. La previsione di una forbice entro cui il giudice deve muoversi, è noto, nasce da una semplice constatazione: un fatto penalmente riprovevole può manifestarsi secondo innumerevoli modalità differenti, ognuna dotata di un proprio intrinseco disvalore, sicché l'unica soluzione possibile, nell'ottica di adeguare la risposta repressiva statutale, risulta essere quella di affidare al giudice il gravoso compito di valutarne, caso per caso, il disvalore. Pertanto, si ritiene che mediante la predisposizione di una cornice edittale (unitamente alla valorizzazione di taluni elementi circostanziali che permettono di meglio adattare la pena al caso concreto) il giudice sia dotato degli strumenti idonei ad applicare una sanzione che valuti il fatto globalmente inteso<sup>138</sup>. Questa è l'essenza stessa della possibilità di

---

<sup>137</sup> Del resto, che si parli di specialità bilaterale o in concreto, ovvero ancora di teorie pluraliste, l'intento è sempre quello di trovare una regola capace *ex ante* di evitare l'applicazione di più sanzioni in relazione ad un *quid* che si ritiene essere unitario.

<sup>138</sup> Sotto questo punto di vista, basti qui richiamare quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di cornici edittali troppo ampie: «Il principio di legalità richiede che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e non sia manifestamente non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta». Cfr. la già citata Corte cost. n. 299/1992. Del resto, se la cornice edittale risulta rispettosa del principio di legalità e, conseguentemente, deve essere considerata correlata alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta allora non vi è ragione di valutarne più volte al fine di determinate la misura della sanzione.

sussumere un numero non predeterminabile di accadimenti naturalistici all'interno di fattispecie astratte predeterminate.

Solo in presenza di fatti differenti vi potrà eventualmente essere un concorso di pene. In presenza di un *idem*, al contrario, non può esservi una plurima risposta sanzionatoria, a meno di non voler spogliare la cornice edittale della propria naturale essenza, quella di adattarsi alle mutevoli forme degli accadimenti naturalistici. Se una risposta punitiva non viene ritenuta sufficiente, è facoltà del legislatore valutare l'opportunità di inasprirla, operando certamente anche sul minimo o sul massimo edittali, ma gli deve essere precluso agire attraverso la predisposizione di un'ulteriore sanzione, da affiancare alla prima.

In conclusione, due sono le coordinate costituzionali rilevanti per la presente indagine: l'art. 27 Cost., il cui combinato disposto dei commi primo e terzo si pone a fondamento del *ne bis in idem* sostanziale, nell'accezione di *Übermaßverbot*; l'art. 3 Cost., da intendersi come divieto di manifesta irragionevolezza, che ne giustifica il ruolo di limite alla discrezionalità legislativa, dal momento che la predisposizione di sanzioni multiple (*bis*) in relazione al medesimo fatto (*idem*) deve essere considerata come manifestamente irragionevole<sup>139</sup>.

*7. Il ne bis in idem alla luce della collocazione sistematica del concorso apparente di norme. Chiarificazioni circa il ruolo della preclusione rispetto alle teorie della validità e dell'efficacia della norma.*

Collocato sotto l'ombra del trattamento sanzionatorio, il divieto di *bis in idem* sostanziale deve essere posto in relazione ai due diversi modi di intendere il problema della convergenza apparente all'interno della teoria della norma, ossia come fenomeno attinente alla validità di queste, ovvero alla loro efficacia.

---

<sup>139</sup> Cfr. infine A. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1623, il quale evidenzia, seppur in via incidentale in un più ampio ragionamento relativo alla rieducazione del condannato, che il divieto sostanziale di *bis in idem* risulta strettamente legato ai principi espressi dagli artt. 27, commi 1 e 3, e 3 Cost., nonché, quale diritto inviolabile dell'uomo, all'art. 2 Cost. Cfr. anche A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, *op. cit.*, 528 e ss., che considera il *ne bis in idem* sostanziale quale espressione della ragionevolezza e della proporzionalità.



La questione è già stata sommariamente esposta in apertura del presente lavoro, ma necessita di essere meglio sviscerata al fine di comprenderne le relazioni con il divieto sostanziale di doppia punizione<sup>140</sup>. Già si è accennata una preferenza nei confronti della dottrina della validità, indi per cui si rende ora necessario, anche alla luce delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, motivarne la scelta.

Sintetizzando quanto affermato nel primo capitolo, l'impostazione maggioritaria<sup>141</sup>, che ravvisa nella convergenza apparente un problema di validità delle norme, ritiene appunto che detto fenomeno trovi spiegazione nel fatto che la sfera di validità della fattispecie applicabile elida *ab origine* quella delle altre, sottraendo dal loro ambito applicativo determinati fatti<sup>142</sup>.

Tale meccanismo "sottrattivo" si manifesterebbe con particolare forza nel fatto che, se la *lex specialis* venisse meno, per qualsiasi motivo, anche di carattere processuale, non vi sarebbe in ogni caso spazio per una riesumazione della *lex generalis*, proprio perché essa, *ab origine* ed a tutti gli effetti, risulterebbe invalida rispetto a quel determinato accadimento. I fautori della teoria della validità ritengono pertanto che la questione del concorso apparente sia un problema risolvibile sul solo piano astratto-normativo, poiché l'applicabilità di una sola fattispecie non sarebbe altro che il riflesso di una delimitazione di previsione desumibile esclusivamente sul piano delle norme<sup>143</sup>.

L'impostazione che riconduce il fenomeno all'ambito dell'efficacia<sup>144</sup>, invece, parte dal contrario presupposto per cui tutte le norme apparentemente convergenti dovrebbero ritenersi "valide", nel senso che ognuna di esse contemplerebbe il fatto, non ravvisandosi alcun fenomeno di sottrazione da parte della *lex specialis*. In questo senso, l'accertata prevalenza di questa non toccherebbe la sfera di previsione delle altre, incidendo piuttosto, come si è tentato di evidenziare, unicamente sulla loro applicabilità<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> Sul punto si rimanda al Cap. I, par. 3.

<sup>141</sup> Cfr. *ex multis*, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 697 ss.; M. SINISCALCO, *op. cit.*, 49 ss., sembrano aderire a tale impostazione anche, precedentemente, R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 318 ss., 529 ss., nonché 611 ss.; A. MORO, *op. cit.*, 40, nonché 114 ss.

<sup>142</sup> Così, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 64.

<sup>143</sup> In questo senso, limpidamente, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 63, nt. 87.

<sup>144</sup> Cfr., su tutti, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, *op. cit.*, 545 ss.

<sup>145</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 64.

In apertura della presente indagine si è poi affermato che la questione della collocazione sistematica dell'istituto viene generalmente ritenuto un problema di scarso rilievo pratico<sup>146</sup>.

Eppure, si è tentato di dimostrare che da detto inquadramento discende quantomeno un problema ricco di implicazioni concrete: la questione della “sopravvivenza” di talune conseguenze giuridiche del reato c.d. assorbito (*Restwirkungen*)<sup>147</sup>. Chiaro è che, anche prescindendo dalle peculiarità della disciplina tedesca, se s'intendesse il concorso apparente come un problema di *efficacia* delle fattispecie, la conseguenza sarebbe quella di interrogarsi circa l'eventuale sopravvivenza di talune conseguenze giuridiche anche delle norme secondarie<sup>148</sup>.

Ragionando in termini di efficacia, infatti, ci si troverebbe davanti ad una pluralità di norme valide, tutte potenzialmente applicabili al fatto, sebbene una sola di queste, quella primaria, elidrebbe l'applicazione degli effetti delle altre disposizioni. Tuttavia, cosa succederebbe qualora il fattore limitativo (la *lex specialis*), venisse in un secondo momento meno? In tale frangente, la fattispecie secondaria (la *lex generalis*), già *ab origine* valida e potenzialmente applicabile al caso concreto, non troverebbe invero più nessun limite, alcuna ragione, per la sua non applicazione e, pertanto, non si rinverrebbe alcun motivo per cui non bisognerebbe riesumarne gli effetti.

Pertanto, può ritenersi che il problema dell'efficacia si risolva, per le ipotesi di convergenza, *quod poenam*, in modo non dissimile, seppur attraverso un inquadramento dogmatico del fenomeno dell'apparenza radicalmente differente, da quanto accade qualora si ritenga di aderire alla tesi, a suo tempo respinta, che ricostruiva il rapporto fra convergenza reale ed apparente nei termini di regola ed eccezione<sup>149</sup>. Chiaramente, aderendo a tale seconda impostazione, rimarrebbe in ogni caso aperto il problema della

<sup>146</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 66 ss.

<sup>147</sup> Si rimanda a quanto affermato circa i rapporti fra il concorso apparente e la disciplina della commisurazione della pena nell'ordinamento tedesco, in cui il dibattito risulta maggiormente approfondito, *infra*, par. 4.1 e 5. Cfr. in particolare F. GEERDS, *op. cit.*, 166 ss.; T. VOGLER, *op. cit.*, 719 ss.; H. WEGSCHEIDER, *op. cit.*, 171. Nella dottrina nostrana, evidenzia tale problematica M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 87, il quale sottolinea che non mancano esempi di impostazioni teoriche che, partendo dal piano dell'efficacia della norma, ricollegano al reato eclissato una vasta gamma di possibili conseguenze giuridiche. Sul punto, l'Autore richiama R. GARCIA ALBERO, “Non bis in idem” *material y concurso de leyes penales*, 188 ss.

<sup>148</sup> Chiaro è che, risolvendo il concorso apparente in una generica inefficacia della norma secondaria comporterebbe anche la necessità di stabilire quali e quanti dei possibili effetti di questa potrebbero sopravvivere, pur se ad esplicitare effetti in punto sanzionatorio sarebbe solamente quella primaria.

<sup>149</sup> Sul punto si rimanda al Cap. I, par. 3.

possibile sopravvivenza della norma secondaria, pur in presenza di un concorso apparente di fattispecie.

Non si deve infatti cedere all'idea che l'assenza di efficacia di una norma, per come è intesa in tema di concorso apparente, abbia come conseguenza la mancata considerazione *in toto* della stessa: venendo meno la norma principale, ci si troverebbe di fronte ad una fattispecie, quella secondaria, corrispondente in tutti i suoi elementi al fatto, sicché non si vede perché, eliminato il fattore limitativo dell'efficacia (la norma principale), essa non debba essere applicata (e, pertanto, riesumata), se non per effetto di ulteriori circostanze, tuttavia esterne alla fattispecie incriminatrice stessa, come la prescrizione, o l'avveramento di una causa estintiva del reato.

L'esperienza tedesca sul punto è illuminante: nei casi di *Gesetzeskonkurrenz* differenti dai rapporti di genere a specie vi è la possibilità di “riesumare” la norma secondaria ai fini della commisurazione della pena. Ma pur senza andare a “scomodare” altre esperienze ordinamentali, basti pensare che una delle impostazioni teoriche nostrane che sposa la prospettiva della efficacia, attribuisce *almeno* un effetto anche al reato assorbito: le conseguenze civilistiche in favore dei danneggiati<sup>150</sup>.

A ritenere che il concorso apparente consista di norme tutte egualmente valide ma inefficaci comporta, in definitiva, il rischio della sopravvivenza della fattispecie secondaria, specie nel momento della quantificazione della sanzione. Una vera e propria riesumazione risulterebbe impossibile per ogni suo aspetto solamente nelle ipotesi di stretta specialità, dal momento che ogni elemento rilevante del fatto tipico sarebbe presente tanto nella fattispecie speciale, quanto in quella generale<sup>151</sup>. In altri termini, siccome nei casi di specialità si instaura un rapporto esclusivamente strutturale fra

---

<sup>150</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, *op. cit.*, 203, in particolare nt. 21, ove si porta l'esempio del rapinatore della banca che, durante l'azione criminosa, commette violenza privata sulle proprie vittime. In questo caso, l'Autore ritiene assorbita la violenza nella rapina, senza che ciò pregiudichi il diritto al risarcimento del danno dipendente dalla violenza in capo a queste. Ancora, viene portato l'esempio della violazione di domicilio, assorbita nel furto aggravato, che tuttavia non pregiudica il risarcimento di tutti coloro, condomini compresi, che hanno subito la violazione del domicilio. Il tutto, secondo l'Autore, ben sottolineando che, in ogni caso, tale “sopravvivenza” non avviene nei casi di specialità, stante l'operatività di detto criterio sul piano logico-strutturale dei rapporti fra norme, cfr., *ibid.*, 199.

<sup>151</sup> Si rimanda nuovamente alle considerazioni svolte nel par. 5 del presente Capitolo, ed in particolare a I. PUPPE, *Funktion*, *op. cit.*, 161, la quale osserva che pure nell'ipotesi contraria, ossia nel caso in cui non si voglia accordare alcun effetto alla norma secondaria, il risultato sarebbe un ingiustificato, seppur piccolo, privilegio per il reo.

fattispecie astratte, risulta logicamente impossibile residuare alcun effetto ulteriore alla fattispecie generale.

Proprio dalla specialità, unico vero elemento positivizzato dal legislatore in tema di concorso apparente, si deve partire, al fine di un più corretto inquadramento del fenomeno all'interno della teoria della norma. Chiaro è che, infatti, essendo l'art. 15 c.p. l'unico dato normativo positivizzato dal legislatore, qualsiasi ragionamento sul tema non può prescindere da esso.

Tanto per la dottrina tedesca quanto per quella italiana, si è visto, risulta infatti pacifico che nessuna riesumazione delle fattispecie secondarie può aversi sul piano dei rapporti logico-strutturali fra fattispecie: in definitiva, nei soli casi di specialità *strictu sensu* intesa<sup>152</sup>. L'operatività della *lex specialis*, infatti, esclude *in toto* la possibilità di riesumare la *lex generalis* anche laddove venga successivamente meno la possibilità di applicare la prima<sup>153</sup>.

Al fine di meglio chiarificare il concetto, si pensi alle ipotesi nelle quali la *lex specialis*, più mite, sia perseguibile a querela, mentre la fattispecie generale, più grave, risulti invece soggetta al regime di procedibilità d'ufficio<sup>154</sup>.

Scendendo sul piano delle concretezze, poniamo il caso del rapporto fra gli artt. 626, n. 1 (furto d'uso) e 624 c.p. (furto semplice)<sup>155</sup>. Sebbene l'esempio non sia più attuale, a causa dell'introduzione nell'art. 624 c.p. del regime di procedibilità a querela, operato con la l. n. 205/1999, esso può in ogni caso essere utile per meglio comprendere la questione: Tizio si appropria dell'automobile di Caio, contro la sua volontà, per poi

<sup>152</sup> Ci si riserva in ogni caso di meglio approfondire la questione in relazione alla specialità bilaterale nel quarto capitolo. Cfr., in particolare, Cap. IV, par. 2.

<sup>153</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, op. cit., 199. Per la dottrina tedesca cfr. E. BELING, op. cit., 305 ss.

<sup>154</sup> Cfr. anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 707, il quale prospetta anche ulteriori ipotesi, come quella in cui la norma prevalente ricada entro un provvedimento di amnistia. Ragionando in termini di efficacia, afferma l'Autore, non dovrebbe concludersi per l'applicazione della norma soccombente, poiché anch'essa valida, seppur inefficace?

<sup>155</sup> Per dare più forza all'esempio, si consentano due preliminari considerazioni. In primo luogo, non si dubita del fatto che l'art. 626 c.p. disciplini tre differenti titoli autonomi di reato e non delle ipotesi circostanziali, in accordo alla dottrina ed alla giurisprudenza maggioritaria, sicché si può parlare a tutti gli effetti di concorso apparente di fattispecie e non di rapporto fra elementi costitutivi ed accessori del reato. Cfr. *ex multis*, F. MANTOVANI, voce *Furto*, in *Digesto pen.*, V, Torino, 1991, 384; nonché Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Cass. pen.*, 1989, 758 ss. In secondo luogo, non si ritiene possa sussistere alcun dubbio circa la natura strutturalmente ed unilateralmente speciale dell'art. 626 c.p., rispetto alla fattispecie di furto semplice: Se non ci si inganna, l'uso momentaneo della cosa (art. 626 n. 1 c.p.); la tenuità di valore delle cose mobili ed il requisito del grave ed urgente bisogno (art. 626 n. 2 c.p.); nonché le particolari modalità del "spigolare, rastrellare e raspollare" nei fondi altrui (art. 626 n. 3 c.p.) sono tutti elementi specializzanti rispetto alla più generale ipotesi dell'impossessamento di cose mobile altrui (art. 624 c.p.).

riconsegnargliela immediatamente dopo l'utilizzo. Nelle more del giudizio, tuttavia, Caio decide di rimettere la querela in considerazione del lieve pregiudizio subito. In tale frangente, stante l'effetto estintivo del reato causato dall'atto di rimessione, risulterebbe impossibile per il giudice riqualificare normativamente il fatto come furto semplice, in modo tale da "aggirare" l'intralcio della mancanza di una condizione di procedibilità<sup>156</sup>.

L'esempio qui prospettato impone tuttavia un breve *excursus*, relativo alle vecchie fattispecie di false comunicazioni sociali, introdotte dal d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61. Si ritiene infatti doveroso richiamare la ormai superata disciplina degli artt. 2621 e 2622 c.c. proprio perché con essa il legislatore aveva previsto un'ipotesi "da manuale" di specialità, in cui la fattispecie speciale era punita a querela della persona offesa, mentre quella generale risultava procedibile d'ufficio<sup>157</sup>. I due illeciti erano pressoché identici, differenziandosi solamente per uno specifico elemento: l'art. 2622 c.c. richiedeva anche che la condotta avesse cagionato un danno patrimoniale ai soci o ai creditori, costituendo pertanto un'ipotesi speciale per aggiunta rispetto all'art. 2621 c.c. Tuttavia, la disciplina risultava quanto mai illogica nel prevedere che la fattispecie delittuosa speciale, più grave, fosse procedibile a querela, a fronte di un illecito contravvenzionale, meno grave, perseguibile d'ufficio.

Proprio tale "stranezza" ha dato adito ad un acceso dibattito circa la possibilità o meno di applicare la fattispecie generale dell'art. 2621 c.c. nei casi di mancanza o remissione della querela richiesta dall'art. 2622 c.c. Sul punto, la dottrina maggioritaria ha dato risposta affermativa, ritenendo possibile procedere *ex art.* 2621 c.c. pur in presenza di un danno patrimoniale, unitamente alla mancanza o alla rimessione della

<sup>156</sup> Cfr., per lo stesso esempio, G. DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2003, nt. 41, il quale retoricamente si chiede: «è forse mai venuto in mente a qualcuno che l'improcedibilità per difetto di querela dell'azione penale per furto d'uso (art. 626, comma 1, n. 1, c.p.) potesse far "rivivere", rispetto al caso concreto, la norma incriminatrice generale del furto comune (art. 624, c.p.) perseguito d'ufficio fino alla riforma del 1999 (art. 12, l. 25 giugno 1999, n. 205)?».

<sup>157</sup> Ritengono sussistente il rapporto di specialità, fra i tanti, M. DONINI, *Abolition Criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. Pen.*, 4/2002, 1254 s.; L. GIZZI, *Brevi osservazioni in tema di bene giuridico e soglie di non punibilità nei reati di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 12/2004, 3970; T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 5/2002, 1598 ss., 1605. Più in generale, per maggiori approfondimenti sulla vecchia riforma dei reati societari, cfr., *ex multis*, A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002; F. GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

querela<sup>158</sup>. Solo pochi Autori, a causa della sussistenza di un rapporto di specialità, evidenziavano l'impossibilità di pervenire all'applicazione della fattispecie generale<sup>159</sup>.

Tale concorde volontà di riesumare la *lex specialis* potrebbe pertanto indurre a sconfessare quanto poc'anzi affermato circa l'operatività del criterio di specialità sul piano dei rapporti di validità delle norme.

Tuttavia, sia consentito dubitare che la vicenda delle false comunicazioni sociali, *ante* riforma del 2015, costituisca un reale ostacolo a quanto qui si tenta di sostenere, per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, a causa del fatto che la predetta soluzione risultava giustificata a causa della presenza, nell'art. 2621 c.c., di una clausola di riserva, sicché si è ritenuto in dottrina che la stessa potesse derogare alle conseguenze di un'applicazione *de plano* della regola *lex specialis derogat legi generali*. In tal senso, dovrebbe ritenersi che la riesumazione della fattispecie generale sarebbe avvenuta, in tale frangente, *nonostante* la presenza di un rapporto di specialità<sup>160</sup>. Può pertanto ritenersi che questo percorso interpretativo, lungi dal porsi in antitesi rispetto alla concezione che ritiene impossibile riesumare la *lex generalis* pur nei casi di mancata applicazione della *lex specialis*, al contrario ne fornisca un'indiretta conferma. In altri termini, o si valorizzava la presenza

<sup>158</sup> Così, su tutti, A. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 6/2001, 1345 ss.; M. DONINI, *Abolito criminis*, *op. cit.*, 1279; F. GIUNTA, *op. cit.*, 5; A. LANZI, C.M. PRICOLO, *Art. 2621 c.c.*, in A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di) *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 23; T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, *op. cit.*, 1606 ss.; D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 934 ss. S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 681 ss.

<sup>159</sup> In quest'ultimo senso A. ALESSANDRI, *op. cit.*, 198-199; G. DE VERO, *I reati societari*, *op. cit.*, par. 6. Lo stesso M. DONINI, *Ibid.*, pur finendo per evidenziare la necessità di applicare l'art. 2621 c.c. pur a fronte dell'inapplicabilità della fattispecie di cui all'art. 2622 c.c., sottolineava l'impossibilità di «accollare l'offesa di pericolo dopo che si è verificato il danno: lo avrebbe imposto il semplice rispetto del principio di specialità (art. 15 c.p.)».

<sup>160</sup> Una simile interpretazione era infatti supportata dal fatto che la clausola di riserva prevista ad *incipit* dell'art. 2621 c.c. originariamente prevedeva una differente dizione, «salvo che il fatto non abbia cagionato un danno patrimoniale ai soci o ai creditori», modificata poi in «salvo quanto previsto dall'art. 2622», proprio per la paura che la formulazione delle due norme potesse portare all'impossibilità di applicare la contravvenzione nelle ipotesi di mancanza della querela o di remissione della stessa. Per una più approfondita disamina delle osservazioni svolte dalle Commissioni parlamentari cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, *op. cit.*, 44 ss. Cfr. anche M. DONINI, *Abolito Criminis*, *op. cit.*, 1254 ss.; D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario*, *op. cit.*, 934 ss. Da rilevarsi invece che solamente T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, *op. cit.*, 1605 ss., ritiene che l'applicazione dell'art. 2621 c.c. in difetto o remissione della querela avvenga non a discapito dell'art. 15 c.p., quanto proprio *in forza* di esso, ponendosi però in radicale contrasto con gli orientamenti maggioritari in tema di concorso apparente di norme. Pare invece più coerente con la dogmatica in tema di convergenza di fattispecie il percorso argomentativo di F. GIUNTA, *op. cit.*, 4 ss., il quale, al fine di giustificare l'applicabilità della *lex generalis*, richiama proprio la teoria dell'efficacia quale fondamento del concorso apparente, in luogo di quella della validità.

della clausola di riserva proprio al fine di evitare le conseguenze dell'applicazione dell'art. 15 c.p., oppure si doveva ritenere che essa fosse del tutto superflua, considerando così inapplicabile l'art. 2621 c.c. nei casi di mancanza/remissione della querela<sup>161</sup>.

In secondo luogo, deve rilevarsi che la stessa opinione maggioritaria, nell'ammettere la sopravvivenza della *lex generalis*, sottolinea in ogni caso la discutibilità di una simile interpretazione, considerata tuttavia imposta dalla necessità di «salvare il salvabile» di una riforma considerata manifestamente irragionevole ed irragionevole<sup>162</sup>. In altri termini, quel che si scorge in questa impostazione è l'esigenza di forzare il dato normativo spinti dalla preoccupazione di salvare la legittimità costituzionale della disciplina del 2002<sup>163</sup>.

Pertanto, si è convinti che la vicenda delle vecchie fattispecie di false comunicazioni sociali non metta in discussione quanto precedentemente affermato ma, al contrario, gli sforzi interpretativi tesi a valorizzare la summenzionata clausola di riserva indirettamente ne danno conferma: la presenza della *lex specialis* esclude *in toto* la riesumazione della fattispecie generale.

Ciò assodato, risulta chiaro che, nella prospettiva della sopravvivenza della norma secondaria, la tesi più idonea a spiegare il fenomeno della convergenza risulta essere quella della validità, in considerazione del fatto che l'unico criterio positivamente posto dal legislatore, l'art. 15 c.p., comporta proprio l'impossibilità di riesumare alcun aspetto della fattispecie generale, pur se, in un secondo momento, quella speciale dovesse venir meno.

<sup>161</sup> In quest'ultimo senso, G. DE VERO, *I reati societari*, op. cit., 720 ss.

<sup>162</sup> La citazione è di M. DONINI, *Abolitio Criminis*, op. cit., 1280 s., che sostiene che «non sembra consentito sottrarsi al rilievo che una tale correzione ermeneutica, in realtà modifica realmente il dettato legislativo», proseguendo poi sottolineando che «la pessima tecnica legislativa della riforma, al riguardo, consente allora di recuperare una lettura pubblicistica 'dentro' una fattispecie che invece è stata scritta in chiave pubblicistica», cit. 1279-1280. In senso critico G. DE VERO, *I reati societari*, 720 ss., il quale sottolinea che una simile operazione sarebbe in ogni caso incompatibile col dato letterale della disposizione.

<sup>163</sup> Nuovamente, M. DONINI, *Abolitio Criminis*, *Ibid.* Sul punto anche D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario*, op. cit., 934 ss. Deve infatti rilevarsi che l'irrazionalità che connotava le vecchie fattispecie di false comunicazioni sociali derivava proprio dall'aver previsto il regime di procedibilità a querela per la fattispecie più grave, creando un'irrazionalità che, sfruttando il meccanismo del concorso apparente di norme, avrebbe comportato un'intollerabile sfera di impunità. Tuttavia, si ritiene che tale osservazione non possa mettere in discussione il particolare modo di operare del criterio di specialità, poiché, in tale frangente, ci si trova dinanzi ad una disciplina del tutto irragionevole, che, in mancanza della clausola di riserva, sarebbe stata con ogni probabilità passabile di illegittimità costituzionale.

La preferenza nei confronti della dottrina della validità risulta poi ulteriormente chiarificata se rapportata alla seconda ragione che induce a ripiegare sul terreno della validità: ragionare sul campo dell'efficacia, comporterebbe ammettere che una convergenza *reale* di fattispecie su di un fatto in realtà avviene, riservandosi poi di eliderne gli effetti in un secondo momento. Un simile ragionamento, tuttavia, rievoca necessariamente la tralatizia concezione del concorso apparente come mera deroga, in punto sanzionatorio, al concorso di reati e, conseguentemente, la già criticata opinione che li pone in rapporto di regola-eccezione<sup>164</sup>.

Ancora, tale concezione conduce a rendere nebulosa la distinzione fra concorso formale ed apparente non solo da un punto di vista applicativo, bensì anche, a monte, in punto di inquadramento dogmatico: anche l'art. 81, c. 1 c.p., infatti, nel prevedere il cumulo giuridico, risolve *quod poenam* l'applicazione di più fattispecie, tutte valide rispetto al fatto storico. Certamente, non si dimentica che il concorso formale di reati si colloca entro i confini della teoria generale del reato e non, come nel caso della convergenza apparente, nella teoria della norma. Eppure, la differenza, anche dogmatica e concettuale, fra i due fenomeni si ridurrebbe drasticamente<sup>165</sup>.

Sembra allora di poter sostenere che solo i casi di validità rientrano propriamente nel terreno del rapporto fra norme, ove il problema dell'efficacia riguarda piuttosto i rapporti fra la norma (o più norme) e la fattispecie concreta, potendosi presentare non solo come problema di applicabilità della norma, ma anche come questione di applicabilità (o meno) della sanzione (o di più sanzioni).

Pertanto, deve ritenersi che intanto una norma è applicabile e, pertanto, produttrice di effetti, e l'altra non è applicabile e, conseguentemente, improduttiva di effetti nei confronti del fatto, in quanto questo *ab initio* rientra nella sola sfera di previsione della prima e non della seconda<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr. Cap. I, par. 3. Basti qui ricordare che, se così fosse, l'apparenza si risolverebbe *quod poenam*, ma tale collocazione non sarebbe in grado di spiegare la *ratio* in base alla quale più reati tutti validi debbano essere puniti con una sola pena. Ancora, se fosse ravvisabile un rapporto di regola-eccezione le conseguenze risulterebbero chiare: nei casi dubbi la preferenza andrebbe sempre concessa al principio giuridico regolare, ossia il concorso di reati, in aperto contrasto con il *favor rei*. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 66.

<sup>165</sup> Similmente, sempre, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 704-705. L'autore, nel sottolineare il rischio che, ragionando in termini di efficacia, risulti impossibile distinguere concettualmente le due forme di convergenza, ritiene che, ad operare in questi termini, non si rinviene alcuna ragione in base alla quale ritenere che più norme, tutte egualmente valide, determini tuttavia l'applicabilità di una sola sanzione.

<sup>166</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 698-699.



Infatti, l'apparenza con cui si denota questo particolare tipo di convergenza sta proprio a denotare l'idoneità di una ed una sola norma a qualificare normativamente il fatto. In questo senso apparente non è soltanto la pluralità delle applicazioni, bensì, a monte, la stessa *pluralità delle qualificazioni normative*<sup>167</sup>. Conseguentemente, un fatto che ad un primo sguardo, *presistemico*, ricadrebbe entro la previsione di più fattispecie incriminatrici, appartiene invero esclusivamente alla sfera di previsione di una sola di queste.

«In ciò l'essenza dell'apparenza della convergenza»<sup>168</sup>.

### 7.1. *Qualche necessaria puntualizzazione in tema di rapporti fra dottrina della validità e sottrazione del fatto concreto alla sfera di previsione della fattispecie generale.*

In definitiva, la scelta fra convergenza reale ed apparente, scarnificata nella sua più pura essenza, concerne la questione se un determinato fatto debba essere qualificato giuridicamente una sola o più volte. Del resto, anche la terminologia con la quale si indicano i fenomeni di concorso è indiziante: se il concorso materiale e formale riguardano i *reati*, quello apparente è, per l'appunto, un concorso di *norme*. Ciò proprio perché l'apparenza della convergenza si situa già ad un livello astratto, fra fattispecie normative, prescindendo totalmente dal concreto atteggiarsi dei singoli accadimenti concreti. Chiaro è che una siffatta operazione risulta concepibile solamente a patto di ritenere che il concorso apparente di norme si risolva già sul piano normativo astratto, sicché l'inefficacia delle fattispecie solo apparentemente concorrenti deriva non dall'elisione degli effetti di altre disposizioni egualmente valide, bensì dalla circostanza che l'ambito applicativo di una fattispecie, quella speciale, "erode" già sul piano dei rapporti fra norme la validità della fattispecie generale<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> Già R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 370 evidenziava: «a noi non sembra possibile sostenere la *plurima violazione* di norme madri – sia pure appoggiandosi alla unicità nella applicazione –, ed affermare tuttavia che si ha *unicità di reato*. Se si ha violazione di *più norme* (cioè norme esprimenti titoli autonomi di reato), si ha pluralità di reati, *anche se* una sola norma (vale a dire una sola *sanzione*) è poi applicata. Da ciò non si sfugge che ammettendo l'*inapplicabilità (ab initio)* di tale sanzione».

<sup>168</sup> In questi termini, diffusamente F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, 698-699.

<sup>169</sup> Sul punto, cfr. C. SOTIS, *op. cit.*, 462, secondo il quale «se più accadimenti debbono essere qualificati come un solo reato (...) non si pone un problema di concorso di reati perché a quel fatto corrisponde un unico reato o – detta all'inverso – perché quel concorso di norme deve essere valutato come apparente».

Tuttavia, la scelta in favore della teoria della validità comporta la necessità di affrontare una conseguenza teorica di non poco conto, ossia quella spiegare cosa intende questa impostazione quando afferma che le fattispecie secondarie non contemplanò il fatto.

Invero, la dottrina sul punto non sempre è risultata cristallina: la questione del rapporto di validità fra norme viene generalmente esplicata nei termini di un “rapporto di rango” fra più disposizioni, tale da determinare «la validità di una sola di esse in una situazione storica»<sup>170</sup>; ovvero nei termini di norma la cui applicabilità risulta condizionata all’applicazione (o non applicazione) di altra od altre norme, grazie all’utilizzo di criteri che le collocherebbero in ranghi diversi, ovvero che ne delimitino le competenze<sup>171</sup>; ancora, e qui la riflessione è più specifica, il fenomeno dell’erosione della sfera di validità viene spiegato nella presenza nelle fattispecie soccombenti, in forza di un’interpretazione sistematica, di una «clausola che esprime in modo negativo gli elementi specializzanti descritti positivamente nelle fattispecie prevalenti»<sup>172</sup>.

Orbene, la principale questione che preme qui sottolineare è che tale fenomeno di “sottrazione” non deve essere inteso come una delimitazione che agisce sul piano della tipicità, rendendo atipici, rispetto alla *lex generalis*, i fatti previsti dalla *lex specialis*.

Al contrario, si deve ritenere che il fatto concreto sia a tutti gli effetti tipico anche in relazione alla fattispecie soccombente, benché essa risulti “invalida”, rispetto ad esso. Ragionando altrimenti, verrebbe meno lo stesso presupposto della convergenza (l’insistenza, *prima facie*, di più fattispecie sul medesimo fatto), reale od apparente che sia.

In buona sostanza, ciò che accade, sul piano dei rapporti fra norme, non è altro che un *condizionamento sistematico normativo*, tale per cui la sfera di previsione

<sup>170</sup> In questi termini A. MORO, *op. cit.*, 115-116.

<sup>171</sup> Così M. SINISCALCO, *op. cit.*, 50.

<sup>172</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 705, nonché, in particolare 708-709, ove l’Autore riporta più d’un esempio esplicativo: così la fattispecie di rapina comporterebbe la presenza di una clausola negativa del furto, tale per cui la fattispecie disciplinata dall’art. 624 c.p. dovrebbe essere letta nei seguenti termini: “chiunque [senza usare violenza alla persona o minaccia] s’impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri ...”; oppure ancora, per quanto concerne il rapporto fra ingiuria ed oltraggio: “Chiunque offende l’onore o il decoro di una persona presenta [che non sia un pubblico ufficiale nell’esercizio di un atto di ufficio ed a causa o nell’esercizio delle sue funzioni]”.

dell'illecito generale viene compreso a causa della *coesistenza* di questo con altro illecito speciale.

Ancora, detto condizionamento sistematico si ha non solo a causa della contemporanea esistenza di fattispecie generiche e specifiche, ma, più nello specifico, *fintanto che vi è coesistenza*.

Tale ultimo assunto è particolarmente rilevante, proprio perché nella differenza fra coesistenza (specialità sincronica) e successione (specialità diacronica) di norme si ritiene possa rinvenirsi conferma di quanto sopra menzionato: la delimitazione dell'area di intervento di una norma incriminatrice, ad opera di altra, speciale, non comporta una restrizione del fatto tipico della prima, ma solo, appunto, un condizionamento limitativo dato dalla contemporanea presenza delle due norme all'interno di un dato ordinamento<sup>173</sup>.

In particolare, il riferimento è alle ipotesi in cui vi sia un'abrogazione c.d. "secca" della norma incriminatrice speciale (ossia senza contestuale introduzione di nuove fattispecie, sostitutive o modificative di quella abolita), a cui corrisponde la riespansione della disposizione generale superstite. Trattasi, più propriamente, di un fenomeno di *abolitio criminis*, come tale rientrante nella disciplina del secondo comma dell'art. 2 c.p., ove tuttavia il fatto risulta sussumibile anche nella fattispecie generale, non interessata da alcun fenomeno abrogativo o successorio. In altri termini, in tale frangente «invece che una successione temporale di leggi penali (...) si verifica piuttosto l'espansione di una norma preesistente (...) a seguito della caducazione per abrogazione di una norma coeva»<sup>174</sup>.

In tale frangente, risulta chiaro che la riespansione della *lex generalis*, per i fatti commessi durante la vigenza della *lex specialis*, in tanto possono essere ricompresi nella prima in quanto tipici anche nei confronti di essa. In questo senso, i fatti ricadenti sotto la fattispecie speciale risultano sì sottratti all'area di intervento dell'illecito generale, ma

---

<sup>173</sup> Con una specificazione. Il riferimento, qui menzionato, alla specialità diacronica come "successione di norme" non deve essere inteso nel senso della successione c.d. mediata di leggi penali nel tempo, a cui corrisponde la disciplina dell'art. 2, co. 4 c.p., quanto, più in generale, alle ipotesi in cui due fattispecie, una speciale ed una generale, passino da una iniziale situazione di coesistenza ad altra in cui una delle due viene abrogata.

<sup>174</sup> Così Cass. pen., SS. UU., 27 giugno 2001, n. 29023, in *Cass. pen.*, 2/2002, 482 ss., con nota di C. LAZZARI, *L'abrogazione del reato di oltraggio: la parola alle Sezioni Unite*, 487 ss. La vicenda riguardava l'abrogazione del reato di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p.), che ha comportato la contestuale "riespansione" della più generica fattispecie di ingiuria aggravata (artt. 594 e 61, n. 10 c.p.).

ciò comporta soltanto una “parziale invalidità” di quest’ultimo, e non anche una restrizione del fatto tipico, corrispondente all’operatività della *lex specialis*<sup>175</sup>.

Chiaro è che, fintanto che vi è coesistenza, la *lex specialis*, pur se in concreto non applicabile, continuerà a “sottrarre” le ipotesi da essa disciplinate dall’applicabilità della *lex generalis*. Laddove invece detta coesistenza, necessaria perché si abbia convergenza, venga meno, allora cesserà anche di esistere detta limitazione, sicché la fattispecie generale rivive, nell’ipotesi sopramenzionata, proprio perché la *lex specialis* viene espunta dall’ordinamento<sup>176</sup>.

Del resto, ciò non significa altro che la *lex specialis*, seppur venga meno *in relazione al caso concreto*, continua ad esplicare i suoi rapporti con le altre disposizioni dell’ordinamento, ad ulteriore riprova dell’operare del criterio di specialità sul terreno dei rapporti fra norme e non nella mera fase effettuale delle stesse. Così non può essere invece qualora si muova dalla diversa prospettiva della dottrina dell’efficacia: se l’efficacia della norma speciale, ossia la sua capacità di esplicare effetti sul caso concreto, comportasse il venir meno di quella di altre disposizioni, allora l’impossibilità di applicare la *lex specialis*, pur se essa continua ad esistere nell’ordinamento, comporterebbe la riespansione degli effetti delle altre norme solo apparentemente concorrenti, perché il fattore limitativo, secondo questa impostazione, è dato proprio dalla capacità della fattispecie speciale di esplicare i propri effetti. Al contrario, ragionando sul piano della validità delle norme, solo la circostanza che la *lex specialis* venga abrogata dal legislatore comporterà una riespansione della *lex generalis*. Quest’ultima troverà automatica riespansione, includendo nella propria disciplina le ipotesi ad essa sottratte dalla fattispecie speciale, proprio perché (e solo perché) quest’ultima viene “espunta” dall’ordinamento. In definitiva, «il fatto stesso della abrogazione della norma limitatrice sta a significare la *voluntas legis* di riportare tali ipotesi sotto la previsione della norma da quella delimitata»<sup>177</sup>.

<sup>175</sup> Parla di invalidità parziale della fattispecie soccombente anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 701.

<sup>176</sup> Pertanto, l’assunto, esplicitato nel precedente paragrafo, in base al quale la *lex specialis* esclude *in toto* la riesumazione della *lex generalis* anche qualora per qualsiasi motivo essa venga meno, va ulteriormente specificato nel senso che ciò avviene in quanto la prima esista nell’ordinamento.

<sup>177</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 701, nonché 705. Sul punto si rimanda anche a R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 325, il quale parla proprio di “elasticità nei confini delle norme”, riconoscendo alle stesse «una proprietà di espandersi secondo la maggiore o minore pressione dell’ambiente giuridico»; nonché a D. DONATI, *L’abrogazione della legge*, in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 159 ss., il quale ritiene che, in caso di deroga, la norma derogante limiti

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, può rilevarsi che il punto focale del ragionamento, per quanto concerne la teorica dei rapporti fra le sfere di validità delle norme, consiste nel passaggio da una visione presistemica ad una sistemica del dato legislativo<sup>178</sup>. Sotto questo punto di vista, in definitiva, l'approccio che rinviene nella delimitazione della sfera della validità della norma soccombente il cuore pulsante del concorso apparente di norme ritiene che il criterio di specialità non sia altro che un "mezzo tecnico" per immediatamente individuare e ricostruire, in base ad una *interpretazione sistematica*, le norme nella loro reale portata e nei loro reali limiti, in considerazione del fatto che «la ricostruzione delle valutazioni effettuate dal legislatore fa capo all'intero ordinamento giuridico e la conseguente determinazione della reale fattispecie legale, della tipicità, è data dal coordinamento della disposizione penale e dei suoi limiti»<sup>179</sup>.

Siffatte considerazioni nascono infine da due ordini di considerazioni. In primo luogo, dal ruolo svolto dalla specialità all'interno dell'intero ordinamento giuridico,

---

solamente in via contingente la norma derogata, sicché quest'ultima «resta potenzialmente del tutto integra». Pertanto, nel caso venga abrogata la norma derogatoria (ossia, ci si permette di specificare, la *lex specialis*), riacquisterà piena efficacia la norma derogata, «ma ciò non in forza della dichiarazione di abrogazione, ma della espansività propria della efficacia di quella». Questo è ciò che, in definitiva, accade nel caso di abrogazione secca della norma speciale. Si consenta poi di richiamare a sostegno di tali argomentazioni anche il diverso fenomeno della declaratoria di incostituzionalità delle norme penali di favore. In tale frangente, la Corte ammette, sin dalla sentenza 3 giugno 1983, n. 148, un eccezionale controllo di legittimità con effetti *in malam partem* proprio perché la censura della norma speciale di favore, comportando la riespansione di una fattispecie generale *già presente* nell'ordinamento, non va a ledere le prerogative politico-criminali del legislatore tutelate dall'art. 25, co. 2 Cost. Cfr. sul punto Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Dir. e Giust.*, 46/2006, 34 ss. con note di V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, 28 ss.; M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2/2007, 467 ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali*, in *Giur. Cost.*, 6/2006, 4160 ss.; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2007, 321 ss. Tale fenomeno risulta particolarmente interessante proprio perché la stessa Corte costituzionale evidenzia che questo fenomeno di riespansione della fattispecie generale «costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale». Ancora, la Consulta, dopo aver ricondotto la categoria delle norme penali di favore alla specialità strutturalmente intesa, ex art. 15 c.p., sottolinea proprio che «la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento», così riconoscendo l'operatività di questo meccanismo di sottrazione nei casi di coesistenza (specialità sincronica) e non in quelli in cui una delle due norme venga abrogata (specialità diacronica). Cfr. par. 6.1. e ss. delle considerazioni in diritto.

<sup>178</sup> Evidenzia l'importanza del passaggio ad una visione sistemica del dato normativo F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 604, 607, nonché, in particolare, 698-699. Se non ci s'inganna, la valorizzazione dei rapporti fra norme, regolati da criteri agenti entro il contesto di un approccio sistematico del dato normativo si rinviene, seppur implicitamente in A. MORO, op. cit., 114 ss.; M. SINISCALCO, op. cit., 50 ss.

<sup>179</sup> Così, sempre, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 607, nonché, per la citazione, 704.

positivizzato dall'art. 15 c.p. sullo specifico terreno del concorso apparente di norme. Pare infatti di poter affermare che detto criterio, quanto meno nella sua accezione più ristretta, quella unilaterale, abbia sempre trovato indiscussa applicazione in tutti i settori dell'ordinamento, data la sua natura di "canone del ragionamento logico-giuridico" (*in toto jure generi per speciem derogatur*), e, più nel dettaglio, come criterio di interpretazione sistematica<sup>180</sup>. In altri termini, esso trova applicazione, assieme a quelli gerarchico, cronologico e di competenza per la risoluzione delle antinomie<sup>181</sup>.

In secondo luogo, si evidenzia che anche in settori differenti da quello penalistico si ritiene che, nei casi di specialità, «l'antinomia è eliminata per via di interpretazione mediante la regola *generi per speciem derogatur*, giusta la quale la concorrenza dei due comandi induce ad interpretare il più ampio nel senso restrittivo escludendone i casi regolati dal meno ampio»<sup>182</sup>. Questa conclusione risulta particolarmente interessante, poiché descrive un criterio i cui effetti ben si coniugano con l'idea di delimitazione della sfera di validità delle norme riportata nelle pagine precedenti<sup>183</sup>. Ciò avviene, si ritiene, in virtù di una particolare considerazione: essendo

---

<sup>180</sup> Già si è descritto il criterio in questi termini, cfr. Cap. I, par. 4. Che la specialità sia un criterio di carattere logico ed attinente allo stesso momento interpretativo è generalmente riconosciuto in dottrina, così come, al pari, si riconosce allo stesso una generale valenza anche a prescindere da una sua espressa enunciazione da parte del legislatore. Cfr., in questi termini I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 5; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, *op. cit.*, 79; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 288; G. CONSO, *op. cit.*, 104-105; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, *op. cit.*, 158; G. GAVAZZI, *op. cit.*, 75 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, 129, ed in particolare nt. 2. Per la dottrina tedesca si veda, su tutti, F. LENT, *op. cit.*, 9. Ancora, si rinviene un ricorso al criterio di specialità anche nella dottrina del diritto internazionale privato, cfr. R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, 22; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, Bari, 1919, 92; entrambi richiamati anche da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 602. Per quanto concerne quest'ultimo Autore, lo stesso sottolinea che il predetto criterio trova consacrazione anche ed in particolare nel fatto che della sua operatività non si è mai dubitato, nemmeno in quelle legislazioni, passate e presenti, in cui non essa ha ricevuto espressa codificazione, cit. 445.

<sup>181</sup> Cfr. su tutti la monografia di G. GAVAZZI, *ibid.*, ed in particolare 75 ss., nonché 80 ss., ove l'Autore sottolinea anche la valenza del criterio quale limite all'abrogazione implicita, data dalla circostanza secondo cui "*lex generalis non derogat priori speciali*". Certamente, l'Autore stesso evidenzia come tale prevalenza non sia assoluta, ma che, al contrario, si rinvencono cospicui casi in cui il criterio cronologico comporta l'abrogazione della *lex priori* speciale da parte di quella *posterior* generale, rilevando pertanto come un'antinomia può crearsi anche fra criteri preposti proprio alla risoluzione delle antinomie stesse, in particolare 85 ss. Non si dubita tuttavia della natura di regola logica di interpretazione sistematica del criterio di specialità.

<sup>182</sup> Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, *op. cit.*, 80; cfr. anche G. GAVAZZI, *op. cit.*, 81, che sottolinea che «la norma più ampia (generale) viene privata di quella parte di contenuto regolato diversamente dalla norma più ristretta».

<sup>183</sup> Con ciò non s'intende affatto sostenere che gli Autori da ultimo citati descrivano ed intendano il criterio di specialità negli stessi termini utilizzati nel dibattito, tutto interno alla dottrina penalistica, relativo al concorso di norme penali. Più semplicemente, s'intende qui sottolineare come sia comune, anche al di fuori del settore che qui interessa, l'idea che la norma speciale, da un punto di vista strutturale, di contenuto regolativo, di sfera di previsione, etc., s'imponga sulla generale non nel mero senso di

sul terreno dei rapporti fra norme, le peculiarità del caso concreto non potranno mai “dirci” come ordinare questi rapporti<sup>184</sup>. Per poter sostenere che una norma, quella primaria, “sottrae” i fatti da essa contemplati a quella secondaria, non si può che riconoscere che in ogni caso in cui si applicherebbe la prima sarebbe certamente applicabile anche la seconda, la quale tuttavia, proprio in virtù dell’operare di criteri di interpretazione sistematica, non potrà *mai*, fintanto che vi è coesistenza fra le norme, trovare reale applicazione.

Calato quest’ultimo criterio all’interno del diritto penale, può ben notarsi che le classiche ipotesi di specialità unilaterale rendono di fatto impossibile l’applicazione della *lex generalis* ai fatti previsti anche dalla *lex specialis*: così non si avrà mai furto (o, meglio, vi sarà *sempre* apparenza) nelle ipotesi di sottrazione di cosa mobile altrui con violenza o minaccia; non si avrà mai appropriazione indebita qualora ad agire sia il pubblico ufficiale che si impossessa di beni o denaro altrui che risultano essere nella sua disponibilità per ragione del suo ufficio; non vi sarà mai un sequestro di persona ogni qualvolta il sequestratore richieda un riscatto per la liberazione del sequestrato, integrandosi il dolo specifico dell’art. 630 c.p.<sup>185</sup>.

*7.2. Gli ambiti di validità ed efficacia delle norme come base di partenza per una corretta definizione del concetto di “idem”. Critica delle concezioni che identificano la preclusione come divieto di reiterare il medesimo giudizio di illecito.*

Ricondotto il concorso apparente entro l’ambito della validità delle norme, si rende necessario investigare se essa possa essere la sede idonea anche per il divieto sostanziale di *bis in idem*.

Può sin da ora anticiparsi che già ad un fugace sguardo tale soluzione non pare in alcun modo praticabile. Deve infatti osservarsi che il *ne bis in idem* sostanziale, se

---

bloccarne gli effetti, quanto, più a monte, di “eliderne” una parte, corrispondente all’ambito di operatività della *lex specialis* stessa.

<sup>184</sup> Così anche C. SOTIS, *op. cit.*, 469.

<sup>185</sup> Sul punto, si richiama anche C. Ass. Mil., Sez. III, 19 marzo 1980, con nota di E. MUSCO, *Il mendacio all’autorità*, *op. cit.*, 807, in cui, dopo aver ricondotto il principio di specialità ad uno schema di carattere logico-formale, si afferma efficacemente che: «come ogni quadrato è un poligono ma non viceversa, ogni cavallo è un animale ma non viceversa, così ogni oltraggio è anche un’ingiuria, ogni rapina è anche violenza privata, ogni infanticidio è anche omicidio, ma non viceversa: ed appunto per tali situazioni la legge stabilisce, abbastanza ovviamente, che il concorso è potenziale e soltanto apparente, in quanto va applicata unicamente la disposizione che contiene la previsione speciale».

inteso come precipitato della necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione, risulta essere un principio attinente al momento della commisurazione e, conseguentemente, dell'applicazione della pena. Lo stesso risulta anche indissolubilmente legato alle concrete circostanze fattuali, che rendono di fatto impraticabile una connessione fra il divieto e la concezione qui accolta in tema di concorso apparente di norme. L'ambito della *Strafzumessung*, infatti, risulta molto più confacente alla teoria dell'efficacia della norma (intesa come conseguenze sanzionatorie della stessa), piuttosto che quello della validità della stessa<sup>186</sup>.

Ciò porta a svolgere anche qualche considerazione circa la definizione del concetto di “*idem*”, o quantomeno, di poter scartare una delle accezioni alle quali esso viene ricondotto. Va infatti specificato che vi sarebbe un modo di intendere detto divieto che potrebbe in qualche modo dirsi compatibile con l'inquadramento sistematico poc'anzi menzionato. Si allude a quell'accezione, propria delle teorie pluraliste, secondo cui il *ne bis in idem* sostanziale consisterebbe nel divieto di reiterare il “medesimo giudizio di illecito”<sup>187</sup>.

Senza la pretesa di riesumare le tante posizioni sul tema, basti qui richiamarne il tratto comune, consistente nell'affermare la sussistenza di un'unità d'illecito quando uno dei precetti penali esprima esaurientemente il disvalore di tutte le fattispecie concorrenti. In altri termini, il divieto di *bis in idem* o avrebbe la funzione, al pari del criterio di specialità, di risolvere il problema dell'unità o pluralità di reati, oppure

---

<sup>186</sup> Sotto questo punto di vista, si rinviene un inquadramento dell'istituto del concorso apparente nel momento sanzionatorio nel contributo di R. HONIG, *Straflose*, *op. cit.*, 73, di cui però, come si avrà modo di evidenziare nel proseguo dell'indagine, non si condivide la scelta di inquadrare la convergenza apparente in detto ambito. Ancora, si rimanda a quanto già evidenziato circa le più recenti impostazioni in tema di concorso apparente di norme. La scelta di “allineare” il divieto sostanziale di *bis in idem* alla concezione dominante in tema di concorso apparente di norme, comporta poi la necessità di rimarcare l'autonomia rispetto al principio di proporzionalità fra fatto e sanzione. Cfr. in particolare *infra*, par. 2 nt. 24. Ancora, si veda quanto evidenziato in nt. 29, circa l'impostazione avanzata da A. MATTARELLA, *op. cit.*, *passim*. L'Autore prevede un meccanismo a doppio livello, che, sebbene non si ritiene essere una soluzione condivisibile al problema della convergenza, in un certo modo evidenzia il differente piano di operatività a cui si sta facendo riferimento: un primo controllo, *ex ante*, secondo l'art. 15 c.p., che potremmo inquadrare sul terreno della validità fra norme; un secondo controllo, *ex post*, secondo i dettami della proporzionalità, che agirebbe in punto di commisurazione della pena. Sebbene si ritenga impossibile affidare alla proporzionalità il compito di risolvere i casi di concorso apparente, a causa di tutti i motivi già esplicitati in tema di rapporti fra questa ed il canone di ragionevolezza, risulta significativo che l'Autore ponga il principio di specialità e quello di proporzionalità in due momenti logicamente distinti.

<sup>187</sup> Cfr., *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte generale*, *op. cit.*, 621; A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, *op. cit.*, 224 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, *op. cit.*, 165. Per la dottrina tedesca si veda P. ABELS, *op. cit.*, 32 ss.; M. BURGSTALLER, *op. cit.*, 470 ss.; T. VOGLER, *op. cit.*, 722 ss.



agirebbe *dopo* che la stessa sia stata accertata, in base ai ben noti criteri elaborati in seno alle teorie pluralistiche<sup>188</sup>.

La seconda accezione, che renderebbe operativa la preclusione come conseguenza di altri criteri, appare manifestamente incoerente con la logica seguita sino ad ora: o si ritiene che il divieto di *bis in idem* sostanziale sia un principio, o quantomeno un corollario del principio di proporzione, dotato pertanto di valenza precettiva, imponendo, nei casi di medesimezza, l'assorbimento di una fattispecie, meno grave, in altra, più grave; oppure esso si *identifica*, a valle, con l'assorbimento, degradando però a mero effetto dell'applicazione dei criteri di sussidiarietà e consunzione. Tuttavia, quest'ultimi, al di là di ogni giudizio ad essi favorevole o sfavorevole, non risulterebbero, così opinando, fondati su alcun reale dato normativo, non essendo pertanto in grado di attuare quell'obiettivo verifica richiesta per "elidere" la validità delle norme soccombenti<sup>189</sup>. In questo senso, si avrebbe la pretesa di fondare un principio inespresso dell'ordinamento impostandone la giustificazione su criteri che a loro volta non risultano contemplati positivamente<sup>190</sup>. Affermare che il *ne bis in idem* agirebbe solo una volta accertata l'unità di reati comporterebbe inoltre l'assoluta inutilità della preclusione, dal momento che altro sarebbe il motivo, coincidente con il

<sup>188</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 44.

<sup>189</sup> Invero, il giudizio di medesimezza potrebbe essere rinvenuto mediante l'ausilio di "indicatori" in grado di indiziare la presenza di un unico giudizio di disvalore del fatto. Detti "indicatori" altro non sono che l'ormai abbandonato filone dottrinale che dava risalto all'offesa del bene giuridico, oppure al rarefatto criterio dell'*id quod plerumque accidit*. Le cui critiche sono già state diffusamente evidenziate nel corso del Cap. I. Chiaramente, il fatto che determinati istituti non siano espressamente previsti dal diritto positivo non significa automaticamente che essi non esistano, quali estrinsecazioni implicite di determinate norme. Cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 182, in particolare nt. 22, il quale evoca gli esempi del reato abituale o dei delitti aggravati dall'evento. Eppure, come sottolinea l'Autore, essi vengono riconosciuti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, perché desunti da una serie di casi concreti che presentano determinate e costanti caratteristiche. In questo senso, i criteri di sussidiarietà e consunzione, trovando fondamento e declinazioni differenti a seconda di quale Autore si prenda in considerazione, peccano di troppo "soggettivismo" per essere considerati come implicitamente previsti dal tessuto normativo vigente.

<sup>190</sup> Appare favorevole a questa impostazione G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, op. cit., 84, il quale afferma che «è dalla individuazione dei criteri che regolano il concorso apparente di norme che discende il principio di *ne bis in idem* sostanziale». L'Autore tuttavia, ricostruisce una versione sostanziale del divieto che non postula eccezioni rispetto al tradizionale canone di *ne bis in idem* processuale, cfr. in particolare le conclusioni, p. 89, ove si esclude «l'esistenza di eccezioni al nesso di dipendenza individuabile tra i due principi». In questo senso, per evitare di fondare un principio inespresso su criteri a loro volta non contemplati normativamente, si potrebbe ravvisare una giustificazione del divieto di doppia punizione proprio partendo da quello di doppio processo, giustificazione tuttavia rifiutata, come si è visto nel corso del Cap. II, dalla dottrina dominante.

criterio di volta in volta prospettato, per cui due fattispecie, non in rapporto di specialità, dovrebbero considerarsi in concorso apparente<sup>191</sup>.

Dovrebbe allora ipotizzarsi, se alla preclusione vuole darsi dignità di principio, come del resto fanno le più accorte dottrine pluraliste, che essa agisca, *ab initio*, nella determinazione della unità o pluralità di reati<sup>192</sup>. In altri termini, il reato più grave, l'unico applicabile, finirebbe per assorbire gli altri in virtù di un «particolare principio di rilevanza giuridica: quello che impone l'applicazione della sanzione capace, di per sé, di esaurire la valutazione penalistica del quadro di vita»<sup>193</sup>.

Pertanto, il divieto sostanziale di *bis in idem* finisce per essere rapportato, analogamente a quanto si è fatto nel corso della presente indagine, al rapporto di proporzionalità fra fatto e sanzione.

Questa impostazione risulta certamente più coerente della prima, dal momento che essa tenta di fondare sul terreno dei principi la regola da cui far discendere il discrimine fra unità e pluralità di reati.

Tuttavia, anche in questa visione si annida una contraddizione: se la funzione del divieto di *bis in idem* sostanziale fosse quella di fondare le ipotesi di concorso apparente di norme, allora detto principio dovrebbe avere attinenza con il piano dei rapporti di validità fra le stesse. Eppure, una simile conclusione si scontra con un dato non trascurabile: il momento sanzionatorio, su cui si fonda il divieto di doppia

---

<sup>191</sup> Cfr. C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 175, la quale, nell'evidenziare l'indeterminatezza del principio, sottolinea come lo stesso venga alternativamente presentato come il fondamento a cui ancorare i criteri risolutivi del concorso di norme ovvero la conclusione a cui addivenire in applicazione degli stessi.

<sup>192</sup> Cfr. a titolo d'esempio, l'impostazione di A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, op. cit.; ID, voce *Concorso di norme*, op. cit., il quale, postulando l'esistenza di criteri di valore che siano in grado di ricondurre un fatto ad unità normativa, unità suggerita dal "quadro di vita cui le norme sono destinate ad applicarsi", ritiene che esso si ponga come *presupposto* per l'operare del criterio di assorbimento. Pertanto, la teoria qui richiamata, ritiene l'assorbimento come conseguenza di una unitarietà della valutazione giuridica globale del fatto, legittimata da istanze ricollegate al *ne bis in idem* sostanziale, che l'Autore intende come «divieto di attribuire due volte ad un medesimo Autore un accadimento unilateralmente valutabile dal punto di vista normativo». Cfr. anche, per una più approfondita analisi della teoria dell'Autore, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 70 ss.

<sup>193</sup> Così, in chiave critica di tale impostazione, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 74. La stessa dottrina che meglio esprime questa teoria richiama, in definitiva la questione del trattamento sanzionatorio. Cfr. A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, op. cit., 551, nonché 548, nt. 10, ove afferma che il termine *consumazione* è da preferire a quello di *sussidiarietà* poiché meglio rende l'idea di una prevalenza della norma fondata sul trattamento sanzionatorio più severo.

punizione, si pone come logicamente successivo rispetto a quello della validità delle disposizioni da cui le sanzioni hanno origine<sup>194</sup>.

Anche l'esperienza tedesca sul punto è illuminante. Si è visto che gli studi più recenti in tema di *Gesetzeskonkurrenz*, più che al *ne bis in idem*, fanno riferimento ai divieti di doppia valutazione (*Doppelbewertungsverbot*) e di doppia utilizzazione dei fondamenti di pena (*Doppelverwertungsverbot*). Anche volendo ipotizzarne un'elaborazione sul terreno del concorso apparente italiano, i risultati non cambierebbero rispetto a quanto appena affermato: se, come si è visto, il divieto di *Doppelverwertung* si esplica nel diniego di valorizzare più volte elementi del fatto ai fini della commisurazione della pena, non risultando pertanto utile a fondare un'interpretazione più estesa del concorso apparente di norme; quello di *Doppelbewertung* nasce proprio quale limite alla sopravvivenza di effetti del reato c.d. secondario (*Restwirkungen*), fondandosi pertanto su ipotesi di convergenza che nella dottrina italiana andrebbero inquadrare sul terreno degli effetti, e non della validità, fra norme penali (sotto un diverso punto di vista si potrebbe proprio sottolineare che l'elaborazione del *Doppelbewertungsverbot* nasce proprio dalla constatazione che la fattispecie secondaria continua a poter esplicare taluni effetti).

In proposito, deve invero evidenziarsi che questa impostazione, si è visto, insiste sul fatto che la dottrina del concorso apparente debba essere inquadrata sul terreno dell'efficacia delle norme, momento senz'altro più "vicino" a quello sanzionatorio<sup>195</sup>. Così opinando, tuttavia, si incorre nelle critiche già esplicitate nel paragrafo precedente, che evidenziano l'incoerenza del collocamento dell'istituto del concorso apparente di norme in tale sede.

In definitiva, tentare di ancorare il discrimine di unità e pluralità di reati al *ne bis in idem* sostanziale, quale precipitato del principio di proporzionalità, significa invero volergli affidare funzioni che non gli competono (nel campo della validità delle norme), ovvero collocare il concorso apparente su un terreno che presuppone tuttavia una convergenza reale di fattispecie, seppur poi elisa sul terreno degli effetti delle norme (nel campo della efficacia delle norme).

---

<sup>194</sup> Analoga critica è mossa da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 76. Cfr. anche F. GRISPIGNI, *corso di diritto penale*, op cit., 501, nt. 1; M. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 59 ss.; A. MORO, op. cit., 38 ss.

<sup>195</sup> Si rimanda a *infra*, par. 7, nt. 140.

Da un punto di vista dogmatico-sistematico, pertanto, la convivenza in un'unica sede del *ne bis in idem* sostanziale e del concorso apparente di norme si risolve in un'insanabile contraddizione.

7.3. *L'accezione naturalistica del giudizio di medesimezza come divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto. Il rapporto fra ne bis in idem sostanziale e concorso formale di reati.*

Scartata l'accezione di *idem* quale "divieto di reiterare il medesimo giudizio di illecito, non resta che andare a valutare le conseguenze nel caso in cui l'elemento della medesimezza venga inquadrato nel senso di "divieto di molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto".

Anche in tale frangente le critiche sono ben note: se da un lato si ritiene che il concetto di *idem* naturalistico abbia confini troppo sfumati, dall'altra parte si è affermato che qualora il divieto avesse ad oggetto la multipla punizione o qualificazione giuridica dello stesso fatto storico comporterebbe l'impossibilità di concepire il concorso formale di reati<sup>196</sup>.

Per quanto concerne le diverse impostazioni che in qualche modo riconnettono il giudizio di medesimezza al fatto storico, si può affermare, in via preliminare, che si tratta di teorie ricollegabili al filone monista<sup>197</sup>. Proprio in considerazione di un approccio monista al concorso apparente, il concetto di *idem*, sia nella sua accezione più marcatamente naturalistica (*idem factum*), come specialità in concreto, sia nella più moderna versione di medesimo fatto giuridico (*idem crimen*), postula che da un unico fatto non possa che derivare una ed un'unica qualificazione giuridica e, pertanto, una unità di reati<sup>198</sup>.

Lo stesso Mantovani, nel presentare quella che tuttora risulta essere la più approfondita indagine sul tema, ritiene al contempo che il concorso di norme trovi fondamento nel superiore divieto di *bis in idem* sostanziale e che in esso il concetto di

<sup>196</sup> Così, su tutti, G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, op. cit., 75 ss. Nonché *infra*, par. 5.

<sup>197</sup> Cfr., su tutti F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., *passim*; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 42. Per la dottrina tedesca, in cui è raro imbattersi in concezioni moniste del concorso apparente di norme, cfr. su tutti I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit., *passim*.

<sup>198</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 44.

unità e pluralità di norme vada risolto, *ab initio*, in punto di validità delle norme apparentemente convergenti<sup>199</sup>. Con riferimento a tale impostazione si è poi evidenziato il limite dell'assenza di una vera e propria copertura costituzionale che sia in grado di dotarlo di forza cogente<sup>200</sup>.

Tuttavia, le coordinate costituzionali rinvenute portano, si ripete, a collocare il principio *de quo* in un momento, quello sanzionatorio, totalmente inadatto a fungere da “regolatore” dell'unità o pluralità dei reati convergenti.

La sede, pertanto, dovrebbe essere quella dell'efficacia (attinente, peraltro, più propriamente all'applicabilità della sanzione piuttosto che della norma), sicché, riscontrata una medesimezza del fatto su cui insistono più fattispecie, il principio agirebbe proprio come divieto di cumulo di sanzioni per il medesimo fatto, esplicando i propri effetti sul terreno applicativo. Potremmo dire, forse in modo forse un po' grossolano, che si avrebbe pluralità di reati ma unità di pena.

Infatti, il percorso che ha portato a fondare il *ne bis in idem* sostanziale sugli artt. 3 e 27 della Carta costituzionale, rende il divieto come un vero e proprio corollario del principio di proporzione fra *fatto* e *sanzione*. Il problema non è pertanto stabilire un'equazione lineare che postuli che ad ogni accadimento che possa essere considerato unitario debba corrispondere una ed una sola qualificazione giuridica e, conseguentemente, un solo reato<sup>201</sup>. Questa operazione non può essere compiuta valorizzando principi attinenti al momento sanzionatorio, perché coinvolge il ben diverso terreno dei rapporti fra norme. Rapporti che vengono appunto risolti mediante criteri valevoli per l'intero ordinamento e non solo per il settore penalistico<sup>202</sup>.

Del resto, il traguardo a cui si aspira nel richiamarsi al *ne bis in idem* sostanziale, ossia evitare che molteplici qualificazioni giuridiche dello stesso accadimento comportino l'applicazione di più sanzioni, non necessariamente passa attraverso una previa disamina dell'unità o pluralità di reati potenzialmente convergenti. Al contrario, si può evitare un *bis* sanzionatorio anche partendo dal presupposto che le diverse

<sup>199</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, *passim*, ed in particolare 387, ove l'Autore afferma che «lo stesso fatto non può essere contemplato che da una sola norma, pur essendo apparentemente previsto in più fattispecie». Cfr. inoltre C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 179 ss.

<sup>200</sup> Cfr. *infra*, par. 1.

<sup>201</sup> L'idea secondo cui l'*idem* affonderebbe le sue radici, grazie alla trasposizione dell'omonimo principio processuale, nella convinzione che da un unico accadimento di vita possa (e debba) derivare un'unica qualificazione penalistica si deve a A. KÖHLER, *op. cit.*, 60 ss.

<sup>202</sup> Il riferimento, oltre al principio di specialità, è ai ben noti criteri gerarchico, cronologico e per competenza.

qualificazioni giuridiche, seppur corrette e valide sul piano dei rapporti strutturali fra norme, debbano essere ricondotte ad unità in punto sanzionatorio, perché ciò che si ritiene irragionevole è il difetto di proporzione fra il fatto commesso e le conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento predispone e non, invece, la qualificazione multipla dello stesso.

Pertanto, il divieto deve essere circoscritto nel senso di non addebitare due (e *a fortiori* più) volte lo stesso fatto al suo autore, con la seguente specificazione: nel perimetrare il ruolo del *ne bis in idem* sostanziale, devono tenersi ben distinti i concetti di divieto di “doppia punizione” e di “divieto di doppia qualificazione” del medesimo fatto.

Cercando di meglio chiarificare il concetto, se il divieto di *bis in idem* sostanziale dovesse ritenersi operativo sul terreno del concorso apparente, esso dovrebbe essere definito nella seconda accezione menzionata<sup>203</sup>. Operazione tuttavia illogica laddove si pretenda, al contempo, di fondare il divieto sui parametri di proporzionalità e ragionevolezza. Un divieto di doppia qualificazione, attenendo ai rapporti fra norme, non può che fondarsi su quei criteri e principi che, al pari della specialità, informano e regolano tutto l'ordinamento giuridico.

Al contrario, un divieto di “doppia punizione” per lo stesso fatto deve essere inteso come divieto di addebitare conseguenze sanzionatorie ad un soggetto causate dalla molteplice qualificazione normativa di un dato fattuale. Solo in questi termini può agire un divieto di *bis in idem* che si fondi sulla non manifesta sproporzione fra fatto e sanzione<sup>204</sup>.

Le conseguenze di questa impostazione risultano ora più facili da delineare: se il concorso apparente riguarda la presenza di una sola fattispecie ed il *ne bis in idem* sostanziale, invece, di più fattispecie, ricondotte ad unità *quoad poenam*, allora la questione del rapporto fra detta preclusione ed i fenomeni di convergenza va impostata

---

<sup>203</sup> Una indebita sovrapposizione dei due concetti è facilitata dalla circostanza che, se si osservano le conseguenze in punto *stricto sensu* sanzionatorio, il risultato che si ottiene è pressoché identico. Il divieto di qualificare più volte un medesimo fatto comporta la validità di una sola delle qualificazioni prospettate e, pertanto, l'applicazione di una sola sanzione, al pari del divieto di doppia punizione.

<sup>204</sup> Si ripete, se la sproporzione fosse ravvisabile già *ex ante*, in punto di cornice edittale, il vaglio di legittimità sarebbe da effettuarsi già in relazione al diverso principio di legalità delle pene, ove una cornice edittale eccessivamente dilatata, si è visto, renderebbe solo apparente la predeterminazione legislativa della sanzione. Si rimanda a *infra*, par. 6.1, nt. 113.

in modo differente, chiedendosi se la sede più opportuna per il divieto di doppia punizione non sia quella del concorso formale di reati.

Del resto, è pacifico in dottrina e in giurisprudenza che il fenomeno disciplinato dall'art. 81 primo comma c.p. non comporti unità di reato, né sul versante del concorso omogeneo né su quello del concorso eterogeneo, dal momento che ogni singolo reato formalmente concorrente deve essere considerato in maniera autonoma, trattandosi di una convergenza reale di fattispecie<sup>205</sup>.

Trattasi pertanto di una particolare forma di concorso reale che si differenzia dal concorso materiale per un fondamentale elemento, ossia che i differenti reati presentano una forma di collegamento, la convergenza sulla medesima situazione fattuale, che va oltre la mera attribuzione di questi ad uno stesso autore<sup>206</sup>.

Eppure, nonostante si sia in presenza di più fattispecie convergenti, la predisposizione di una sola sanzione, comporta una *reductio ad unum* degli stessi in punto di applicazione della sanzione: in altri termini, una unitarietà *quoad poenam*.

Unitarietà che, quantomeno nelle esperienze ordinamentali che riconnettono alle ipotesi di concorso formale il cumulo giuridico *intraeditale*, si risolve in un'ipotesi, semplice o inasprita, di assorbimento, riducendo nettamente le differenze, in punto applicativo, rispetto alle ipotesi di concorso apparente<sup>207</sup>.

Ancora, ragionando sul fronte dell'efficacia, deve evidenziarsi come esso ben si dimostri in armonia con la funzione dell'art. 81 c.p., che presuppone una pluralità di

---

<sup>205</sup> Cfr., *ex multis*, A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, 665; S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 5 ss.; ID, *Concorso di reati e di pene*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, 515. Basti qui pensare al fatto che la prescrizione viene calcolata, in assenza di riferimenti specifici nell'art. 158 c.p., con riferimento ad ogni singolo illecito. Ancora, le fattispecie concorrenti ex art. 81 c.p. sono considerate autonome in relazione all'operatività delle cause di estinzione del reato, della pena, nonché per le pene accessorie e le condizioni di procedibilità. Cfr. in particolare M. ROMANO, *Commentario sistematico*, *op. cit.*, 726.

<sup>206</sup> In questo senso già P. NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 1089.

<sup>207</sup> Sotto questo punto di vista, cfr. D. BRUNELLI, *op. cit.*, 17 ss., il quale, evidenziando la parità di trattamento che il codice Zanardelli imponeva per i casi di concorso formale ed apparente, risolvendo i primi mediante il principio di assorbimento, ricorda che la dottrina del tempo discuteva se, nel primo caso, si fosse in presenza o meno di un *unico reato*, affermandone l'unitarietà del fatto e del coefficiente psicologico. Cfr. anche I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 367-368, il quale richiama anche Cass. pen., Sez. Un., 21 novembre 1887, in *Foro it.*, 2/1888, 319, specificando tuttavia la presenza di un acceso dibattito anche in giurisprudenza. Preme qui sottolineare che tale dibattito viene evocato non per sostenere una pretesa unità di reato anche nei casi di concorso formale, invero non sostenibile, quanto piuttosto per sottolineare la grande vicinanza che lega tali ipotesi di convergenza reale al fenomeno del concorso apparente.

fattispecie *valide*, ma che si risolvono nell'applicazione di una sola sanzione, seppur aumentabile sino al triplo.

Proprio questa fondamentale vicinanza fra *ne bis in idem* sostanziale e concorso formale, ha portato alla ben nota critica secondo la quale elevare il dato fattuale (o sotto forma di specialità concreta, o sotto forma di *ne bis in idem factum*) a discriminare per la determinazione dell'unità o pluralità di reati porterebbe a negare la stessa possibilità di concepire il concorso formale di reati.

A tale critica si è tuttavia già opposto che il divieto di punire più volte per lo stesso fatto si pone in rapporto di incompatibilità solo con *un certo modo di intendere* il concorso formale di reati<sup>208</sup>. Si è anzi evidenziato come non manchino brillanti impostazioni teoriche che, valorizzando un certo modo di intendere il concorso ideale, giungono a considerarlo come regolato dal *ne bis in idem* sostanziale<sup>209</sup>.

Infatti, queste dottrine sottolineano che la violazione del principio si ha solo nei casi di doppia valutazione dell'*idem*. In questo senso, il principio non si pone in una situazione di incompatibilità con il concorso formale, ma semplicemente ne impone la predisposizione di una conseguenza giuridica che non comporti una duplice valutazione del fatto<sup>210</sup>.

Nello specifico, una simile visione dei rapporti fra divieto di doppia punizione e concorso formale può avvenire in quelle esperienze ordinamentali in cui quest'ultimo istituto risulta connotato da due particolari aspetti.

In primo luogo, ove l'unificazione normativa operata dal concorso ideale ruoti attorno all'identità del fatto (e non della sola azione od omissione), come accade, a titolo d'esempio per i sistemi spagnolo, tedesco ed olandese, ma anche, seppur in modo meno definito, all'interno dell'ordinamento francese<sup>211</sup>. In questi frangenti, ben si può

<sup>208</sup> Cfr. *infra* par. 5.

<sup>209</sup> In questi termini cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 45-46. Per la dottrina tedesca si rimanda nuovamente al par. 5, in merito alla dottrina di Puppe, ma si veda anche G. WERLE, *op. cit.*, 86 ss. Si veda anche, per la dottrina spagnola, A. CUERDA RIEZU, *op. cit.*, in particolare 845 ss.

<sup>210</sup> Così A. CUERDA RIEZU, *ibid.*, in particolare 849-850.

<sup>211</sup> Per quanto concerne l'ordinamento francese, si rimanda alle osservazioni di M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 44 ss., in particolare nt. 124 e 125. L'Autore sottolinea che nella concezione francese del concorso formale si rinviene la convinzione che da un medesimo fatto storico non possa che derivare un'unica qualificazione penale ed in ogni caso un'unica pena. In ogni caso, Papa sottolinea che, in tale ordinamento giuridico, non essendovi una vera e propria sensibilità per la distinzione fra i casi di concorso formale ed apparente, il divieto di *bis in idem* viene invocato indifferentemente sia per vietare la "doppia punizione", sia per vietare la "doppia qualificazione" del fatto unico. Per quanto concerne l'ordinamento tedesco, l'idea del fatto unitario trova ancora oggi corrispondenza nel già citato § 52 StGB, che reca per l'appunto la rubrica di "*Tateinheit*", sebbene il testo



sostenere che la scelta di predisporre una ed una sola sanzione pur a fronte di una molteplice qualificazione dello stesso fatto risponda all'accezione, poc' anzi riportata, di non punire più volte lo stesso fatto.

In secondo luogo, tale assunto è rafforzato proprio dalla circostanza che in queste esperienze, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento, le ipotesi di concorso formale vengono non solo risolte mediante l'applicazione di una sola sanzione, ma la stessa viene rinvenuta *entro i limiti* della sanzione prevista per la fattispecie più grave, differenziandosi tuttavia circa le modalità attraverso cui eventualmente *inasprire* tale meccanismo di assorbimento<sup>212</sup>.

#### 8. Qualche nota in tema di concezioni naturalistiche dell'*idem*.

Riservandosi di destinare considerazioni più incisive circa la portata dell'elemento della medesimezza fattuale nell'ultimo capitolo, preme qui concludere qualche breve annotazione al fine di provare a prevenire la possibile etichettatura di "naturalismo" alla visione che si è tratteggiata del divieto di doppia punizione, avendo

---

della norma faccia poi riferimento all'azione e non al fatto. Cfr. in questo senso S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 4. Ancora, sebbene nella presente indagine l'attenzione sia stata principalmente posta all'esperienza tedesca, si rimanda al Cap. I, sez. II, par. 3 per maggiori cenni in merito alle scelte adottate dai legislatori spagnolo ed olandese. Infine, come si è avuto occasione di evidenziare sempre nel Cap. I, Sez. II, par. 1, una simile soluzione era già presente nell'ordinamento italiano, sotto la vigenza del codice Zanardelli.

<sup>212</sup> Nuovamente, si rimanda al Cap. I, sez. II, par. III, per una breve esposizione delle risposte sanzionatorie congegnate dai legislatori tedesco, spagnolo ed olandese. Ancora, si rimanda a I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 378-379, che evidenzia come anche nell'ordinamento inglese, mediante l'istituto giuridico della *single transaction*, si punisca con una sola pena anche a fronte di una pluralità di reati, ritenuto applicabile, fra l'altro, non solo a casi che nel nostro ordinamento sarebbero qualificati come ipotesi di concorso formale, ma anche in ipotesi che noi definiremmo in concorso materiale. In proposito, l'Autore richiama S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, 520 s. Infine, pure il codice Zanardelli si muoveva in questa direzione, tanto che più di un Autore ha rilevato come l'art. 78 della previgente disciplina, seppur volto a disciplinare ipotesi di concorso formale, finisse anche per ricomprendere casi di concorso apparente di norme. Cfr. in quest'ultimo senso, G. DELITALA, *Il «fatto»*, *op. cit.*, 149 ss. Il quale sottolineava che il principio *ex art. 78* potesse essere fatto valere in entrambe le ipotesi di convergenza, seppur specificando che nel caso di concorso formale il "fatto", se rettammente inteso come "fatto giuridico", non potesse essere considerato unico ma molteplice; R. MESSINA, *op. cit.*, 17 ss., che più drasticamente riteneva che detto articolo fosse obiettivamente volto a disciplinare il concorso apparente piuttosto che quello formale. Cfr. infine, anche S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 4, nt. 5.

già quantomeno abbozzato un concetto di *idem* intrinsecamente legata alla dimensione del fatto<sup>213</sup>.

Certamente, la figura del divieto di punire più volte uno stesso fatto reca inevitabilmente con se una certa visione dell'accadimento storico, che spesso in dottrina è stata definita di tipo naturalistico.

Tuttavia, si è convinti che, a parte nelle impostazioni più datate in cui il fatto storico veniva valorizzato direttamente ed esclusivamente ai fini di tratteggiare il perimetro del concorso apparente, oggi non si prescinde mai *in toto* dal piano delle norme<sup>214</sup>.

Al contrario, se è incontestabile che nelle più moderne dottrine strutturaliste il piano dell'indagine si assesta, o si pretende di assestarlo, esclusivamente sul piano delle fattispecie astratte, ciò nondimeno esse non finiscono mai per ignorare completamente il fatto storico. Al contrario, lo indagano in maniera per così dire indiretta, ossia per come i segni dell'accadere vengono fotografati dalle fattispecie legali<sup>215</sup>.

Ancora, gli stessi quadri teorici più avanzati riconducibili al paradigma della specialità in concreto, sebbene muovano dal fatto storico direttamente considerato, spostano poi l'indagine sul piano delle norme.

Ciò è senz'altro vero e facilmente percepibile nell'impostazione teorica di Siniscalco, già evocata nel primo capitolo<sup>216</sup>; ma si ritiene che anche alcune delle più classiche impostazioni dottrinali che partono dal fatto concretamente verificatosi non facciano mai riferimento ad esso come ciò che accade *in rerum natura*, ma, al contrario, ciò che viene in luce è il “fatto che *corrisponda contemporaneamente a due o più fattispecie incriminatrici*”<sup>217</sup>.

<sup>213</sup> Questo paragrafo prende spunto da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 52 ss., il quale rileva come l'etichetta di “naturalismo” per riferirsi a quelle posizioni dottrinali che pongono al centro dell'indagine circa l'estensione del concorso apparente di norme lo “stesso fatto” abbia assunto, nel dibattito scientifico, un connotato negativo, dal quale anche l'Autore, seppur critico verso le predette impostazioni teoriche, reputa necessario estraniarsi.

<sup>214</sup> Il riferimento è a quelle posizioni dottrinali, di inizio '900, che muovevano dal presupposto che una determinata forma dell'accadere non potesse essere qualificata, dal punto di vista penalistico, più di una volta. In questo senso cfr. A. KÖHLER, op. cit., 60 ss.

<sup>215</sup> Così M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 53. Si veda inoltre C. SOTIS, op. cit., 462, il quale evidenzia l'illusorietà di una totale separazione dei concetti di fatto naturalistico e di fatto giuridico. Per una visione più generale del problema si rimanda a M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

<sup>216</sup> Cfr. Cap. I, par. 5.1.

<sup>217</sup> Così, ad esempio, già G. DELITALA, *Concorso di norme*, op. cit., 108 ss. Cfr. anche M. GALLO, *Diritto penale italiano*, op. cit., 157 ss. ed in particolare 162, il quale, oltre ad individuare nel *ne bis in idem*

In questo senso, la stessa dicotomia *idem factum* – *idem crimen* risulta tale solo nelle impostazioni, per così dire, più estreme, ovvero quelle che impostano l'indagine danda rilevanza, rispettivamente, al solo dato fattuale ovvero al solo dato normativo.

Infatti, una teoria ancorata alla sola, pura, identità logico-strutturale non può che prescindere totalmente dal piano fenomenico, indagando i rapporti fra norme senza che l'accadimento storico venga in alcun modo in considerazione<sup>218</sup>. Eppure, come si tenterà di spiegare nel prossimo capitolo, ciò risulta possibile nei soli casi di specialità *stricto sensu* unilaterale.

Tale aspetto è fondamentale, poiché, e di questo si è profondamente convinti, lo stesso concetto di accadimento naturalistico viene sempre filtrato e condizionato dalle norme che, materialmente od apparentemente, convergono su di esso.

Il fatto, pertanto, alla luce delle norme.

Si tenterà di abbozzare qualche esempio, al fine di evidenziare come la stessa estensione degli accadimenti naturalistici da considerare come rilevante vari a seconda di quali norme possano insistere sullo stesso, rendendo necessario o meno evidenziare la presenza di elementi naturalistici proprio perché fotografati da una norma.

Nello specifico, l'accadimento storico del furto (art. 624 c.p.) può sembrare un'ipotesi estremamente semplice da perimetrare sul piano fenomenico, trattandosi di un soggetto che si impossessa di una cosa mobile altrui (es. Tizio, s'impossessa del televisore di Caio contro la sua volontà).

A tale esempio, tuttavia, potrebbe obiettarsi che non è indifferente la circostanza, fattuale, che la condotta venga posta in essere in luogo pubblico piuttosto che nell'abitazione della vittima. Ciò è senz'altro vero, ma solo a causa del fatto che il nostro ordinamento prevede fattispecie che danno rilevanza, ad esempio, all'intrusione nella dimora altrui (art. 624 *bis* c.p.), portando quindi a ritenere che nel concetto di fatto storico, oltre alla condotta ed all'evento, rilevi anche il luogo (Tizio s'impossessa del televisore di Caio, entrando indebitamente nella sua abitazione e contro la sua volontà).

---

sostanziale la regola ispiratrice del concorso di norme, richiama la specialità in concreto laddove due norme *coprono* per intero il fatto storico. Si veda anche M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 50.

<sup>218</sup> È questo il tentativo portato avanti dall'autorevole dottrina di G. DE FRANCESCO, *Lex specialis, passim.*, che si denota per il rigoroso approccio formalista al concorso apparente di norme, in relazione al quale si rimanda al Cap. I, par. 5.

Sotto questo punto di vista, le fattispecie astratte spingono l'interprete a selezionare uno o più elementi dell'accadimento storico a cui dare rilevanza.

Ancora, la stessa condotta di furto può assumere caratteristiche differenti a causa dell'esistenza o meno di determinate fattispecie di reato.

Il furto potrebbe ad esempio essere commesso mediante l'utilizzo di un'arma da fuoco, elemento che colorerebbe ulteriormente il fatto storico della presenza dell'arma. Tale circostanza imporrebbe poi d'indagare se la condotta di appropriazione di cosa altrui sia stata compiuta senza l'ausilio dell'arma, magari solo portata, ma non estratta, ovvero utilizzandola per minacciare la vittima (parlandosi in questo caso di rapina, art. 628 c.p. e non più di furto).

La stessa arma poi, potrebbe essere detenuta legalmente (figurandosi la fattispecie amministrativa del porto in luogo pubblico di arma comune da sparo, art. 4, l. n. 895 del 1967), ovvero illegalmente (integrando il delitto di porto in luogo pubblico di arma clandestina, art. 23, l. n. 110 del 1975)<sup>219</sup>.

Ciò che si vuole evidenziare, in definitiva, è che anche un'indagine che parta dal fatto storico, non può mai prescindere da come le norme interagiscono con esso, finendo in qualche modo anch'esse, nel qualificarlo, a perimetrarlo secondo certe modalità piuttosto che altre.

Si può certamente obiettare che, secondo una prospettiva che valorizzi la medesimezza delle fattispecie legali, non vi sia alcun *idem crimen* fra le fattispecie di porto d'armi e di furto, ma solo contiguità fattuale. Tuttavia, ciò assume una precisa rilevanza solo nei casi di concorso apparente *ex art. 15 c.p.*, ovvero se si considera il *ne bis in idem* sostanziale come principio in grado di discriminare fra l'unità e la pluralità di reati. Nell'ottica del concorso formale, al contrario, ciò che rileva è chiaramente l'accadimento storico, seppur sempre perimetrato dalla sussunzione dello stesso entro precise categorie normative.

---

<sup>219</sup> Volendo proseguire con l'esempio, il nostro codice penale prevede le ipotesi del furto con strappo (art. 624 *bis* c.p.) ovvero l'aggravante dell'aver commesso il fatto con destrezza (art. 625, n. 4 c.p.), previsioni, queste, che costringono a "sezionare" ulteriormente la condotta tenuta dal soggetto agente. Lo stesso art. 625 n. 6 c.p., nel prevedere l'aggravante del fatto commesso sul bagaglio dei viaggiatori, ove il fatto avvenga su determinati veicoli o in esercizi ove si somministrano cibi o bevande richiede di valorizzare con precisione lo stesso oggetto materiale. Ancora, l'ipotesi per cui Tizio s'impossessa in luogo pubblico dei contanti di Caio può integrare una normale ipotesi di furto, ovvero quella aggravata *ex art. 625, n. 8 ter c.p.*, per il solo fatto di aver appena prelevato contanti presso un istituto di credito.

Del resto, nella stessa sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016, che ha accolto una visione naturalistica dell'*idem* in tema di interpretazione dell'art. 649 c.p.p., ha evidenziato che la scelta di quale delle possibili soluzioni adottare per la sua qualificazione «è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem* legale. Esse, infatti, non possono aver alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad aver carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto (enfasi nostra)»<sup>220</sup>.

Peraltro, questa è la direzione su cui pare si stia assestando la giurisprudenza, nel considerare il fatto come riflesso delle fattispecie astratte di reato, senza ridurlo a mero accadimento storico<sup>221</sup>.

Anche sul terreno del *ne bis in idem* processuale, ove le considerazioni in tema di *idem factum* regnano sovrane, quantomeno in giurisprudenza, l'*idem* non viene pertanto appiattito totalmente al mero dato fattuale, precisamente delimitato nel tempo e nello spazio.

In definitiva, dal momento che un fatto naturalistico viene ad essere perimetrato anche in virtù delle norme su di esso convergenti, non può non evidenziarsi quanto

---

<sup>220</sup> Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, punto 4 delle considerazioni in diritto.

<sup>221</sup> In questi termini cfr. anche F. MUCCIARELLI, *Ne bis in idem bancarotta e truffa: la Corte di cassazione corregge un'applicazione generalizzante di un corretto canone ermeneutico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019), nota a Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 13399, in allegato al commento. La sentenza ribalta le conclusioni del giudice di Merito, che aveva rinvenuto un *idem factum* nella condotta dell'imputato che, già condannato in via definitiva per il delitto di appropriazione indebita di beni di una società commerciale, era stato successivamente chiamato in giudizio per bancarotta fraudolenta per distrazione in relazione ai medesimi beni. La quinta Sezione, al contrario, parte affermando (punto 4 delle considerazioni in diritto) che «la valutazione sostanzialistica dell'*idem factum* deve procedere tenendo conto dei rapporti di interferenza strutturale tra i reati», per giungere a ritenere che si tratti di condotte «non solo ontologicamente distinte, l'evento dell'una (conseguimento di ingiusto profitto con danno delle banche erogatrici tratte in errore) costituendo il *prius* logico e temporalmente antecedente della posteriore consumazione dell'altra, ma che esprimono, nel loro complesso, l'intenzionalità dello stesso fallimento» (punto 5 delle valutazioni in diritto). Invero, che il conseguimento dell'ingiusto profitto costituisca evento naturalistico lo si deve al fatto che, a monte, vi è una fattispecie che impone di dare rilevanza a quel preciso dato storico, piuttosto che ad altri. Si concorda con l'Autore del commento nel ritenere che, in tale vicenda, mutuata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sembrano riecheggiare le coordinate della dottrina tedesca sui parametri distintivi fra *Tatbestand* (fattispecie astratta) e *Typus* (fattispecie concreta), secondo cui, per l'appunto, i caratteri rilevanti del secondo scontano necessariamente come presupposto gli elementi costitutivi della prima. Cfr. sempre F. MUCCIARELLI, *Ibid.*, il quale richiama anche W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus, op. cit., passim*.

segue: tanto più si proceda a sezionare e, conseguentemente, a sussumere normativamente entro fattispecie astratte un accadimento naturalistico, tanto più aumenta il rischio della sovrapposizione di molteplici qualificazioni giuridiche, a cui conseguirebbe, in assenza di alcun tipo di filtro, all'applicazione di cumuli sanzionatori (l'esempio del furto è, in questo senso, paradigmatico).

In questa sede si giocherebbe pertanto il ruolo fondamentale del divieto sostanziale di *bis in idem*: un "limitatore" dell'estremo rigorismo di una visione puramente strutturalista nei rapporti fra norme convergenti.

Ciò potrebbe essere reso possibile proprio perché il divieto *de quo*, nella già menzionata ottica che lo vede come un precipitato del principio di non manifesta sproporzione, sarebbe destinato a censurare i rigori derivanti da un eccessivo stratificarsi di qualificazioni giuridiche sullo stesso fatto, censura resa possibile attraverso la predisposizione di meccanismi sanzionatori che portino ad un'unificazione *quoad poenam* di tali situazioni.

Si ritiene pertanto che proprio il concorso formale, sebbene non nella sua veste attuale, possa risultare la sede più idonea a scongiurare tale fenomeno: del resto il ruolo di tale istituto è proprio quello di unificare normativamente, seppur solo in punto sanzionatorio, talune ipotesi di pluralità di reati.

In definitiva, «sia pure tramite la mediazione della fattispecie astratta, è pur sempre l'icona di certi dati di realtà, la forma di un accadimento, a segnare la *misura dell'unità o pluralità di reato*»<sup>222</sup>.

#### 9. La valenza prescrittiva del divieto: vincoli ed obblighi per il legislatore e l'interprete.

Scopo del prossimo, conclusivo, capitolo sarà pertanto quello di esplicitare gli effetti che il divieto di *bis in idem* sostanziale, collocato in una sede diversa da quella in cui viene tradizionalmente evocato, intrattiene con gli istituti del concorso formale di reati ed apparente di norme.

Tale ultima analisi si rende necessaria anche al fine di valutare quale possa essere la valenza prescrittiva della preclusione. Tuttavia, risulta ben possibile sin da ora

---

<sup>222</sup> Così, efficacemente, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 49.

delinearne quantomeno i tratti essenziali, pur riservandosi una più esaustiva trattazione di taluni aspetti.

La preclusione, inquadrata sul terreno dei principi, si pone come corollario del combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., rientrando nel novero di quei principi che attenta dottrina ha definito di carattere sostanziale<sup>223</sup>.

Come tale, il *ne bis in idem* sostanziale concerne ed influenza la stessa politica criminale del legislatore (sia pur nel rispetto della sua ineludibile discrezionalità), ponendosi anche come parametro per la legittimità del contenuto positivo delle norme incriminatrici, nelle ipotesi di convergenza<sup>224</sup>.

Ancora, deve rilevarsi che, con riferimento ai principi ed ai loro corollari, risulta impossibile, né può essere richiesto, un grado di determinatezza al pari di quello che generalmente si pretende, in virtù del principio di stretta legalità, dalle norme di diritto penale<sup>225</sup>.

Semmai, la questione è quella di verificare se, nonostante il *deficit* di determinatezza connaturato alla natura stessa dei principi, siano comunque rinvenibili le funzioni classiche ad essi attribuite: quella c.d. “sistematico-razionalizzatrice” del diritto positivo e quella c.d. “programmatico-orientativa” del diritto in via di produzione<sup>226</sup>.

Procedendo con ordine, la prima conseguenza di un principio di *ne bis in idem* sostanziale ancorato agli artt. 3 e 27 Cost., si è visto, sarebbe quella della dislocazione del problema dei casi di convergenza diversi dalla specialità sul piano sanzionatorio<sup>227</sup>.

In questo senso, si rende necessario un ripensamento del concorso formale di reati, quantomeno nel senso della predisposizione, concordemente a quanto accade nelle esperienze ordinamentali già menzionate, di un meccanismo sanzionatorio che rimanga

<sup>223</sup> La distinzione fra principi di carattere formale (legalità ed i suoi corollari) e di carattere sostanziale (colpevolezza, offensività, proporzione e ragionevolezza, etc.) è proposta, fra gli altri, da M. DONINI, *Ragioni e limiti*, op.cit., 33; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 120.

<sup>224</sup> Al contrario, i principi c.d. formali, non riguardano, se non indirettamente, il contenuto delle leggi, ponendo generalmente limiti a poteri dello stato differenti da quello legislativo. Cfr. sempre gli Autori richiamati nella nota precedente.

<sup>225</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 22, il quale richiama anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 88, che espressamente evidenzia l'impossibilità di richiedere, per il *ne bis in idem* sostanziale, la stessa determinatezza che si esige per le fattispecie di parte speciale. Cfr., infine, A. FALZEA, op. cit., 457; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto*, op. cit., 701.

<sup>226</sup> Cfr. S. BARTOLE, op. cit., 514 ss, nonché 531 ss.; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione*, op. cit., 240 ss., entrambi richiamati da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 25.

<sup>227</sup> Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., Cap. V, il quale evidenzia questa possibilità, rimanendo tuttavia critico circa l'opportunità di agire in tal senso.

nei limiti dell'imposizione della sanzione più grave (come assorbimento semplice od inasprito).

Conseguentemente, la preclusione agirebbe nel senso di impedire al legislatore la predisposizione di meccanismi sanzionatori la cui conseguenza comporti l'imposizione di plurime sanzioni per lo stesso fatto. Proseguendo nel ragionamento, il cumulo giuridico extraeditale, previsto dall'art. 81 c.p., si porrebbe in contrasto con il divieto costituzionale di *ne bis in idem* sostanziale, quantomeno per quella "porzione" (fino al triplo) sanzionatoria che si aggiunge all'applicazione della pena più grave, costituendo la stessa un indebito *bis* sanzionatorio.

Così operando, le criticità riguardanti la distinzione fra concorso formale ed apparente, sebbene non potrebbero definirsi risolte, risulterebbero certamente ridimensionate<sup>228</sup>.

Ancora, una siffatta operazione comporterebbe una ridefinizione della linea di confine fra concorso formale ed apparente, mediante la collocazione, come avanzato da certa dottrina tedesca, delle ipotesi di sussidiarietà tacita e di consunzione sotto l'egida del concorso formale, destinando al concorso apparente i soli casi di specialità unilaterale e quelli di sussidiarietà espressa<sup>229</sup>.

Analogamente, questa situazione si verifica, si è visto, nelle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, relegate tutt'ora alla dicotomia concorso apparente – concorso materiale, anche in considerazione del fatto che la predisposizione di sanzioni amministrative e penali comporta irrimediabilmente l'applicazione di pene eterogenee, sicché s'impone, per le ipotesi di illeciti convergenti sul medesimo fatto, l'assorbimento della sanzione amministrativa in quella penale<sup>230</sup>.

Ciò si rende necessario proprio perché il concorso formale, unificando *quoad poenam* ipotesi di pluralità di reato, costituisce la sede più idonea per il *ne bis in idem* sostanziale.

---

<sup>228</sup> Propone una equiparazione delle due tipologie di concorso anche I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 379.

<sup>229</sup> Il riferimento è sempre a I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit., in particolare 313 e ss. La questione sarà trattata più diffusamente nel Cap. IV, Sez. II.

<sup>230</sup> Giunge all'applicazione del criterio della consunzione anche in tema di doppio binario sanzionatorio, seppur nella più tradizionale visione che vede il *ne bis in idem* sostanziale quale principio regolatore del concorso apparente di norme C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 332. Cfr. anche F. MAZZACUVA, op. cit., 321-322.



Il divieto di *bis in idem*, tuttavia, non è principio in grado di risolvere qualsiasi zona grigia in tema di concorso di norme. Si rende in ogni caso necessario un intervento legislativo teso a ridurre i fenomeni di interferenza fra norme, anche in un'ottica maggiormente rispettosa del principio di frammentarietà<sup>231</sup>. Esigenza che si avverte in particolare per le ipotesi di antefatto e postfatto non punibili, che si caratterizzano per la loro natura anfibologica: da un lato, presentano caratteristiche che inducono a trattarli mediante l'applicazione della sola sanzione prevista per la fattispecie più grave; dall'altro, il fatto che si tratti di reati concernenti accadimenti sì collegati, ma commessi necessariamente con più azioni od omissioni, ne evoca l'inquadramento sotto il fenomeno del concorso materiale di reati<sup>232</sup>.

Per quanto concerne l'interprete, infine, il *ne bis in idem* sostanziale implicherebbe il divieto di applicare più volte la stessa fattispecie, o diverse fattispecie, ovvero ancora di valutare più volte in punto sanzionatorio lo stesso elemento, nei casi di medesimezza del fatto (come nel caso del divieto di valutare un accadimento sia *ex art.* 133, sia come circostanza aggravante). Pertanto, s'impone una scrupolosa perimetrazione dei rapporti fra concorso formale e materiale di reati, compito che non potrà risolversi esaustivamente senza l'apporto del diritto vivente; ma anche una

---

<sup>231</sup> Evidenzia tale funzione del *ne bis in idem* sostanziale anche M. MANTOVANI, *op cit.*, 243. Cfr. anche B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 17, che evidenzia l'approccio troppo casistico del nostro codice penale; I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 370; M. PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 946. Evidenziano la necessità che la categoria del fatto tipico debba tendere ad ancorare le fattispecie a tipologie empirico-normative quanto più possibile afferrabili e definite G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, Torino, 1991, 160; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1207 ss. Del resto, si riconosce generalmente in dottrina che il metodo casistico che l'esperienza penalistica nostrana utilizza nella predisposizione delle fattispecie risulta essere uno dei principali, se non il principale fattore genetico delle ipotesi di interferenza fra fattispecie, dal momento che fatti sostanzialmente unitari risultino di frequente riconducibili a più fattispecie, ciascuna delle quali specificamente pensata per disciplinare minutamente un particolare modo di atteggiarsi della condotta antidoverosa. Cfr. in quest'ultimo senso G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 182; il quale richiama anche i lavori di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 192 ss. e di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, *op. cit.*, 167 ss.

<sup>232</sup> Ciò risulta in particolare vero per quelle fattispecie che, pur ponendosi in momenti differenti, finiscono in realtà per "frammentare" un fenomeno che potrebbe ben profilarsi come unitario. Si pensi a titolo d'esempio, al possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli (art. 707 c.p.) rispetto al furto (art. 624 c.p.). Invero, in questi casi, si potrebbe anche rinvenire un preciso vincolo in capo al legislatore di esplicitare le ipotesi di antefatto e postfatto, mediante la predisposizione di clausole di riserva, come accade per la fattispecie di ricettazione (art. 648 c.p.). Chiaro è che in tale frangente, le ipotesi in questione, in virtù di una espressa clausola limitativa della loro validità, dovrebbero ritenersi ricomprese sotto la disciplina del concorso apparente di norme e non, pertanto, del *ne bis in idem* sostanziale. Anche per questa tematica si rinvia al Cap. IV, Sez. II, par. 3.1.

corretta valutazione degli elementi circostanziali del reato, nel senso di evitarne una duplicazione in sede di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*

## CAPITOLO IV

### LE RICADUTE IN TEMA DI CONCORSO FORMALE DI REATI E DI CONCORSO APPARENTE DI NORME

#### SEZ. I: NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE E CONCORSO FORMALE

**Sommario:** 1. L'incidentale totale avverso il "bis sanzionatorio" nei rapporti strutturali fra fattispecie. 2. Il *bis* nel momento della (pre)determinazione delle ipotesi di cumulo sanzionatorio. Le conseguenze dell'individuazione dei principi di proporzionalità e colpevolezza quali fonti del divieto sostanziale di *bis in idem* sul cumulo giuridico extraeditale. 2.1. L'applicazione della sanzione più grave fra assorbimento puro ed inasprito. 3. Il concorso formale come garanzia del rispetto del *ne bis in idem* sostanziale: la delimitazione del requisito dell'*idem*. 3.1. L'unitarietà della condotta come nucleo indefettibile della medesimezza del fatto. 4. Qualche nota conclusiva in tema di rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale e doppio binario sanzionatorio.

#### *1. L'incidentale tutela avverso il "bis sanzionatorio" nei rapporti strutturali fra fattispecie.*

L'indagine sino ad ora effettuata ha restituito un divieto sostanziale di *bis in idem* la cui sede più opportuna, come si tenterà di evidenziare nelle prossime pagine, risulta essere, più propriamente, quella del concorso formale di reati.

A giocare un ruolo determinante in questa direzione è l'inconciliabilità insanabile fra un divieto che si suppone operare sul piano, valoriale, della proporzionalità fra fatto e sanzione, ed un istituto, quello del concorso apparente, che trova sede nell'ambito della teoria della norma e, più precisamente, dei rapporti tra norme.

Preme tuttavia ora sottolineare un aspetto che si ritiene di fondamentale importanza: la conclusione qui raggiunta, che nega una relazione diretta fra *ne bis in idem* e concorso apparente di norme, non esclude che l'operatività dei due istituti conduca a conseguenze in larga parte sovrapponibili. Si deve infatti evidenziare che l'elisione della norma secondaria, causata dall'operatività della norma primaria,

comporta come ultimo effetto, al pari della censura di manifesta sproporzione del *ne bis in idem* sostanziale, l'inflizione di una ed una sola sanzione al reo.

In questo senso, a divergere sono piuttosto i meccanismi che conducono a questo risultato: la mancata applicazione di una o più norme solo apparentemente concorrenti, da un lato; la mera elisione della duplicazione delle conseguenze sanzionatorie scaturenti dall'applicazione delle stesse, dall'altro.

Invero, il fatto che due istituti dotati di presupposti e *rationes* differenti, nonché di una diversa collocazione dogmatica, conducano, in determinati casi, al medesimo risultato, non deve stupire, se non altro perché un caso analogo si riscontra, si è visto, nei rapporti fra *ne bis in idem* processuale e sostanziale<sup>1</sup>.

Pur trattandosi di due istituti agenti su due piani differenti, nonché dotati di proprie ed autonome finalità, si è evidenziata la comunanza di opinioni in dottrina circa la sussistenza di un nesso funzionale, in base al quale chi non può essere punito due volte non può nemmeno essere processato due volte<sup>2</sup>.

Ebbene, lo stesso può dirsi anche con riferimento al concorso apparente di norme: laddove è destinato ad operare l'art. 15 c.p. risulterà essere rispettato anche il divieto sostanziale di *bis in idem*, pur se attraverso un meccanismo, quello del raffronto fra fattispecie astratte, che non risulta in alcun modo legato a quelle istanze di proporzione che informano il divieto *de quo*.

Tuttavia, proprio come accade nei rapporti fra divieto di doppio giudizio e *ne bis in idem* sostanziale, la piena autonomia fra i due piani riemerge proprio considerando che, a titolo d'esempio, non ogni rapporto di specialità fra disposizioni dell'ordinamento si traduce in un corrispondente rispetto del divieto di doppia punizione, se non altro in considerazione del fatto che la regola *lex specialis derogat legi generali* non è ristretta alle sole fattispecie incriminatrici, ma si applica anche alle norme di liceità, nonché, più in generale ad ogni settore dell'ordinamento<sup>3</sup>.

Nella materia che qui interessa, tuttavia, risulta chiaro che la constatazione di un concorso apparente di norme avrà come conseguenza anche il rispetto del divieto di doppia punizione.

---

<sup>1</sup> Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte nel Cap. II, par. 2.1.

<sup>2</sup> Cfr. particolare gli autori citati nel Cap. II, par. 2.1, nt. 26.

<sup>3</sup> Si rimanda, sul punto, all'ampia casistica riportata da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 601 ss.

Questa convergenza nei risultati è evidente, a titolo d'esempio, per quanto concerne la regola sancita dal legislatore nei rispettivi primi commi degli artt. 61 e 62 c.p.

Notoriamente, queste due disposizioni costituiscono una particolare applicazione del principio di specialità sul terreno delle circostanze, imponendo il divieto di valutare come circostanza comune un elemento che sia al contempo parte essenziale della struttura del reato, ovvero che sia previsto dalla legge anche come circostanza speciale. In tale frangente, ci si trova dinanzi ad un'ipotesi di concorso apparente per specialità, trattandosi di una convergenza di circostanze (e di elementi costitutivi della fattispecie) che vengono risolti dalla legge su di un piano logico-strutturale.

A titolo d'esempio, nel primo comma dell'art. 61 rientra il caso del rapporto fra il sequestro di persona commesso dal pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni (circostanza aggravante speciale prevista dall'art. 605, c. 2, n. 2 c.p.) e la circostanza aggravante comune *ex art.* 61 n. 9 c.p.; ancora, si può richiamare l'art. 576, c. 1, n. 3 c.p., che ritiene aggravato l'omicidio nel caso in cui il fatto sia stato commesso dal latitante per sottrarsi all'arresto, rispetto all'ipotesi comune prevista dall'art. 61 n. 6 c.p.<sup>4</sup>.

In tali ipotesi, risulta chiara la presenza di un concorso apparente di norme, dal momento che il primo comma dell'art. 61 c.p. impone l'applicazione della sola circostanza speciale, sulla base di una pura relazione strutturale fra disposizioni. Detto in altri termini, si può ritenere che proprio in forza degli artt. 61 e 62 c.p. si delinei un ambito di validità delle circostanze speciali (e degli elementi costitutivi) che prevale rispetto alla sfera di validità delle circostanze comuni.

Risulta tuttavia chiaro che, in tali esempi, la non applicazione dell'art. 61 n. 9 c.p. in favore del solo art. 605, c. 2, n. 2 c.p., comporterà necessariamente, in punto sanzionatorio, che l'abuso di poteri da parte del pubblico ufficiale venga valutato una sola volta. Ciò, tuttavia, non accade direttamente in forza dell'operatività del *ne bis in idem* sostanziale, ossia nel momento della commisurazione della pena, bensì a causa dell'operatività, ancora a livello di fattispecie astratta, del criterio di specialità. Sicché non si potrà ritenere che l'operatività della sola circostanza speciale deriva, in tale frangente, dall'operatività del principio di proporzione fra fatto e sanzione, quanto

---

<sup>4</sup> Cfr. anche, per questi ed ulteriori esempi, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 548 ss.

piuttosto dalle particolari interazioni, sul piano strutturale della fattispecie astratta, fra circostanze ed elementi essenziali del reato (ovvero fra circostanze comuni e circostanze speciali).

In definitiva, può affermarsi che dall'applicazione delle regole del concorso apparente di norme derivi anche, seppur soltanto in via "mediata", il rispetto della necessità di non punire più volte in relazione al medesimo fatto, pur nella consapevolezza che tale circostanza è puramente eventuale<sup>5</sup>.

Muovendosi invece al di fuori dei casi di concorso apparente di norme, il *ne bis in idem* sostanziale agisce, in via esclusiva, come vincolo per il legislatore, vietandogli di introdurre meccanismi sanzionatori che comportino il cumulo di sanzioni in relazione al medesimo fatto.

Pertanto, l'attenzione qui è posta sui sistemi di cumulo delle pene previsti dalla legge per le ipotesi in cui più fattispecie convergono sul medesimo fatto.

In proposito, tre sono i meccanismi cumulativi affermatasi nella nostra esperienza ordinamentale: il sistema del cumulo materiale, che segue la logica, aritmetica, del *tot crimina, tot poenae*; il cumulo giuridico extraedittale, che prevede l'applicazione della sola sanzione più grave, aumentata secondo una data frazione o multiplo della stessa; l'assorbimento, che impone l'applicazione della sola pena più grave<sup>6</sup>.

Ad essi possiamo invero aggiungerne un quarto, come testimoniato dalle esperienze Spagnola e Tedesca, che abbiamo a più riprese definito come "cumulo giuridico intraedittale", ovvero come "assorbimento inasprito", che prevede l'applicazione della sola pena più grave, predisponendo tuttavia degli accorgimenti che, in un modo o nell'altro, restringono verso l'alto la forbice sanzionatoria.

In tema di concorso di reati, si suole affermare che la scelta dell'uno o dell'altro sistema sia materia riservata alla discrezionalità politico-criminale, piuttosto che un problema attinente al diritto positivo<sup>7</sup>. Ciò troverebbe conferma, si è visto, nei vari progetti di riforma al codice penale, i quali, in tema di concorso reale e formale,

---

<sup>5</sup> Del resto basta considerare che nessuna istanza di proporzione fra fatto e sanzione (e, pertanto, nessun divieto sostanziale di *bis in idem*) potrebbe essere chiamato in causa nelle ipotesi di cui all'art. 62, c. 1 c.p., in considerazione del fatto che, in dette ipotesi, vi sarebbe non un *bis* sanzionatorio, quanto piuttosto una duplicazione di attenuazioni di pena.

<sup>6</sup> Cfr. in questo senso A. PAGLIARO, voce *Concorso di pene*, *op. cit.*, par. 3. Sull'argomento cfr. anche B. ALIMENA, *op. cit.*, 558.

<sup>7</sup> Cfr. sempre A. PAGLIARO, *ibid.*

prevedevano l'adozione del cumulo giuridico, in luogo di quello materiale, anche in relazione al concorso materiale<sup>8</sup>.

Certamente, si è sottolineato a più riprese che la “questione punitiva” è materia riservata alla volontà del legislatore, eppure si ritiene necessario chiedersi se la scelta fra un sistema piuttosto che l'altro possa veramente considerarsi *in toto* discrezionale, ovvero se, al contrario, non siano rinvenibili dei limiti circa il sistema adottabile, finalizzati a censurare i casi di manifesta sproporzione.

In chiusura del terzo capitolo si è tentato infatti di dimostrare come il divieto di *bis in idem* sostanziale, costituendo un corollario del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, andrebbe a regolare non tanto le ipotesi di concorso apparente, quanto quelle di concorso effettivo di reati insistenti su di un medesimo fatto, ritenendo che il problema del divieto *de quo* sia questione attinente non al rapporto fra norme, quanto piuttosto al momento sanzionatorio<sup>9</sup>.

Si è anche evidenziato, nel corso della presente indagine, che l'unità minima per aversi identità fattuale è necessariamente costituita dal compimento di una sola azione od omissione<sup>10</sup>. Tale assunto comporta pertanto che il divieto sostanziale di *bis in idem* non potrà orientare in alcun modo la scelta del sistema più adatto per i casi di concorso materiale di reati, esplicando i propri effetti solo con riferimento al concorso formale.

Si rende pertanto necessario ora esplicitare il ruolo e la funzione di questo principio nel campo delle scelte sanzionatorie prospettabili per le ipotesi disciplinate dall'art. 81 c.p.

---

<sup>8</sup> Sul punto si rimanda al Cap. I, Sez. II, par. 2.

<sup>9</sup> Si accoglie qua la suggestione lanciata (seppur al contempo criticata) da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op cit.*, 264-265, secondo cui, privilegiando la necessità di assicurare, nel caso di qualificazioni giuridiche multiple, la congruità fra fatto e sanzione, si dovrebbe dislocare interamente il problema in una sede sistematica differente dalla disciplina della legge penale e del reato, ossia nella fase della commisurazione della pena.

<sup>10</sup> Cfr. in particolare Cap. I, par. 3.1, ove si sottolinea che i casi in cui più fattispecie siano compiuti con una sola azione od omissione possono costituire alternativamente ipotesi di concorso formale oppure apparente. Chiaramente, per unità minima s'intende dire che di medesimezza fattuale si può parlare solo in presenza di unicità di azione, laddove invece l'estensione del concetto di “stesso fatto” può essere ulteriormente ristretta con l'aggiunta di ulteriori elementi, quali la necessaria identità dell'oggetto materiale della condotta; l'identità anche dell'evento e del nesso causale fra questo e la condotta (come nel caso del concetto di *idem* delineato per l'art. 649 c.p.p.); ovvero ancora, nel caso di fattispecie integrate mediante più azioni in senso meramente naturalistico, richiedendo la contestualità (spaziale e temporale) delle stesse. Cfr. G. COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2017, 374 ss.

2. *Il bis nel momento della (pre)determinazione delle ipotesi di cumulo sanzionatorio. Le conseguenze dell'individuazione dei principi di proporzionalità e colpevolezza quali fonti del divieto sostanziale di bis in idem sul cumulo giuridico extraeditale.*

L'ipotesi iniziale di questa indagine, ossia l'esistenza di un divieto sostanziale di *bis in idem*, si è spinta fino a prospettare una seconda supposizione: la possibile incostituzionalità, per contrasto con il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., del cumulo giuridico extraeditale come conseguenza sanzionatoria del concorso formale di reati<sup>11</sup>.

Eppure, uno studio che, nell'effettuare una ricognizione di un principio inespresso, tenta non solo di rinvenirne il fondamento su norme o principi positivamente previsti dall'ordinamento, ma che al contrario si pone in contrasto con almeno un dato normativo esistente, si traduce in un'indagine in qualche modo "debole".

Risulta necessario pertanto una più meticolosa attenzione proprio sulla paventata incostituzionalità dell'art. 81 c.p., nella parte in cui prevede una "porzione" sanzionatoria ulteriore rispetto all'applicazione della sanzione più grave.

Procedendo con ordine, deve rilevarsi che, almeno da un punto di vista letterale, non può negarsi che sia il cumulo giuridico extraeditale, sia quello materiale, prevedono in realtà l'applicazione di una ed una sola pena. Se l'art. 81 c.p. infatti afferma l'inflizione *della sola pena* «che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo», anche l'art. 73 c.p., in tema di concorso di reati che comportano sanzioni della stessa specie, predispone una «*pena unica*», la cui durata corrisponde alla somma aritmetica delle pene previste per ogni singolo reato (seppur sempre entro i limiti sanciti dall'art. 78 c.p.).

Pertanto, se da un punto di vista squisitamente formale la pena inflitta è una sola, si rende necessario specificare perché detti meccanismi sanzionatori, se applicati alle ipotesi di concorso formale di reati, dovrebbero essere considerati alla stregua di un indebito *bis* sanzionatorio.

---

<sup>11</sup> Chiaramente, tale affermazione postula che le ipotesi di concorso formale rappresentino ipotesi di "medesimo fatto". Sul punto, sul quale ci si riservano maggiori considerazioni, *infra*, parr. 3 e ss., un dato pare inequivocabile: la ben nota critica alla specialità in concreto, quale criterio che comporterebbe la scomparsa delle ipotesi di concorso formale, si ritiene formulabile proprio a causa della riconducibilità delle ipotesi disciplinate dall'art. 81 c.p. al concetto di "stesso fatto" su cui insistono più norme, non in rapporto di specialità unilaterale.



La risposta è invero immediata, se non altro in considerazione delle più volte menzionate critiche che ravvisano un'incompatibilità insanabile fra concorso ideale di reati e *ne bis in idem* sostanziale<sup>12</sup>: se è vero che la pena predisposta è, formalmente, una ed una sola, non può tuttavia negarsi che l'andare "oltre" alla sanzione prevista per il reato più grave significa, in definitiva, che il cumulo giuridico "aggiunge" una porzione ulteriore di pena ad un fatto per il quale è già stata predeterminata una cornice edittale, la cui funzione dovrebbe per l'appunto essere quella di potersi adattare, seppur con l'ausilio delle circostanze del reato, ad ogni sfaccettatura del caso concreto<sup>13</sup>.

Il cumulo sanzionatorio, pertanto, è un meccanismo che non desta particolari problemi solamente con riferimento alle ipotesi di concorso materiale di reato. In tale frangente, a fronte di più azioni od omissioni non si può che riscontrare la presenza di più fatti, indi per cui la scelta di approntare una risposta sanzionatoria più (cumulo materiale) o meno (cumulo giuridico) rigoristica risulta espressione della discrezionalità politico-repressiva del legislatore.

La questione muta, al contrario, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 81, c. 1 c.p. In tale sede, l'unicità della condotta porta alla convergenza di più fattispecie astratte su di un medesimo fatto.

Dovrebbe pertanto concludersi che il cumulo materiale e quello giuridico extraedittale, anche se formalmente predispongono l'applicazione di una pena unica, si pongono sostanzialmente in contrasto con detta preclusione, proprio per l'aggiunta di una porzione sanzionatoria alla fattispecie più grave, che dovrebbe essere ritenuta in grado, da sola, di esaurire l'intero disvalore della fattispecie concreta<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Si rimanda agli Autori citati nel Cap. I, nt. 13.

<sup>13</sup> Del resto, la funzione della cornice edittale, da riconnettere all'art. 25, c. 2 Cost., risulta essere chiaramente quella di delimitare la discrezionalità del giudice entro minimi e massimi ragionevoli. Sul punto cfr. sempre Corte cost. n. 299/1992 che richiede che la forbice sanzionatoria non sia così ampia da risultare manifestamente non correlata anche alla variabilità delle fattispecie concrete. Cfr. anche Cap. III, par. 6.2.

<sup>14</sup> Che l'assorbimento (semplice o inasprito) sia la conseguenza, per così dire, naturale del *ne bis in idem* sostanziale è un assunto che si ritiene non essere controvertibile. Nonostante i vari dubbi interpretativi e concettuali che accompagnano tale preclusione, il dato dell'applicazione della fattispecie più grave è elemento comune, si è visto, di tutte le teorie che ad esso fanno riferimento, siano esse valoriali, come quella di Pagliaro, oppure strutturali, come la più volte citata impostazione di Mantovani. Tale circostanza poi, risulta ancora più pregnante in considerazione della già citata osservazione secondo la quale il divieto viene talvolta richiamato come fondamento del concorso di norme e talaltra come *conseguenza* dell'applicazione dei criteri di sussidiarietà e consunzione. In tale seconda accezione, *ne bis in idem* e assorbimento, in sostanza, coincidono.

Si ritiene pertanto che, con specifico riferimento alle ipotesi di concorso formale di reati, l'adozione di un cumulo giuridico intraeditale (sia nella ipotesi di assorbimento puro, quanto di quello c.d. inasprito) in luogo di quello extraeditale non costituisca una mera opzione, una scelta, di politica criminale, bensì un vero e proprio obbligo, derivante dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., poiché, giova ripeterlo, la previsione di una duplice (e *a fortiori* molteplice) sanzione per lo stesso fatto rappresenta una scelta repressiva manifestamente sproporzionata.

In proposito, diverse sono le motivazioni che spingono verso detta conclusione, anche prescindendo dal richiamo al divieto sostanziale di *bis in idem*.

In primo luogo, si è visto, la scelta sanzionatoria originariamente prevista dal codice Rocco, seppur poi temperata dalla riforma del '74, risulta essere un fenomeno "isolato" se raffrontato con altre esperienze ordinamentali, che prevedono invece ipotesi di assorbimento inasprito, se non addirittura puro<sup>15</sup>.

In secondo luogo, come efficacemente evidenziato da attenta dottrina, l'applicazione della sola sanzione più grave, nei casi disciplinati dall'art. 81, c. 1 c.p., comporterebbe enormi vantaggi di semplificazione del giudizio, sia per la più ristretta forbice editale, che "avvicinerebbe" in punto sanzionatorio i due istituti, sia perché, a conti fatti, si risponderebbe in ogni caso per un solo reato<sup>16</sup>.

Ancora, nel tentativo di prevenire la scontata critica secondo cui risulterebbe indebito "equiparare" le ipotesi di concorso formale a quelle *ex art. 15 c.p.*, dal momento che nel primo caso si è pur sempre in presenza di una pluralità di reati, si deve segnalare che una simile operazione potrebbe essere compiuta senza risultare sorda a tale osservazione.

Nello specifico, se da un lato va ricordato che nei casi di specialità può ben raffigurarsi l'applicazione della sola sanzione meno grave (risultato impraticabile seguendo i binari del divieto sostanziale di *bis in idem*); dall'altro deve evidenziarsi che sarebbe sempre possibile recuperare tale distinzione (unità o pluralità di reati) in punto sanzionatorio, mediante la predisposizione di un meccanismo di assorbimento inasprito. Ancora, una significativa differenza si riscontrerebbe anche per le ipotesi di

---

<sup>15</sup> Cfr. in particolare Cap. I, Sez. II, par. 3, per i sistemi olandese, tedesco e spagnolo. Nello stesso senso cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 378, che richiama gli ultimi due ordinamenti, assieme a quello inglese, al fine di evidenziare la necessità di una equiparazione del concorso formale a quello apparente, come nel sistema pre codice Rocco.

<sup>16</sup> Cfr. sempre I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 368, nonché 377.

“sopravvivenza” del reato secondario (*Restwirkungen*), da ritenersi legittima nei soli casi di convergenza reale<sup>17</sup>.

Infine, è pacifico in dottrina che le ipotesi di concorso formale presentino una componente di disvalore inferiore rispetto a quella insita nel caso di reati commessi con più azioni od omissioni, motivo per il quale si è optato per la predisposizione del cumulo giuridico<sup>18</sup>. Eppure, pare di poter sostenere che anche quest’ultimo risulti “eccessivo” rispetto al disvalore dei fatti commessi. Lo dimostra, se non altro, la tendenza pressoché univoca dei progetti di riforma al codice penale a temperare l’intero sistema del concorso di reati, seppur senza giungere all’adozione del meccanismo dell’assorbimento<sup>19</sup>.

Tale ultima circostanza, può trovare spiegazione nella “paura” che una soluzione come quella qui presentata possa frustrare le esigenze politico-repressive dell’ordinamento, attraverso la predisposizione di un sistema sanzionatorio, per così dire, troppo “mite”. In questo senso, potrebbe ben criticarsi che l’applicazione della sola sanzione più grave (ovvero di forme intraeditali di cumulo giuridico) si rivelerebbe essere un’opzione “troppo di favore”, tale da rendere inefficaci le funzioni di prevenzione, generale e speciale, connaturate al diritto penale.

Si ritiene tuttavia di poter ridimensionare tale ultima osservazione<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Si rimanda, sul punto, al Cap. III, parr. 7 e ss.

<sup>18</sup> Per i riferimenti bibliografici, si rimanda a Cap. II, par. 6, nt. 103. Si può in questa sede aggiungere anche quanto affermato da A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 303, secondo cui l’unicità dell’azione determina un minor disvalore soggettivo, rispetto alle ipotesi di concorso materiale, sicché si ritiene che il concorso formale debba ricevere un trattamento sanzionatorio più benevolo. Più specificamente, sulle differenze fra concorso formale e materiale, si può infine affermare che, nell’ipotesi disciplinata dal primo comma dell’art. 81 c.p., si è di fronte ad una pluralità di reati «tra i quali emerga un elemento di connessione sostanziale ulteriore rispetto a quello dell’attribuibilità al medesimo soggetto». Così P. NUVOLONE, *Pluralità di delitti*, op. cit., 1089 ss. Pertanto, se la presenza di più reati rappresenta l’essenziale elemento discrezionale rispetto alle ipotesi di concorso apparente, la circostanza per cui essi sono sostanzialmente connessi (poiché commessi con una sola azione od omissione) varrebbe a distinguere il concorso formale da quello materiale, ove i diversi reati sarebbero collegati unicamente dall’identità del soggetto agente.

<sup>19</sup> Si rimanda, in proposito al Cap. I, Sez. II, par. 2. In questa sede può evidenziarsi che, se le Commissioni Pagliaro e Nordio proponevano un’attenuazione del solo concorso materiale, le Commissioni Grosso e Pisapia, al contrario, proponevano una risposta sanzionatoria più mite anche per i casi di concorso formale, senza mai giungere, tuttavia, all’applicazione della sola sanzione più grave.

<sup>20</sup> Si proverà a farlo cercando di non abusare eccessivamente dello scudo del *favor rei*, troppo spesso evocato a giustificazione di trattamenti sanzionatori di favore. Se certamente è possibile invocare anch’esso a giustificazione della presente tesi, non lo si può tuttavia ritenere da solo in grado di giustificare qualsivoglia soluzione più mite per il reo. Del resto, si concorda con l’opinione di chi vede nel diritto penale una serratissima dialettica, per non dire “uno scontro”, fra il *favor libertatis* ed il *favor societatis*, sicché si ritiene di dover provare a fornire legittimazione a questa più mite opzione nel rispetto anche di questo secondo polo, ossia la c.d. difesa sociale. Evoca tale dialettica G. VASSALLI, *Scritti*

Anche tralasciando la circostanza, invero non secondaria, secondo cui la predisposizione del cumulo intraeditale da parte di molte legislazioni straniere già di per sé dovrebbe indiziare verso un ridimensionamento della summenzionata critica, ad essa si può controbattere anche mediante considerazioni tutte “interne” all’esperienza giuridica nostrana.

La previsione di un concorso formale intraeditale risulterebbe essere anzitutto un potente argine verso l’incresciosa tradizione del nostro codice penale al ricorso massiccio al metodo casistico, il quale comporta un’eccessiva qualificazione multipla degli accadimenti fattuali<sup>21</sup>. In questo senso, se, come detto, il divieto sostanziale di *bis in idem* dovrebbe accompagnarsi anche ad una riduzione (*rectius*: razionalizzazione) del numero delle fattispecie, nel rispetto del principio di frammentarietà, esso dispiegherebbe comunque i propri effetti attraverso un concorso formale a conseguenze intraeditali.<sup>22</sup>

Risulta infatti incontestabile che il massiccio ricorso alla legislazione simbolica, specie in ambiti “sensibili”, come la lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata e, più di recente, all’immigrazione clandestina, ha comportato un esponenziale aumento delle fattispecie incriminatrici e, più in generale, della legislazione extra codicistica, sicché rimane ancora attuale, a distanza di oltre 20 anni, l’affermazione secondo cui «i rapporti fra norme si sviluppano raramente in situazioni di quiete legislativa, nelle quali l’opera dell’interprete interviene “a boccie ferme”»<sup>23</sup>.

---

*giuridici*, Vol. I, Milano, 1997, p. V (introduzione), che la declina anche come difesa sociale, da un lato, e tutela del singolo in quanto persona umana, dall’altro. In quest’ultimo senso anche ID, *I principi generali del diritto*, *op. cit.*, 705.

<sup>21</sup> Evidenzia tale circostanza B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 17 e 25, il quale sottolinea, fra l’altro come tale circostanza risultasse ancora più evidente, in passato, quando l’art. 81, c. 1 c.p. prevedeva l’applicazione del cumulo materiale di reati. Se, in accordo con l’Autore, la riforma del 1974, prevedendo il cumulo giuridico (ed ampliando l’ambito applicativo del reato continuato) ha attenuato gli effetti di tale proliferazione di fattispecie incriminatrici, si ritiene in questa sede che la predisposizione di un cumulo giuridico intra editale risulterebbe essere una soluzione ancor più efficace. Evidenziano l’eccessivo ricorso al metodo casistico per la predisposizione di fattispecie incriminatrici, *ex multis*, E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 279; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 1988, p. XIX (dell’introduzione). Si ritiene estremamente carica di significato, in proposito, l’espressione «*big bang* di parte speciale», utilizzata da M. PAPA, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 946, secondo cui, specie con riferimento al fenomeno della “decodificazione” «si assiste (...) ad una “penalizzazione a tappeto” che smarrisce totalmente i canoni di frammentarietà e tipicità». Cfr. infine C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 121.

<sup>22</sup> Cfr. Cap. III, par. 9.

<sup>23</sup> Così, testualmente, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 19.

Connesso a tale aspetto, vi è poi quello, rilevato da più voci in dottrina, dell'eccessivo rigore sanzionatorio del codice Rocco, il quale troppo spesso "subisce" modifiche che, quando non procedono ad introdurre nuove fattispecie incriminatrici, strizzano l'occhio alla pubblica opinione mediante "ritocchi *in peius*" delle cornici edittali di incriminazioni già presenti, nonostante i livelli sanzionatori del codice del '30 fossero già al tempo della sua emanazione considerati draconiani, se rapportati alla disciplina del previgente codice<sup>24</sup>.

Problemi a cui la giurisprudenza non fornisce soluzioni, ma meri palliativi: la tendenza alla determinazione della pena nei limiti minimi edittali; l'applicazione indiscriminata delle attenuanti generiche o della figura (peraltro estesa dalla novella del 1974) del reato continuato; il ricorso eccessivo all'istituto della sospensione condizionale della pena<sup>25</sup>.

A tali argomentazioni, che si ritengono già di per sé dotate di grande persuasività, si aggiunge, infine, anche la ricognizione del divieto sostanziale di *bis in idem*, quale corollario del principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, nell'accezione di *Übermaßverbot*.

### 2.1. L'applicazione della sanzione più grave fra assorbimento puro ed inasprito.

Dopo aver tentato di ridimensionare le possibili critiche nei confronti di un concorso formale a conseguenze intraedittali rimangono da sciogliere ancora taluni nodi problematici.

In primo luogo, una ridefinizione dell'attuale disciplina dell'art. 81 c.p. entro i limiti della sanzione più grave comporta comunque una scelta, ossia quella fra

---

<sup>24</sup> Per tale aspetto si veda, tra gli altri, S. ALEO, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale*, Milano, 1989, 3; G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, in *La questione criminale*, 1981, 297; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 17. Cfr. infine M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.* 7/2018, 2289, il quale sottolinea l'eccessiva severità sanzionatoria in astratto del sistema italiano, specie nei minimi edittali, ove confrontato con gli altri ordinamenti giuridici europei.

<sup>25</sup> Così, già B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 190, che richiama anche P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 148.

l'assorbimento puro ed inasprito (o cumulo giuridico intraeditale), già sperimentato da differenti esperienze ordinamentali straniere quali la Germania o la Spagna<sup>26</sup>.

Dal momento che, si è visto, il divieto sostanziale di *bis in idem* comporterebbe la censura del cumulo giuridico, nella parte in cui prevede l'aumento sino al triplo della sanzione più grave, si può sostenere che la scelta fra l'una e l'altra opzione risulti puramente discrezionale. La funzione del divieto di doppia punizione, infatti, non è (né deve essere intesa come) quella di sostituirsi al legislatore, nell'individuazione della sanzione da predisporre per determinati fatti, e nemmeno può consistere nell'individuazione della pena da infliggere in concreto, compito invero non sottraibile dall'*arbitrium iudicis*, essendo piuttosto quella di evitare cumuli sanzionatori manifestamente irragionevoli. La censura data dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., pertanto, non può spingersi sino ad indicare *come* ridefinire le cornici edittali in caso di concorso formale di reati, bensì, più semplicemente, ponendo un *limite*, da rinvenire nell'applicazione della sanzione più grave.

In ogni caso, uno sviluppo coerente di quanto osservato durante la presente indagine dovrebbe comportare una netta preferenza verso la tecnica sanzionatoria dell'assorbimento inasprito. Se è vero infatti che una maggior equiparazione in punto sanzionatorio fra concorso apparente e formale avrebbe come effetto quello di ridimensionare la questione della distinzione fra tali fenomeni, non meno vera è la circostanza per cui nel primo caso vi è un solo reato applicabile, mentre nel secondo più d'uno, sicché tale affermazione non può essere obliterata<sup>27</sup>.

Tale diversità, unita al più volte citato fenomeno della sopravvivenza della fattispecie "assorbita", dovrebbe indirizzare verso l'adozione di un meccanismo, quale è

<sup>26</sup> Ciò, chiaramente, in prospettiva *de iure condendo*, laddove una pura ricognizione della cittadinanza costituzionale del divieto di *bis in idem*, senza che ad essa segua alcun intervento legislativo, potrebbe condurre solamente a censurare l'aumento del triplo, previsto dall'art. 81, primo comma, c.p.

<sup>27</sup> Sul punto si veda anche quanto affermato da I. GIACONA, *Spunti di riflessione, op. cit.*, 367 ss., che propende per una "equiparazione" fra le ipotesi di concorso formale ed apparente, mediante la predisposizione di un assorbimento puro per la disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p., sottolineando tuttavia che appare discutibile procedere in tal modo proprio per la presenza di più reati nel primo caso e di uno solo nel secondo. L'Autore ritiene tuttavia che i problemi che deriverebbero da una simile equiparazione sarebbero in ogni caso da bilanciare con quelli che attualmente derivano dall'individuazione delle ipotesi c.d. di confine fra concorso formale ed apparente, considerando preferibile optare per la predetta equiparazione, proprio a causa dei vantaggi in termini di «semplificazione del giudizio e che l'esigenza di distinzione tra le due ipotesi potrebbe comunque trovare risposta in sede di commisurazione della pena». A tale ultima affermazione si ritiene invece si possa meglio adattare la scelta di predisporre un cumulo giuridico infra editale: la previsione di "accorgimenti" tesi ad imporre restrizioni all'applicazione della sola sanzione più grave risulta maggiormente idonea a far sì che la considerazione dei reati assorbiti non sia lasciata alla pura discrezionalità del giudice, nel momento di quantificare in concreto la sanzione.

quello di assorbimento inasprito che, se da un lato si dimostra rispettoso del divieto di doppia punizione, dall'altro costituisce il modo migliore per non "annullare" *in toto* le fattispecie meno gravi, le quali, non essendo in rapporto di specialità rispetto a quella assorbente, manterrebbero una rilevanza, seppur entro i confini della fattispecie più grave<sup>28</sup>.

Conseguentemente, il cumulo giuridico intraeditale risulta essere la risposta sanzionatoria che più si dimostra coerente con l'impostazione dogmatica che ravvisa nel concorso formale una pluralità di reati, seppur contenuti entro il limite massimo della sanzione più grave.

Risulta poi chiaro che, nonostante non ci si trovi dinanzi ad un'ipotesi di assorbimento puro, un concorso formale a conseguenze intraeditali risulterebbe comunque in grado di esprimere quell'esigenza valoriale che le teorie pluraliste riconducono ai criteri di sussidiarietà e consunzione (ma anche, ci si sente di poter affermare, di gran parte delle teorie moniste rispetto a talune interpretazioni estensive del criterio di specialità). L'assorbimento, puro od inasprito che sia, comporta pur sempre una scelta in favore della fattispecie maggiormente in grado di assorbire l'intero disvalore penale del fatto<sup>29</sup>. Le istanze equitative che stanno alla base di tale scelta sanzionatoria, peraltro, riguardano gli effetti dell'assorbimento in sé e per sé considerato, indipendentemente dal fatto che esso consegua ad un concorso formale od apparente di norme.

Inoltre, se è vero che assorbimento puro ed inasprito comportano conseguenze giuridiche parzialmente differenti, bisogna sottolineare che, a conti fatti, le fattispecie sussidiarie o consunte manterrebbero pur sempre una propria rilevanza, o per effetti diversi da quelli meramente sanzionatori, ovvero perché in ogni caso potenzialmente

---

<sup>28</sup> Nello stesso senso, per la dottrina tedesca, I. PUPPE, *Funktion*, *op. cit.*, 151, secondo la quale la funzione della sanzione prevista dal § 52 StGB è quella di permettere alle altre fattispecie formalmente concorrenti di mantenere una propria rilevanza come motivo di aggravamento della pena concretamente inflitta, seppur *entro* il limite editale della sanzione più grave. Del resto, si è visto, le stesse ipotesi di sussidiarietà e consunzione, nell'esperienza tedesca, "tradiscono" l'apparenza del concorso nel momento in cui si ammette che residuino taluni effetti in capo alle fattispecie assorbite. Effetti, si ripete, che trovano un limite nel *Doppelbewertungsverbot*. Sul punto si rimanda alle osservazioni svolte nel Cap. III, par 4 ss. Se certamente si tratta di esperienze maturate in un contesto ordinamentale straniero, non meno vero è il fatto che tali criteri sono stati studiati e ripresi dalla dottrina italiana proprio partendo dalla dogmatica tedesca, sicché si ritiene tale circostanza estremamente significativa anche nel contesto di un'indagine sulla disciplina italiana della convergenza di fattispecie.

<sup>29</sup> Basti qui richiamare le più volte citate impostazioni di A. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, *op. cit.*, *passim*, e di B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, in particolare 260 ss., ove collega l'assorbimento al concetto di "continenza di valore".

riesumabili nella valutazione della gravità del fatto che il giudice deve effettuare *ex art.* 133 c.p.<sup>30</sup>.

Così ridimensionate, le differenze fra concorso formale ed apparente (sia nella visione pluralista sia nella maggior parte delle visioni moniste) risulterebbero grandemente ridimensionate, se non addirittura annullate, con notevole impatto circa l'ardua questione della ricognizione del *limes* divisivo di tali fenomeni: i casi notoriamente riconducibili alla sussidiarietà ed alla consunzione, lungi dal rappresentare fenomeni di convergenza apparente, dovrebbero invece trovare la propria sede nel concorso formale, dove trova sede ed esplica i propri effetti il divieto sostanziale di *bis in idem*<sup>31</sup>.

La predisposizione di un cumulo giuridico intraeditale, fra l'altro, consente di spendere qualche parola anche con riferimento all'annosa questione del significato da attribuire al concetto di "violazione più grave" *ex art.* 81 c.p., sul quale è nota la presenza di due opposte concezioni, a seconda che con tale inciso si faccia riferimento alla pena che in concreto risulta essere più afflittiva, oppure a quella in astratto, deducibile dai massimi edittali delle singole fattispecie in concorso formale<sup>32</sup>.

Sul punto si ritiene che se la funzione del *ne bis in idem* sostanziale deve essere identificata nel porre un limite, per manifesta irragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore, all'interno di un difficile bilanciamento fra principio di legalità e proporzionalità della sanzione, l'individuazione della violazione più grave non potrà che essere effettuata in astratto. Sul punto, si può richiamare anche quanto affermato dalle Sezioni Unite ai fini dell'interpretazione del concetto di "violazione più grave" *ex art.* 81 c.p., seppur riguardante un'ipotesi di continuazione, secondo le quali «qualora si attribuisse rilievo alla decisione adottata in concreto dal giudice in relazione alla singola fattispecie (...) si invaderebbe uno spazio riservato al legislatore, al quale soltanto spetta

---

<sup>30</sup> Per quanto concerne il primo profilo, si rimanda a quanto affermato circa le conseguenze civili delle fattispecie assorbite, Cap. III, par. 7. Per quanto concerne il secondo profilo, una simile osservazione, nella dottrina tedesca, viene svolta da I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, *op. cit.*, in particolare 296 ss.; ID, *Funktion*, *op. cit.*, 156 ss.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. *infra*, Sez. II, par. I, ove si affronterà l'argomento anche in relazione alle letture estensive del criterio di specialità.

<sup>32</sup> Cfr., per maggiori approfondimenti, anche giurisprudenziali, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 327 ss.



stabilire se una condotta contraria alla legge debba essere qualificata più o meno grave di un'altra»<sup>33</sup>.

Del resto, solo la violazione più grave astrattamente considerata risulta essere il giusto parametro da cui partire per valutare il disvalore che l'ordinamento attribuisce ad una data fattispecie delittuosa, senza contare che un approccio basato sulla violazione più grave "in concreto" rischierebbe di portare ad estendere eccessivamente la discrezionalità dell'organo giudicante, alimentando il rischio di veder proliferare soluzioni anche profondamente diverse in relazione ad episodi fattuali del tutto simili.

Infine, anche l'interpretazione letterale, proseguendo in adesione al ragionamento delle Sezioni Unite, porta a ritenere che l'espressione "violazione" si riferisca alla condotta illecita così come descritta dalla norma incriminatrice, il cui disvalore è palesato dalla forbice edittale per essa prevista dal legislatore, connotandosi in maniera distinta ed autonoma rispetto alla nozione di "pena"<sup>34</sup>.

In definitiva, il divieto sostanziale di *bis in idem*, quale precipitato del principio di proporzionalità, impone l'adozione, nei casi di medesimezza del fatto, di risposte sanzionatorie che si mantengano nei limiti della violazione (in astratto) più grave. Tuttavia, la presenza di una pluralità di reati, seppur normativamente unificati sotto la predisposizione di una "pena unica", spinge verso l'adozione di forme di assorbimento inasprito, il cui scopo, seppur sempre in ottica di *favor* per il reo, è anche quello di non frustrare le esigenze politico-repressive proprie dei reati c.d. assorbiti.

Risulta necessario infine spendere qualche parola anche con riferimento al quarto comma dell'art. 81 c.p., che disciplina i casi di concorso formale (o di reato

---

<sup>33</sup> Così Cass. pen., SS. UU., 28 febbraio 2013, n. 25939, in [www.peanalecontemporaneo.it](http://www.peanalecontemporaneo.it) punto 9 delle considerazioni in diritto, con nota di A. AIMI, *Le Sezioni Unite sull'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena per il reato continuato* (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>34</sup> Cass. pen., SS. UU., 28 febbraio 2013, n. 25939, sempre al punto 9 delle considerazioni in diritto. Invero, per quanto concerne l'attuale disciplina dell'art. 81 c.p., propende per l'individuazione in concreto della pena più grave la dottrina maggioritaria. Cfr., *ex multis*, E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato – dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991, 38; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., in particolare 331 per cospicui riferimenti bibliografici. Eppure, ragionando sulla pena in concreto, può rilevarsi come la stessa risulterà pressoché sempre "più mite" rispetto all'astratto limite edittale previsto per la fattispecie più grave, sicché si può aggiungere, *ad abundantiam*, anche questa argomentazione a quelle già evidenziate, nel precedente paragrafo, al fine di evidenziare come il rischio che la predisposizione di un assorbimento inasprito comporterebbe la predisposizione di sanzioni troppo miti, incapaci di esplicare una reale funzione general preventiva, sia più potenziale che reale. Può infatti rilevarsi che l'individuazione in concreto della pena più grave, da effettuarsi anche sulla scorta di eventuali circostanze o di riti premiali, condurrebbe ad individuare in ogni caso pene molto più contenute rispetto a quella più grave del punto di vista edittale, pur con la facoltà per l'organo giudicante di aumentarla sino al triplo.

continuato) in cui i reati siano stati commessi da soggetto recidivo, secondo il disposto dell'art. 99, c. 4 c.p.

Allo stato dell'arte, il c.d. recidivo reiterato si vede applicato un aumento di pena che non può essere in ogni caso inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Specularmente, lo stesso art. 99 c. 4 prevede a sua volta un aumento di pena rispetto al reato base, sicché il soggetto viene a trovarsi punito più severamente sia a causa di tale disposizione, sia a causa del disposto dell'art. 81, c. 4 c.p., per i casi in cui commetta più reati uniti in concorso formale, oppure avvinti dal vincolo della continuazione.

Chiaro è che, come osservato da attenta dottrina, tale regime si sostanzia in una duplicazione sanzionatoria causata dalla medesima circostanza (ossia quella di essere recidivo), ponendosi in contrasto con il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost.<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, 2/2006, 185, che evidenzia la presenza di un doppio incremento di pena qualora un soggetto, proprio in ragione dei reati in concorso od in continuazione per i quali è giudicato, venga riconosciuto come recidivo reiterato in relazione ad altre due precedenti condanne. Su tale circostanza è stata invero prospettata anche una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 25 c. 2 e 27 c. 1 e 3 Cost., ritenuta tuttavia infondata dalla Consulta, la quale ha escluso che l'art. 81 c. 4 c.p. si ponga in contrasto con il dettato costituzionale dal momento che, in ogni caso, il riconoscimento dello *status* di recidivo non è obbligatorio, sicché gli aumenti ad essa ricollegati sarebbero inflitti sul presupposto che il giudice abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in concorso formale (od in continuazione). Cfr. Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ult. acc. 15/10/2019). Deve tuttavia segnalarsi che la circostanza che l'applicazione della disciplina della recidiva reiterata sia facoltativa non scongiura invero il rischio di incorrere in una doppia punizione, quanto meno nell'ipotesi qui prospettata. Infatti, non ci si può sottrarre dal sottolineare che, qualora il soggetto sia dichiarato recidivo *ex art. 99 c. 4 c.p.* per uno dei reati in concorso formale (o in continuazione), il secondo aumento previsto dall'art. 81 c. 4 c.p. sarebbe sì automatico, sicché si ritiene in ogni caso presente il rischio di un *bis* sanzionatorio. Rischio invero di cui sembra essere consapevole la stessa Consulta, la quale, in un *obiter dictum*, afferma che «nel sollevare la questione, il rimettente muove dall'implicito, e in sé non implausibile, presupposto interpretativo di riferire la norma impugnata – ad onta dell'indicazione, apparentemente contraria, ricavabile dalla *consecutio temporum* delle voci verbali impiegate («reati... commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma») – al caso in cui l'imputato venga dichiarato recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione (...) e non, invece, al caso in cui l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva». Si tratta di un'affermazione ambigua: se, da un lato, la Corte ritiene possibile interpretare l'art. 81, ult. comma c.p. in questo modo, dall'altro sembra sottolinearne l'impossibilità seguendo un'attenta interpretazione della norma. Se non ci si inganna, pare che la Consulta non sia rimasta estranea, in tale frangente, alla presenza potenziale di un *bis* sanzionatorio, seppur la vicenda si sia risolta in una manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Si ritiene tuttavia che, accogliendo nel nostro ordinamento il principio di *ne bis in idem* sostanziale, l'art. 81 c. 4 c.p. si porrebbe certamente in contrasto con esso, quantomeno nell'ipotesi sopra prospettata.

3. *Il concorso formale come garanzia del rispetto del ne bis in idem sostanziale: la delimitazione del requisito dell'idem.*

Risulta ora necessario procedere alla definizione del secondo polo del divieto, considerando che l'elemento dell'*idem*, come visto in chiusura dello scorso capitolo, si assesta maggiormente sul piano naturalistico, sebbene pur sempre "filtrato" dal dato normativo<sup>36</sup>.

Invero, i "fatti" della realtà sono necessariamente una *condicio sine qua non* dell'analisi sulla convergenza di fattispecie, reale od apparente che sia, seppur con una non marginale differenza.

Nella prima tipologia di concorso gli accadimenti naturalistici rilevano non solo come presupposto della convergenza, ma anche per definire se il soggetto abbia posto in essere più reati in concorso materiale (più azioni od omissioni) o formale (un'azione od omissione).

Nel secondo caso, invece, il dato fattuale assume rilievo solo *ex ante*, come presupposto del fenomeno del concorso apparente. In altri termini, esso rileva nella sola fase, prodromica, dell'individuazione delle norme astrattamente applicabili, laddove l'apparenza o meno della convergenza dovrà però risultare da un'analisi logico-strutturale delle norme così individuate.

Pertanto, l'accadimento concreto non giocherà un ruolo attivo per quanto concerne l'indagine sui rapporti astratti fra le norme che su di esso insistono (artt. 15, 61 e 62 primo comma c.p., nonché nei casi di clausole di riserva espresse), finalizzata a comprendere se una sola, alcune, o tutte le fattispecie risultino applicabili. Solo laddove si accerti la presenza di una convergenza reale, si dovrà verificare se tale dato naturalistico debba essere considerato come unico oppure come molteplici fatti storici. Solamente nel primo caso, infine, ci si troverà entro i confini del *ne bis in idem* sostanziale.

---

<sup>36</sup> In questo senso, si è provato ad evidenziare la circostanza secondo la quale anche le indagini volte a determinare un c.d. *idem crimen* non prescindono mai realmente dal singolo comportamento effettivamente realizzatosi. Sul punto, si rimanda alle considerazioni già svolte nel Cap. III, par. 8. Cfr. anche M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 44 ss.; nonché B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 219, che sottolinea efficacemente che «punto di partenza di ogni indagine sul rapporto tra norme coesistenti, che non voglia essere legata ad astratte elucubrazioni, deve necessariamente essere il fatto concreto. Che sia quello ipotizzato dal teorico o quello individuato nello specifico accadere quotidiano dalla giurisprudenza, poco importa».

In altri termini, ove dal primo esame astratto si rinvenga l'applicabilità di una ed una sola norma, si sarà in presenza di un concorso apparente di norme. Qualora invece le relazioni strutturali fra le stesse comportino la presenza di una pluralità di fattispecie, essa dovrà essere valutata, in punto sanzionatorio, secondo le regole del concorso di reati, unitamente ai limiti portati dal divieto sostanziale di *bis in idem* laddove l'accadimento storico sia da considerare unico.

Il tutto con l'avvertenza che anche la stessa delimitazione del concetto di fatto deve essere effettuata tenendo conto delle positivizzazioni legislative, dal momento che, pure in questo ambito, il dato normativo deve essere la "materia prima", prescindendo dalla quale la dogmatica tradirebbe i suoi compiti<sup>37</sup>.

Si rende necessario però comprendere quale sia esattamente la funzione dell'accadimento concreto per le ipotesi di convergenza fra norme.

Fermo restando che in ogni caso esso costituisce il punto di partenza necessario per comprendere da quante e quali fattispecie di reato esso può essere contemplato, deve rilevarsi che, ove la questione della convergenza apparente venga risolta esplicitamente dal legislatore, la sua funzione non risulta essere niente più che quella di costituire uno dei presupposti del concorso.

Nello specifico, non è dall'estensione del fatto storico che comprendiamo che, a titolo d'esempio, l'abuso d'ufficio risulta essere solo apparentemente concorrente con altre fattispecie poste in essere dal pubblico ufficiale. La mera apparenza del concorso, al contrario, deriva interamente dalla presenza, *ex ante*, di una clausola di riserva posto ad *incipit* nell'art. 323 c.p. Ad analoga conclusione si può giungere nelle ipotesi in cui uno stesso elemento sia classificabile come circostanza comune e speciale, come negli esempi riportati nel primo paragrafo. Ancora, infine, identica conclusione si ha nelle ipotesi di specialità unilaterale: si pensi, al caso del sequestro a scopo d'estorsione, fattispecie speciale rispetto alla più generale ipotesi di cui all'art. 605 c.p. In tale frangente il rapporto logico fra le norme comporterà sempre l'applicabilità della prima fattispecie, a nulla rilevando il particolare modo di atteggiarsi degli accadimenti concreti: ove il fatto sia sussunto nella norma speciale, lo stesso risulterà *sempre* anche sussumibile nella norma generale, sicché, ogniqualvolta risulterà integrata la prima, si avrà un concorso apparente della seconda.

---

<sup>37</sup> Cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 7-8.

In tutte queste situazioni, il fatto rappresenta sì il minimo comune denominatore, nel senso che per avere una convergenza apparente serve che più norme risultino potenzialmente applicabili ad esso. Tuttavia, l'identificazione di quale sia la fattispecie applicabile e quali siano quelle solo apparentemente tali, è un processo che si esplica interamente sul piano delle relazioni logiche intercorrenti fra le stesse<sup>38</sup>.

Eppure, è un dato incontestabile che il concetto di “stesso fatto” sia quasi onnipresente nella letteratura in tema di concorso apparente di norme, a causa dell'insostenibile inadeguatezza del solo principio di specialità unilaterale a risolvere i casi di convergenza apparente (anche se, a questo punto dell'indagine, sarebbe più corretto fare riferimento ai casi in cui si ritiene non possa procedersi a sanzionare più volte uno stesso fatto).

Se infatti si osservano attentamente i vari suggerimenti dottrinali tesi ad estendere il perimetro del concorso di norme oltre i suoi naturali confini, ci si accorge in fretta che essi, in realtà, risultano accumulati dalla stessa esigenza: trovare una modalità di perimetrazione dei fatti storici, il più possibile immune da zone grigie, che funga da indice rivelatore dell'unitarietà dell'accadimento naturalistico. Da questa unitarietà discenderebbe pertanto un concorso solo apparente di fattispecie.

In altri termini, laddove non arrivano la specialità e le clausole di riserva espresse, il fatto unitario, diversamente inteso a seconda della dottrina di riferimento, interverrebbe in “ausilio” al fine di perimetrare una concezione più estesa del concorso apparente.

Ciò risulta sicuramente palese nella dottrina della specialità in concreto, nonché in quelle pluralistiche, anche se in quest'ultime il concetto di “stesso fatto” viene variamente perimetrato non secondo coordinate spaziali e temporali, bensì attraverso filtri di natura sociale o valoriale, come lo “stesso accadimento di vita”, l'*id quod plauerumque accidit*, ovvero ancora la crescente lesione di un medesimo bene giuridico. Ciò che cambia, in queste ipotesi, sono solo quegli elementi fattuali, o, meglio, quegli indicatori “normativi” del fatto, come ad esempio l'aggressione al bene giuridico “vita”

---

<sup>38</sup> Ciò, quantomeno, ove si identifichi il concorso apparente come un problema attinente alla validità della norma. Si concorda pertanto con quella dottrina che afferma che «se è vero che il problema della convergenza di norme è un problema di relazioni tra fattispecie astratte, i criteri per risolverlo devono far leva *unicamente* sul confronto tra queste fattispecie». Così, G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 40 ss., il quale opportunamente evidenzia che, fuoriuscendo dal terreno dell'analisi strutturale risulterebbe peraltro impossibile tracciare una netta linea di demarcazione fra concorso formale ed apparente.

o “patrimonio”, che si ritiene sia necessario valorizzare al fine di classificare come “unico” un accadimento naturalistico.

Alla stessa conclusione, seppur in maniera più “velata”, si può giungere per quanto riguarda le ipotesi di specialità bilaterale, ove il “nucleo comune” ad entrambe le ipotesi criminose, la c.d. “sottofattispecie”, può essere letta come un raffinato tentativo di rinvenire un “filtro normativo” in grado di evidenziare il perimetro del fatto storico unitario<sup>39</sup>.

In tutte queste situazioni, le relazioni logico-strutturali non permettono di ravvisare alcuna ipotesi di concorso apparente, eppure, ritenendo in ogni caso eccessivo addossare le conseguenze sanzionatorie di tutte le fattispecie, si affida al “fatto” l’ulteriore compito di stabilire se il concorso di fattispecie sia reale o unitario, a seconda, specularmente, che si sia o meno in presenza di un accadimento unitario.

In definitiva, il dibattito intorno al concorso apparente di norme può essere letto altresì come un dibattito relativo alle modalità attraverso cui leggere un accadimento naturalistico come molteplice od unitario<sup>40</sup>.

Qui tuttavia si annida un equivoco: se l’indagine deve essere compiuta sul piano strutturale, essa non può far affidamento sul concetto di “fatto”, proprio perché da esso non è dato riscontrare nessuna indicazione certa né circa l’apparenza o meno delle ipotesi di convergenza, né tantomeno circa la scelta di quale fattispecie dovrà essere

---

<sup>39</sup> In questo senso, si perdoni l’affermazione solo apparentemente “forte”, la specialità bilaterale, specie ove conduca all’applicazione della fattispecie più grave, può essere vista come una forma più “evoluta”, poiché presentata sotto la lente di elementi normativi entro i quali sussumere il fatto storico, della specialità in concreto, seppur con la grave “pecca” di non poter invero rintracciare alcuna norma positiva che ne giustifichi l’esistenza. Preme specificare tuttavia che un discorso a parte va riservato per quanto concerne la concezione di specialità bilaterale avanzata da De Francesco, che si pone l’obiettivo di costruire detta nozione interamente sul terreno dei rapporti logici fra norme. Sul punto cfr. *infra* Sez. II, par. 2. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>40</sup> Così è, ancora, per quelle correnti dottrinali che individuavano un concorso apparente laddove lo stesso fatto concreto risulti riconducibile a più norme, non in rapporto di specialità in astratto, allorché siano lesi beni giuridici appartenenti alla medesima categoria. Cfr. I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 127 ss. In tale frangente, il filtro “normativo” che seleziona la medesimezza del fatto è costituito dal bene giuridico. Ad analoga conclusione si può giungere per quanto concerne la già citata teoria di M. SINISCALCO, *op. cit.*, *passim.*, il quale pone il “comportamento concretamente tenuto” come base dell’indagine, per poi filtrarlo attraverso il raffronto tra singoli elementi delle norme, cfr. in particolare p. 112. Tale impostazione condurrebbe a ravvisare una specialità bilaterale in presenza di elementi generici e specifici all’interno di entrambe le fattispecie concorrenti. L’operazione, pertanto, sarebbe quella di “atomizzare” la specialità relazionandola ai singoli elementi delle fattispecie, finendo tuttavia, come evidenziato nel primo capitolo, per presentare un’impostazione teorica che la dottrina pressoché unanime non esita a ricondurre entro il paradigma della specialità in concreto. Si rimanda in proposito al Cap. I, Sez. I, par. 5.1. Infine, pure la teorica di Mantovani identifica un’ipotesi di specialità bilaterale il cui scopo è sempre quello di perimetrare un medesimo fatto, da considerarsi unitario laddove esso sia “capace di effetti giuridici ad opera di più norme”. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 237 ss.

applicata e quali no. Se, al contrario, si ritiene di aderire ad indagini di tipo valoriale, si ritorna alle critiche sollevate in chiusura del terzo capitolo: le teorie pluralistiche, ma, più in generale, quelle che postulano l'utilizzo di criteri c.d. di valore, si riconnettono ad un divieto di *bis in idem* sostanziale che, si è visto, rappresenta un corollario del principio di proporzionalità, collocandosi pertanto in un momento, quello sanzionatorio, logicamente successivo a quello concernente i rapporti fra norme<sup>41</sup>.

Al contrario, il problema delle qualificazioni giuridiche multiple di un fatto unitario, se guardato sotto la lente del principio di proporzionalità, ovvero se affrontato secondo istanze di tipo valoriale, si pone proprio perché più norme risultano strutturalmente applicabili.

Eppure, la circostanza secondo la quale ci si trova dinanzi ad un unico accadimento rende tale conclusione, appunto, irragionevole.

Del resto, gli incessanti tentativi di estendere l'ambito applicativo dell'art. 15 c.p., o di affiancare ad esso ulteriori criteri nasce proprio a causa della scelta del legislatore del '30 di predisporre un concorso formale a conseguenze extraedittali. Il "pomo della discordia", il "peccato originale", è proprio questo: se si può infatti criticare (e pure a ragione) che non ogni ipotesi riconducibile al primo comma dell'art. 81 c.p. riguardi situazioni in cui il fatto è da considerarsi unitario, non meno vero è che ogni fatto unitario, se non ricade sotto l'ombra del concorso apparente, viene ad essere inquadrato come una ipotesi di concorso formale<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Si rimanda a Cap. III, parr. 7 ss.

<sup>42</sup> *Tertium non datur*, se è vero, come più volte ricordato nel corso del presente lavoro, che il problema delle ipotesi di concorso apparente riguarda necessariamente la linea di confine fra detti istituti. Si ricorda infatti, che l'identità di condotta (da considerarsi tale anche laddove le fattispecie prevedano particolari modi di atteggiarsi, *species*, di una stessa tipologia di condotta, *genus*) rappresenta il presupposto minimo per poter parlare di concorso apparente, quantomeno da un punto di vista logico-strutturale. Cfr. in quest'ultimo senso A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, *op. cit.*, 525 ss. Conseguentemente, dal momento che lo stesso art. 81, c. 1 c.p. ha come presupposto minimo la condotta unitaria, quantomeno laddove al concetto di "una sola azione od omissione" sia data un'accezione in senso normativo, risulta chiaro che in presenza di un'identità di condotta o si applicherà l'art. 15 c.p., ovvero l'art. 81. Tale assunto trova conferma anche nell'esperienza giurisprudenziale, il cui atteggiamento risulta essere quello di ricavare l'ambito applicativo del concorso formale in negativo, rispetto a quello *ex art* 15 c.p. Per quest'ultima osservazione cfr. anche A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 302 ss. Sotto questo punto di vista, si ricorda inoltre che, più in generale, è condiviso in dottrina l'assunto secondo cui il concorso di reati, materiale e formale, viene definito in negativo rispetto alle ipotesi di concorso apparente. Cfr. sul punto gli Autori citati nel Cap. I, par. 3.1., nt. 45. Da evidenziare, tuttavia, che tale ultimo assunto ricomprende anche l'ipotesi del confine fra concorso apparente e concorso materiale, proprio in ragione dell'esistenza di ipotesi limite, quali l'antefatto ed il postfatto non punibili, nonché della progressione criminosa. Se, però, si escludono questi ultimi fenomeni, la cui riconducibilità al concorso apparente, oltre ad essere tutt'altro che univoca, risulta comunque "figlia" dell'applicazione del

### 3.1. L'unitarietà della condotta come nucleo indefettibile della medesimezza del fatto.

Tale ultimo assunto richiede ancora qualche specificazione, dal momento che il dibattito sul significato ed estensione del concetto di fatto risulta così intricato e divisivo da perdersi in controversie «presumibilmente destinate alla perennità»<sup>43</sup>.

Infatti, esso assume accezioni polivalenti non solo in dottrina, ma anche in sede legislativa, ove viene riproposto secondo diverse sfumature, che dovrebbero orientare l'interprete in maniera pressoché vincolante<sup>44</sup>.

Eppure, nonostante il concetto di medesimezza del fatto venga declinato in dottrina e giurisprudenza (e dal legislatore) secondo accezioni anche molto diverse l'una dall'altra, in ognuna di esse può rinvenirsi una costante, un requisito, per così dire minimo, senza il quale l'accadimento storico non può essere considerato unitario.

Il riferimento è chiaramente al concetto di “azione” (*amplius*: di condotta<sup>45</sup>), che costituisce il minimo comune denominatore del “fatto”, si è visto, anche con riferimento al dibattito interno al concetto di *idem* sul versante processuale<sup>46</sup>.

troppo vago criterio di consunzione, deve ritenersi che, più propriamente, ad essere definito “in negativo” sia proprio il concorso formale e non, stante la presenza di più azioni od omissioni (e, pertanto, di più fatti), quello materiale. Infine, non si deve dimenticare che l'assunto secondo cui la medesima condotta rappresenta la base su cui edificare il concetto di “stesso fatto” trova un'implicita conferma in quella critica che contesta alla dottrina della specialità in concreto il fatto che il concetto di medesimo fatto, se relazionato alla specialità *ex art. 15 c.p.*, avrebbe comportato la scomparsa del concorso formale di reati.

<sup>43</sup> Così, testualmente, G. FIANDACA, voce *Fatto*, *op. cit.*, 153. A riprova della “spinosità” del dibattito sviluppatosi sul concetto di fatto, l'Autore sottolinea come risultino tutt'ora attuali le limpide riflessioni di Delitala, che nel 1930 così scriveva: «attorno a questo concetto regna ancora oggi la più grande disparità di opinioni, ed il termine viene assunto, a seconda dei diversi autori, nelle accezioni più disparate (...). E non mancano neppure alcuni Autori che identificano, sic et simpliciter, il concetto di ‘fatto’ con quello di reato». Così G. DELITALA, *Il «fatto»*, *op. cit.*, 7.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. G. FIANDACA, voce *Fatto*, *op. cit.*, 153, nonché, 159, ove sottolinea che il termine “fatto” viene adottato secondo una definizione estremamente ampia, coincidente con l'integrale contenuto del reato, ai fini del principio di legalità, per come esso viene richiamato dagli artt. 1 c.p. e 25, c. 2 Cost. Lo stesso concetto, tuttavia, viene assunto secondo un'accezione più ristretta sul fronte dell'elemento soggettivo (artt. 43 e 47 Cost.), abbracciando soltanto gli elementi essenziali delle singole figure criminose, meno quelli imputabili a titolo di responsabilità obiettiva quali le condizioni obiettive di punibilità.

<sup>45</sup> Concetto di condotta che, chiaramente, deve necessariamente essere qualificato nel senso di “unitarietà normativa” e non come mero “movimento corporeo del reo”, dal momento che, ragionando in tale ultimo senso, si giungerebbe a risultati del tutto irragionevoli (se non addirittura irrazionali). Ad esempio, nessuno dubita del fatto che il “percuotere qualcuno” *ex art. 581 c.p.* sia da considerare come condotta unica indipendentemente dal fatto che il soggetto agente abbia colpito la vittima una volta, piuttosto che cinque, ovvero cinque volte piuttosto che dieci; al pari, deve ritenersi unica la condotta costituita da vari atti persecutori ai fini dell'integrazione dell'art. 612 *bis* c.p.; ovvero ancora unica sarà la condotta di minaccia, seppur il danno o il pericolo prospettati alla vittima siano più d'uno; e così via.

<sup>46</sup> Sul versante sostanziale, tale affermazione risulta smentita solo con riferimento a quelle impostazioni dottrinali, di stampo pluralista, che, in una prospettiva teleologico-valoriale, presentano un concetto “a maglie larghe” di fatto, identificabile con l'unità di illecito, da rinvenirsi secondo i canoni dell'*id quod*



In relazione a quest'ultimo, in particolare, basti succintamente ricordarne gli estremi del dibattito: se la giurisprudenza richiede l'identità di condotta, nesso causale ed evento, la dottrina più accorta sottolinea che l'*idem* dovrebbe essere identificato con la sola condotta, ovvero con questa unitamente all'oggetto materiale su cui ricade<sup>47</sup>. Analogamente, l'identità di condotta si rinviene anche in quella corrente dottrinale che ravvisa l'*idem* processuale nella c.d. fattispecie giudiziale<sup>48</sup>.

In definitiva, può dirsi che l'unitarietà della condotta rappresenta il centro tolemaico su cui ruota la concezione del fatto<sup>49</sup>.

Certamente, il concetto di "unità di azione od omissione" non può considerarsi immune da critiche di indeterminatezza. Eppure, oltre ad essere considerabile come una vera e propria "unità minima" della medesimezza del fatto, esso trova anche un preciso riscontro normativo nella disciplina del concorso di reati, come discrimine fra le ipotesi di concorso formale e materiale, senza contare che, pur rimanendo entro i confini dell'art. 15 c.p., risulta impossibile immaginare ipotesi di specialità unilaterale aventi ad oggetto fattispecie incriminatrici di condotte completamente avulsa l'una dall'altra. Quanto poi al rischio che il concetto di unità di azione od omissione risulti comunque di difficile predeterminazione<sup>50</sup>, deve rilevarsi che lo stesso pare comunque meno "elastico" di tanti altri concetti rilevanti per il diritto penale, quali i criteri distintivi fra dolo eventuale e colpa cosciente, ovvero quelli di valutazione della rilevanza del

---

*plaurumque accidit*, dell'unitario accadimento di vita, ovvero ancora della progressiva lesione del medesimo bene giuridico, i quali, tuttavia, oltre che essere sovente criteri vaghi ed indeterminati, poiché soffrono troppo dell'impostazione soggettivistica dell'interprete, non trovano alcun riferimento normativo che li legittimi. Basti richiamare, in proposito, quanto affermato nel Cap. I, par. 5.2., circa il rapporto fra le fattispecie di incendio di cosa propria (art. 423 c. 2) e di fraudolento danneggiamento di beni assicurati (art. 642 c.p.).

<sup>47</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni svolte nel Cap. II, par. 2.2.

<sup>48</sup> Cfr. G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, op. cit., 45 ss., ed in particolare 51.

<sup>49</sup> Sotto questo punto di vista, paiono ancora riecheggiare le parole di Liszt: «*Verbrechen ist Handlung, d. h. eine auf menschliches Wollen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt, liegt nur eine Handlung vor, so ist mithin nur ein Verbrechen gegeben*», V. LISZT, *Lehrbuch*, op. cit., 21-22; richiamato anche da I. PUPPE, *Funktion*, op. cit., 145.

<sup>50</sup> L'indeterminatezza del concetto di unità di condotta, rilevante ex art. 81 c. 1 c.p., evoca il dibattito attorno ai concetti di unità di azione (od omissione) e coincidenza parziale degli atti, che vede contrapposti un orientamento naturalistico, che fa coincidere detta "unità" con il concetto di "processo esecutivo", ossia quando si è in presenza di atti contestuali che si susseguono in stretta connessione cronologica, ed uno di carattere normativo, che fa riferimento all'azione tipica penalmente rilevante, così come prevista dalla fattispecie astratta di reato. La giurisprudenza, dal canto suo, richiede generalmente che vi sia contestualità al fine di applicare il primo comma dell'art. 81 c.p., evocando pertanto un approccio di carattere naturalistico. Sul punto si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 305 ss.

contributo del compartecipe al concorso di persone<sup>51</sup>. Ancora, si ritiene in ogni caso che l'identità di condotta risulti essere un criterio certamente più afferrabile rispetto a quelli offerti dalle teorie pluraliste in tema di concorso apparente di norme.

Sotto questo profilo, poi, che la verifica del concorso apparente richieda quantomeno la presenza di una stessa condotta è confermato anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, la quale pone rettamente, come presupposto del problema del concorso apparente «la previa verifica dell'esistenza di un'area, comune e sovrapponibile, tra le condotte descritte nelle norme concorrenti»<sup>52</sup>.

Pertanto, un dato è incontrovertibile: unità di condotta e medesimezza del fatto cadono assieme. Margini di discussione, piuttosto, possono rinvenirsi in relazione a come circoscrivere ulteriormente il concetto di *idem*, considerando che, se è vero che senza unicità di condotta non può aversi un fatto unitario, non si può tuttavia non evidenziare che richiedere la sola identità dell'azione od omissione ai fini della medesimezza del fatto rappresenta sicuramente l'opzione che più estende i confini di quest'ultimo concetto, laddove, al contrario, il richiedere anche l'identità dell'oggetto materiale, ovvero dell'evento e del nesso causale ne comporta una perimetrazione sicuramente più ristretta.

Invero, la disputa circa il concetto di “fatto” non potrà mai pienamente risolversi in favore dell'una o dell'altra concezione, non essendovi nessuna impostazione che si riveli immune da penetranti critiche<sup>53</sup>. Allo stesso tempo, risulta chiaro che non potrà parlarsi di *idem* senza essere in presenza di una condotta “unitaria”.

Stante la molteplicità dei modi di intendere il concetto di fatto, si ritiene qui necessario sottolineare che lo stesso deve necessariamente essere interpretato anche alla luce dei dati normativi predeterminati dal legislatore nel settore che qui si sta analizzando, ossia quello del concorso di norme<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. anche I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, op. cit., 371, che tuttavia richiama queste argomentazioni a sostegno del criterio di consunzione.

<sup>52</sup> Cfr. la già citata Cass. pen. SS. UU., n. 1963 del 2011. Cfr. anche A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, op. cit., 528, secondo il quale «una volta optato per un criterio strutturale (...) un “medesimo fatto” è impossibile da riscontrare quando le figure tipiche siano già nella loro dimensione astratta incentrate su condotte nettamente differenziate».

<sup>53</sup> Del resto, il concetto di fatto muta necessariamente anche in relazione al tipo di reato (istantaneo; permanente; abituale; di pura condotta; di evento; etc.), sicché correttivi come l'unitarietà di evento, la contestualità spazio temporale delle condotte, ovvero l'insistenza delle stesse sul medesimo oggetto materiale presenteranno sempre un certo grado di controvertibilità.

<sup>54</sup> Si rimanda nuovamente a B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., già citato *infra*, nt. 30. Sottolinea la “vincolatività” degli usi legislativi del termine “fatto” per l'interprete, evidenziando come lo

In questo senso, deve infatti sottolinearsi che l'art. 81, c. 1 c.p., nel tracciare il confine fra concorso materiale e reale, pone al centro proprio l'unicità dell'azione od omissione, a fronte della quale il soggetto potrà beneficiare di un regime sanzionatorio più mite rispetto al principio *tot crimina tot poenae*.

Pertanto, le ipotesi di concorso formale coincidono, allo stato dell'arte, con l'accezione più estesa che si può fornire al concetto di "fatto unitario", sempre che si rifugga da quelle teorie che interpretano l'*idem* come divieto di reiterare più volte il medesimo giudizio di illecito.

Proprio per tale circostanza si ritiene che l'art. 81, c. 1 c.p., ove ricondotto entro le maglie dell'assorbimento ovvero del cumulo giuridico intraeditale, rappresenti la forma più idonea a delimitare la medesimezza del fatto, garantendo al contempo il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale<sup>55</sup>: se infatti è vero che il concorso formale si risolve in un fenomeno di convergenza reale di più fattispecie sul medesimo fatto (*idem*), ad esse sarebbe in ogni caso predisposta una sanzione coincidente, nel massimo, a quella più grave, evitando così il cumulo di sanzioni (*bis*).

Conseguentemente, se poc'anzi si è affermato che unità di condotta e medesimezza del fatto cadono assieme, può anche rilevarsi che, date certe condizioni, a cadere assieme siano proprio il divieto sostanziale di *bis in idem* ed il concorso formale di reati.

Si è perfettamente consapevoli come detta soluzione sia tutt'altro che immune da critiche, ed in particolare da quella secondo la quale, operando in tal modo, le esigenze repressive statuali risulterebbero frustrate a causa dell'applicazione di un trattamento punitivo troppo mite.

Eppure, si ritiene che siffatto modo d'intendere l'*idem* ai fini dell'applicazione del divieto di doppia punizione, risulti essere, allo stato dell'arte, anzitutto quello più rispettoso del dato normativo esistente<sup>56</sup>.

---

stesso assuma tuttavia diverse estensioni a seconda del contesto e dello scopo per il quale viene richiamato anche G. FIANDACA, voce *Fatto*, *op. cit.*, 153, nonché 159.

<sup>55</sup> Cfr. nuovamente M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, *op. cit.*, 46, nonché gli Autori citati nel Cap. III, par. 5, nt. 95.

<sup>56</sup> In questo senso, si ritiene di poter avanzare un concetto di fatto che, trovando riscontro in un preciso dato normativo, consenta anche di evitare di sovrapporre personali visioni in una disputa, quale è quella sul concetto di fatto, che non sempre risulta essere del tutto innocua o neutrale, avendo essa spesso costituito il riflesso di precise scelte politico-ideologiche, di "mutati obiettivi politici criminali", nonché di "contrapposte preoccupazioni pedagogiche". Così, G. FIANDACA, voce *Fatto*, *op. cit.*, 153. Nello stesso senso cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, *op. cit.*, 1198 ss.

In secondo luogo, si ritiene anche di poter in qualche modo ridimensionare il rischio che tale soluzione risulti troppo sbilanciata sul versante del *favor libertatis*, facendo riferimento alle argomentazioni già proposte nel secondo paragrafo: l'estremo rigore sanzionatorio del nostro codice penale; la tendenza giurisprudenziale ad applicare pene, anche nelle ipotesi di concorso formale, che statisticamente si assestano maggiormente vicino ai minimi edittali; l'indiscriminata applicazione delle attenuanti generiche, per citarne alcuni, sono tutti evidenti indizi che, in ogni caso, anche allo stato dell'arte le sanzioni concretamente inflitte *ex art. 81, c. 1 c.p.* spesso si mantengono comunque sotto la soglia del reato in astratto più grave.

Sebbene *favor societatis* e *favor liberatis* debbano essere in ogni caso bilanciati, non essendo possibile sacrificare interamente l'uno in favore dell'altro, si deve in ogni caso ritenere connaturato all'idea di *extrema ratio* il fatto che il diritto penale sia avvolto da limiti invalicabili, posti a tutela dei diritti umani, non essendo consentito al legislatore di perseguire, in tale ambito, una "effettività ad ogni costo"<sup>57</sup>.

#### 4. Qualche nota conclusiva in tema di rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale e doppio binario sanzionatorio.

Si è giunti a delineare un divieto di *bis in idem* sostanziale fondamentalmente coincidente con l'istituto del concorso formale, laddove allo stesso seguano conseguenze sanzionatorie a carattere intraedittale. Certamente, la proposta di far coincidere la medesimezza del fatto con l'attuale ambito applicativo del primo comma dell'art. 81 c.p. risulta essere un'opzione certamente non immune da criticità. Eppure, si ritiene l'unica percorribile in assenza di uno specifico intervento del legislatore, perché risponde quantomeno ad un requisito, quello della identità di azione od omissione, che non solo risulta già identificato dalla legge come elemento discriminante fra le ipotesi di

---

<sup>57</sup> L'espressione è di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1990, 477, che metaforicamente afferma che «il serbatoio di proiettili di cui il legislatore deve dotare l'arma della pena è fornito di un potente *riduttore*, che in partenza pregiudica prestazioni di tiro di assoluta eccellenza (si potrebbe anche dire: il sistema penale è funzionalmente, e *deve* essere per dettame costituzionale, *in parte ineffettivo*)». Pertanto, citando anche D. PULITANÒ, *Sulla pena, op. cit.*, 651, si può affermare che risulta ragionevole pensare che la risposta sanzionatoria del reato «possa (o debba?) essere *sproporzionata per difetto*».

concorso formale e materiale, ma che si pone in ogni caso come elemento imprescindibile per la configurazione di un fatto storico unitario.

In secondo luogo, si ritiene che la scelta di prevedere un cumulo giuridico per le ipotesi disciplinate dal primo comma dell'art. 81 c.p., nonostante costituisca una mitigazione rispetto al regime previsto prima della riforma del 1974, risenta tuttora, sebbene solo indirettamente, della visione autoritaria che nel 1930 portò ad una piena equiparazione fra concorso formale e materiale, laddove il codice Zanardelli, maturato in un contesto sociale di stampo maggiormente liberal-garantista, prevedeva al contrario l'applicazione del solo assorbimento.

Quest'ultimo assunto, risulta essere inoltre suffragato dall'esperienza di altri ordinamenti, caratterizzati da risposte sanzionatorie di gran lunga più miti rispetto a quella apprestata dal legislatore italiano.

La previsione di un concorso formale a conseguenze intraedittali, quale sede più idonea a garantire il rispetto del divieto sostanziale di *bis in idem*, comporta certamente enormi vantaggi, dal momento che la questione della distinzione fra questo ed il concorso apparente risulterebbe notevolmente ridimensionata, pur mantenendo la propria rilevanza in sede di commisurazione della pena<sup>58</sup>.

Resta da spendere tuttavia qualche cenno con riferimento alle possibili conseguenze che il divieto sostanziale di *bis in idem* potrebbe comportare in relazione alla vicenda europea del doppio binario sanzionatorio.

Per quanto concerne le ipotesi di cumulo di sanzioni amministrative e penali per lo stesso fatto, può evidenziarsi che l'aver enucleato un divieto sostanziale di *bis in idem* come quello presentato nelle more della presente indagine consentirebbe di fornire una soluzione a monte al fenomeno del doppio binario, riducendo la necessità di intervenire, a valle, applicando la scure del divieto di doppio giudizio, evitando così di incorrere nelle criticità già evidenziate nel secondo capitolo.

Sul punto, tuttavia, si rendono necessarie talune precisazioni, dettate dalla circostanza che tale soluzione è stata per lo più individuata in dottrina nel diverso istituto della convergenza apparente. Infatti, la l. n. 689 del 1981 non prevede alcun istituto assimilabile al concorso formale, sicché tutte le ipotesi di convergenza non rientranti nell'art. 9 della predetta legge costituiscono casi di concorso materiale di reati.

---

<sup>58</sup> Cfr. nello stesso senso I. GIACONA, *Spunti di riflessione, op. cit.*, 377.

Chiaro è tuttavia che se è vero che il concorso formale di reati rappresenta, nell'attuale disciplina, la sede più idonea a garantire il rispetto del divieto sostanziale di *bis in idem*, ciò non significa che lo stesso non debba esplicare i propri effetti, anche in assenza di specifiche disposizioni sul punto<sup>59</sup>.

Infatti, si ricorda che “regole” e “principi” costituiscono due *species* del più generale concetto di “norma”. Se le prime stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni qual volta la regola riceve applicazione, i secondi, al contrario, delineano un programma di scopo, che deve essere attuato «nella misura massima compatibile con le possibilità di fatto e di diritto esistenti *hic et nunc*»<sup>60</sup>.

Ancora, l'efficacia del divieto sostanziale di *bis in idem* sul terreno del cumulo di sanzioni, amministrative e penali, risulterebbe confermata dalla natura dimostrativa e non meramente argomentativa del divieto *de quo*.

Chiaro è che, con specifico riferimento alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, la funzione del *ne bis in idem* sostanziale, pur non potendo essere ritenuta espressione del concorso apparente *ex art. 9 l. n. 689/81*, che attiene, si è visto, alla validità e non all'efficacia delle norme, risulta comunque quella di censurare il cumulo di sanzioni nei casi di medesimezza del fatto. Censura che, in assenza di coordinate normative, non può che risolversi nell'assorbimento della sanzione meno grave in

---

<sup>59</sup> Il ruolo dei principi generali, tanto di quelli espressi quanto di quelli ricavati per via interpretativa, è infatti quello di orientare non solo il legislatore, ma anche l'interprete, poiché si ritiene che essi siano in grado di regolare anche casi che non trovino espressa disciplina positiva. Del resto, è incontestabile che i principi, in quanto anch'essi norme, seppur *sui generis*, abbiano come prima funzione quella regolativa o normativa. Cfr. in quest'ultimo senso G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 7, nonché 11 e ss., secondo i quali i principi c.d. garanzia (quale si ritiene in questa sede essere quello di *ne bis in idem* sostanziale) assolvono proprio la funzione di limite, di barriera, rispetto alla pretesa punitiva dello stato. In definitiva, si concorda con quella dottrina che evidenzia che il ricorso ai principi si risolve proprio in una funzione di orientamento, anche nell'incidenza che questi esplicano in sede di ricostruzione delle norme vigenti (in questo senso, basti richiamare le interpretazioni adeguatrici o correttive di quegli istituti del codice penale fondati su responsabilità di stampo oggettivo, rispetto alla più moderna elaborazione del principio di colpevolezza, quale responsabilità per fatto proprio e colpevole).

<sup>60</sup> Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 128, ripreso anche da A. PAGLIARO, *Principi penalistici*, *op. cit.*, 1601, che sottolinea che «tutte le norme – sia regole, sia principi – hanno una loro fattispecie. Ma, mentre le regole vengono applicate secondo lo schema logico della sussunzione dei fatti entro le fattispecie da loro previste, i principi si applicano secondo la tecnica logico-pratica del bilanciamento degli interessi in contrasto: bisogna dare attuazione al principio nella misura discrezionalmente ritenuta compatibile con le possibilità di fatto e di diritto (i principi sono «*Optimierungsgebote*»)). Si veda infine, anche V. CRISAFULLI, *La Costituzione*, *op. cit.*, 40, che evidenzia la funzione di “integrazione giuridica” dei principi, sottolineando che la loro funzione si riferisce «a tutti quei casi concreti della vita reale cui non corrispondano (o non corrispondano ancora) norme specifiche».

quella più grave, nei casi in cui la sanzione amministrativa sia da considerarsi sostanzialmente penale<sup>61</sup>.

Del resto, ad una soluzione più rispettosa della reale gravità del fatto si sta già cercando di arrivare attraverso l'applicazione del test inaugurato con la sentenza A. e B. contro Norvegia, seppur con tutte le criticità che già si sono esposte<sup>62</sup>.

Infine, un divieto sostanziale di *bis in idem* come quello poc'anzi ricostruito sarebbe con ogni probabilità in grado di fornire soluzione a tutte le ipotesi di doppio binario sino ad ora censurate, se non altro perché, come più volte sottolineato, non può esservi convergenza di fattispecie sul medesimo fatto senza che vi sia anche unicità di condotta<sup>63</sup>.

A sostegno di tale ultimo assunto, basti una rapida ricognizione dei fatti contestati nelle sentenze che hanno segnato le tappe più importanti di questa vicenda. Nel caso *Zolotukhin* la Corte EDU specifica che il divieto di *bis in idem* si applica nelle ipotesi di “stesso comportamento”, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che

---

<sup>61</sup> Del resto, la sanzione più severa risulta chiaramente essere quella che meglio esaurisce il disvalore del fatto, sicché la sanzione meno grave non potrà che esplicitare i propri effetti solo in via indiretta ed eventuale, nella determinazione dell'entità della sanzione più grave. Il criterio dell'assorbimento risulta infatti decisivo proprio per l'assenza di un'espressa disposizione sul punto, ovvero, come osserva attenta dottrina, di controindicazioni presenti nella stessa norma, finalizzate all'applicazione della pena meno grave (come, ad esempio, nei casi di specialità in cui ad essere applicabile risulta la fattispecie più mite). Cfr. in quest'ultimo senso M. GALLO, *Diritto penale italiano*, 162. Del resto, in tema di doppio binario sanzionatorio, giungono a tale conclusione, seppur attraverso il “potenziamento” del concorso apparente di norme oltre ai limiti della specialità, *ex multis*, F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 321 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo*, *op. cit.*, 150 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, *op. cit.*, par. 5.

<sup>62</sup> Sul punto si rimanda al Cap. II, par. 4.2 e ss.

<sup>63</sup> Ciò trova conferma nello stesso test elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare nei primi due indici che il giudice è tenuto a verificare al fine di far salvo il doppio binario: a) se i procedimenti abbiano scopo diverso ed assumano a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti *della stessa condotta antisociale*; b) se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile *della condotta*. Per il testo in lingua originale della test, si rimanda al Cap. II, par. 3.3, nt. 85. Ciò conferma, si ritiene, la circostanza secondo cui anche nei casi di medesimezza del fatto rilevante ai fini del *ne bis in idem* europeo l'unicità di condotta costituisce un presupposto indefettibile. Al più, una differenza si può ravvisare nell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale all'art. 649 c.p.p., ove la stessa afferma che, nella giurisprudenza convenzionale, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto storico vada ristretto alla condotta, ma che sussistono indizi che inducono ad includere nel giudizio anche l'oggetto fisico della stessa, non potendosi escludere la rilevanza dell'evento. Cfr. C. Cost. n. 200/2016, punto 6 delle considerazioni in diritto. Tuttavia, anche tralasciando il fatto che, in tale frangente, il giudizio di medesimezza riguarda il divieto di doppio giudizio e non di doppia punizione, può evidenziarsi che, in ogni caso, l'*idem* processuale presentato dalla Consulta risulterebbe in ogni caso più ristretto rispetto a quello sostanziale, ed anzi interamente “contenuto in quest'ultimo, sicché si può ritenere che non vi siano realmente ipotesi di doppio binario sanzionatorio che sarebbero censurabili, a valle, dal divieto convenzionale e non anche, a monte, da quello sostanziale. Infine, deve rilevarsi che la Consulta, nell'identificare l'*idem factum* come identità di condotta – nesso causale – evento, pare in ogni caso essere andata “oltre” a quanto richiesto, non trovando detto criterio una compiuta definizione nella giurisprudenza convenzionale. Sul punto cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, 5; E. PEZZI, *op. cit.*, 381.

l'ordinamento fornisce della condotta posta in essere che, nel caso di specie, si esplicava in una serie di atti di minaccia ed oltraggio a pubblico ufficiale, commessi all'interno di un commissariato di polizia<sup>64</sup>.

Nella ben nota vicenda Grande Stevens, i due procedimenti per condotte manipolative del mercato venivano instaurati a causa della mancata menzione di un accordo di modifica di un contratto di *equity swap*, finalizzato a permettere ad EXOR s.p.a. di mantenere il controllo di FIAT s.p.a., in un comunicato del 2005 richiesto dalla CONSOB, nonostante l'accordo di modifica fosse già stato concluso (od in procinto di esserlo)<sup>65</sup>.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione al caso A. e B. c. Norvegia: in tale frangente, in via di estrema sintesi, i ricorrenti erano stati processati per frode fiscale, per non aver dichiarato dei profitti derivanti da alcune operazioni finanziarie compiute all'estero<sup>66</sup>. Seppur in presenza di diverse transazioni, le stesse devono essere considerate come uniche nel contesto dei fatti contestati, che coprivano l'intero importo non dichiarato.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel caso Menci, veniva contestato all'imputato il reato di omesso versamento dell'IVA, per un importo di 280.000 euro relativo all'anno solare 2011. La condotta tuttavia, rientrava anche nella previsione di un illecito di natura amministrativa, concernente ritardati od omessi versamenti diretti e altre violazioni in materia di compensazione<sup>67</sup>. Chiaro è che, anche in questa ipotesi, le condotte di omesso versamento in relazione all'anno 2011 dovevano essere considerate, alla luce delle peculiarità delle fattispecie tributarie, caratterizzate dal superamento di determinate soglie, come unitarie<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Corte EDU, 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Serguei Zolotokhin c. Russia*.

<sup>65</sup> Per una più esaustiva descrizione della vicenda si rimanda agli Autori citati nel Cap. II, nt. 70, ed in particolare a G. ABBADESSA, *op. cit.*, 546 ss.

<sup>66</sup> Per l'esposizione dei fatti oggetto dei giudizi, cfr., su tutti, F. VIGANÒ, *La grande camera, op. cit.*

<sup>67</sup> Sul punto, si rimanda a F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>68</sup> La questione del necessario superamento delle soglie, per la configurazione dell'illecito penale, merita un maggior approfondimento. Sul tema, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha precisato che, nello stabilire la soglia di punibilità, il legislatore ne ha configurato il superamento come elemento specificamente caratterizzante il disvalore di offensività. Di conseguenza, il superamento stesso della soglia consente anche di individuare l'esatto momento di consumazione del reato. Ragionando in questi termini, una volta superata la predetta soglia, «le ulteriori omissioni nel corso del medesimo anno



Nel caso *Garlsson Real Estate et al.*, si contestavano condotte manipolative del mercato tese a richiamare l'attenzione sui titoli di una società, in modo da sostenerne la quotazione a fini personali<sup>69</sup>.

Una questione del tutto simile si poneva, in tema di abusi di mercato, per la sentenza *Di Puma e Zecca*<sup>70</sup>.

Infine, analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento ai primi casi di applicazione dei principi eurolunitari in tema di *ne bis in idem* da parte della giurisprudenza italiana, tutti concernenti ipotesi di manipolazione del mercato, sicché può per essi ripetersi quanto già affermato in relazione al caso *Grande Stevens*<sup>71</sup>. Gli illeciti, infatti, venivano posti in essere sotto la vigenza della medesima disciplina, contenuta negli artt. 185 (illecito penale) e 187 *ter* (illecito amministrativo) del T.U.F., poi riformati, con il d. lgs. 107 del 2018, proprio per adeguare la disciplina alle novità derivanti dalla giurisprudenza europea.

## SEZ. II: NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE E CONCORSO APPARENTE DI NORME

**Sommario:** 1. L'autonomia del *ne bis in idem* sostanziale rispetto al principio di specialità. Il concorso apparente come precipitato degli artt. 15, 61, 62 c.p. e delle clausole di riserva espresse. 1.1. La specifica posizione delle clausole di riserva. 1.2. Il reato progressivo al vaglio del divieto sostanziale di doppia punizione. 2. La specialità "oltre" se stessa: qualche nota in merito ai rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale ed approcci monisti al concorso apparente di norme. 3. *Ne bis in idem* sostanziale e teorie pluraliste: dal concorso apparente di norme al concorso formale di reati. 3.1. L'inconciliabilità delle categorie dell'antefatto e postfatto non punibili, nonché della progressione criminosa con il divieto sostanziale di *bis in idem*. 4. Qualche nota in merito alle paventate asimmetrie applicative in tema di rapporti

---

rappresentano momenti esecutivi di *un reato unitario a consumazione prolungata* (enfasi nostra)». Cfr., da ultima, Cass. pen., SS. UU., 18 gennaio 2018, n. 10424 in *DeJure web*. Ragionando in questi termini, la presenza di più condotte di omesso versamento va considerata, alla luce della descrizione normativa, come unitaria.

<sup>69</sup> Cfr. F. VIGANÒ, A never-ending story? *Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>70</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ult. acc. 15/10/2019).

<sup>71</sup> Il riferimento è a Cass. pen. Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829; Cass. pen. Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869; nonché a Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, tutte in *DeJure web*.

fra *ne bis in idem* processuale, concorso formale di reati e concorso apparente di norme. 5.  
Considerazioni finali.

*1. L'autonomia del ne bis in idem sostanziale rispetto al principio di specialità. Il concorso apparente come precipitato degli artt. 15, 61, 62 c.p. e delle clausole di riserva espresse.*

Il confine fra le ipotesi di convergenza reale ed apparente è da quasi un secolo una materia difficilmente accessibile, priva di una regolamentazione che consenta sicure distinzioni fra le due ipotesi.

Il legislatore del '30, abbandonata la disciplina, più liberale e garantista, del codice Zanardelli, ha previsto per le ipotesi di convergenza reale il cumulo materiale delle pene, poi temperato, dalla riforma del 1974, con la predisposizione di un cumulo giuridico extraeditale. Questo "peccato originale" ha comportato l'emersione del problema poc'anzi menzionato: nei casi di unità di condotta, distinguere fra concorso apparente e concorso formale, stante la profonda divergenza delle conseguenze sanzionatorie fra i due fenomeni, è divenuta questione di primaria importanza<sup>72</sup>.

Al contempo, il codice Rocco si è preoccupato di distinguere le ipotesi di convergenza apparente fissando il *limes* nell'art. 15 c.p., che trova oggi una sostanziale unanimità di opinioni con riguardo alla sola specialità unilaterale.

Tuttavia, la pretesa insufficienza di tale criterio ha portato gli interpreti ad incaricarsi del compito di "correggere" tale disposizione, mediante la predisposizione di ulteriori criteri, ovvero attraverso un'interpretazione estensiva, se non addirittura analogica, del concetto di specialità.

Nel tempo è poi cresciuto il consenso attorno alla necessità di rinvenire un divieto di doppia punizione, icasticamente definito attraverso la ben nota formula di *ne bis in idem* sostanziale (massima espressione di istanze valoriali di proporzione fra fatto e sanzione), che consentisse di legittimare un'estensione, pur in assenza di alcun esplicito riferimento di diritto positivo, del concorso apparente di norme anche "oltre" la specialità.

---

<sup>72</sup> Cfr. più in generale, Cap. I, Sez. II.

Eppure, *ne bis in idem* sostanziale e principio di specialità sono sovente considerati come espressioni di due logiche completamente distinte: istanze di valore, il primo, relazioni logico-strutturali fra norme, il secondo.

Attualmente, quantomeno fra gli Autori che ritengono sia necessario affidare al divieto *de quo* valenza precettiva, si sottolinea la derivazione dello stesso dal più generale principio di proporzionalità, seppur tessendo trame anche profondamente differenti l'una dall'altra<sup>73</sup>. Tale operazione, si è visto, impone tuttavia di fondare il *ne bis in idem* sostanziale su un terreno, quello della commisurazione della pena, differente rispetto al piano dei rapporti logico strutturali fra fattispecie<sup>74</sup>.

Se certamente è corretto inquadrare il divieto sostanziale di *bis in idem* sotto l'egida della proporzione, come dimostrato non solo dalle opinioni espresse dai sostenitori di tale principio nella dottrina nostrana, bensì anche dall'esperienza tedesca, si rende tuttavia necessario riconoscere che la sede del concorso apparente non risulta essere quella più corretta per l'operatività del divieto<sup>75</sup>.

Risultato dell'indagine è stato pertanto quello di riportare il divieto sostanziale al diverso istituto del concorso formale di reati, di cui si è evidenziata la necessità di predisporre l'applicazione della sola sanzione più grave (assorbimento, puro od inasprito), al fine di rendere coerente la disciplina positiva con il divieto *de quo*. Tuttavia, un concorso formale così delineato comporterebbe, in applicazione della sola sanzione più grave, conseguenze pressoché identiche a quelle derivanti dall'estensione del concorso apparente a criteri diversi dalla specialità<sup>76</sup>. In altri termini, si giungerebbe ad una equiparazione fra i casi di concorso formale di reati e le ipotesi di estensione del concorso apparente di norme fondate sulla sussidiarietà tacita e sulla consunzione.

---

<sup>73</sup> Cfr. su tutti B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 280 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, *op. cit.*, 551. Per le più recenti prese di posizione sul tema si rimanda al Cap. III, par. 2.

<sup>74</sup> Del resto, si ritiene profondamente significativo il fatto che le due ipotesi di convergenza vengano definite mediante l'utilizzo di un diverso complemento di specificazione: concorso formale *di reati*, da un lato; concorso apparente *di norme*, dall'altro. Non si ha l'intenzione di "giocare" sui termini, ma solo di sottolineare come l'apparenza del concorso, anche in punto di definizione dei fenomeni di convergenza, riguardi proprio il rapporto logico-strutturale fra le stesse, in accordo con la visione che vede tale tipo di concorso come espressione dei rapporti fra le sfere di validità delle disposizioni convergenti.

<sup>75</sup> Sul punto, più diffusamente, Cap. III, par. 7 e ss. Per la dottrina tedesca, si rimanda a quanto evidenziato sempre nel Cap. III, par. 3 ss. Cfr. infine anche C. SOTIS, *op. cit.*, 471, che sottolinea che i problemi di assorbimento sono problemi di proporzione e, pertanto, da risolvere sul terreno del concorso di reati e non su quello del concorso di norme.

<sup>76</sup> Cfr. I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 377.

Anche alla luce di questi rilievi, si rende necessario delineare i rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale e concorso apparente di norme, seguendo un tracciato che dovrebbe ora risultare più chiaro: solo le relazioni fra norme possono comportare una convergenza apparente delle stesse, laddove le istanze valoriali e di proporzionalità devono essere risolte attraverso la predisposizione di meccanismi di “unificazione legislativa” (in punto sanzionatorio) di ipotesi di convergenza reale di fattispecie, come, ad esempio, nel caso di concorso formale a conseguenze intraedituali.

Sotto questo punto di vista, si concorda con quella dottrina che sottolinea che se la questione del concorso apparente di norme riguarda le relazioni fra fattispecie astratte, i criteri per risolverlo non potranno che far leva unicamente sul confronto fra queste fattispecie<sup>77</sup>. Eppure nemmeno ci si può esimere dall’evidenziare che la predisposizione di un concorso formale a conseguenze extraedituali ha portato, in molti casi, ad uno “scollamento” fra la gravità del fatto concretamente verificatosi e la risposta sanzionatoria risultante dall’applicazione dell’art. 81, c. 1 c.p. In questo frangente, il mancato riconoscimento di un superiore divieto di doppia punizione, in grado di censurare tali eccessi punitivi, ha indotto parte della dottrina ad intervenire sul contiguo istituto del concorso apparente di norme, anche a causa di un dettato normativo, quello dell’art. 15 c.p., che non brilla certo per chiarezza e decifrabilità<sup>78</sup>.

Si ritiene allora che il problema vada impostato tenendo rigorosamente distinte le questioni del rapporto fra norme e della necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione, problema, quest’ultimo, attinente al distinto piano del concorso di reati. La ragione riposa nel fatto che quest’ultimo fenomeno deve essere necessariamente affrontato prendendo a riferimento il fatto concreto, mentre l’apparenza del concorso non può che derivare dai rapporti logico strutturali fra fattispecie. «Altrimenti, cioè se il concorso di norme dipendesse dai fatti, dovremo accettare l’assurdo corollario che le

---

<sup>77</sup> Così, nettamente, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 40. Cfr. anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 167, che sottolinea la necessità di evitare l’introduzione di un “terzo elemento”, come la categoria del “bene giuridico”, ovvero del “fatto concreto”, che risulti estraneo ai rapporti strutturali fra fattispecie astratte, sottolineando che «la convergenza e la non convergenza di norme dipendono esclusivamente dal tipo di rapporti strutturali intercorrenti tra fattispecie».

<sup>78</sup> Si pensi al problema dell’interpretazione del concetto di “stessa materia”, ovvero al fatto che il principio di specialità si applicherebbe comunque, anche in assenza di un’espressa previsione nella parte generale del codice penale, in quanto principio informatore dell’intero ordinamento giuridico. Ovvero ancora ai dubbi interpretativi sorti con riferimento ai concetti di “leggi penali” e “più disposizioni della medesima legge penale”, ovvero ancora, infine, alla valenza da attribuire all’inciso finale “salvo che sia altrimenti stabilito”. Del resto, non si è mancato di sottolineare che la specialità è una “nozione ingannevole”, cfr. S. ZORZETTO, *op. cit.*, in particolare 159 s., nonché 246 ss.

stesse norme saranno o non saranno tra loro in concorso apparente a seconda dei fatti considerati»<sup>79</sup>.

In definitiva, validità della norma e proporzionalità del trattamento sanzionatorio sono momenti distinti della vita di una fattispecie. Se certamente non può esservi pena senza una fattispecie applicabile, i principi che informano l'applicazione della sanzione risultano logicamente inadatti a risolvere il diverso problema della validità, a monte, della, o delle, fattispecie.

Sotto questo punto di vista, risulta particolarmente illuminante che l'esperienza tedesca, nei casi di concorso apparente diversi dalla specialità, abbia sentito la necessità di elaborare un divieto di doppia valutazione (*Doppelbeurteilung*) agente in punto di commisurazione della sanzione quale limite alla sopravvivenza dei reati secondari, a causa dell'impossibilità di fare ricorso al differente divieto di *Doppelverwertung* di cui al § 46 StGB<sup>80</sup>.

Sebbene la dottrina alemanna ritenga che entrambi i *Verbote* risultino parte della disciplina della *Gesetzeskonkurrenz*, pare invece cogliere nel segno quell'opinione, seppur nettamente minoritaria, che ne predica una rigorosa distinzione<sup>81</sup>.

In definitiva, di concorso di norme può parlarsi solo ove il problema si risolva entro i rapporti strutturali delle fattispecie, ossia nei soli casi di specialità unilaterale (art. 15 c.p., nonché artt. 61 e 62, primo comma c.p. per le circostanze); ovvero, ancora, nelle ipotesi in cui la stessa norma, in virtù di una clausola di riserva espressa, circoscriva la propria sfera di validità, limitandola, in favore di altre fattispecie.

Sotto questo punto di vista, risulta necessario soffermarsi sulla già citata disciplina dell'art. 68 c.p. il quale, assieme all'art. 84 c.p., costituisce una

---

<sup>79</sup> Così, C. SOTIS, *op. cit.*, 472.

<sup>80</sup> Si rimanda al Cap. III, par. 4. In buona sostanza, la disputa fra criteri strutturali e valoriali si ripercuote anche sul concetto stesso di *ne bis in idem* sostanziale: l'esperienza tedesca, nello scindere l'accezione sostanziale del *Verbot der Doppelbestrafung* nei diversi divieti di *Doppelverwertung* e *Doppelbeurteilung* tiene proprio conto di tale distinzione. Tuttavia, come evidenziato da certa dottrina, i risultati in punto di concorso apparente di norme sono radicalmente differenti a seconda che vi sia specialità (e, pertanto, nessuna possibilità di "riesumare" il reato secondario) ovvero uno degli altri criteri (che consentono invece, in punto di commisurazione della pena, di tener conto anche del reato assorbito).

<sup>81</sup> Cfr. nuovamente I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, *op. cit.*, *passim.*; ID., *Funktion*, *op. cit.*, *passim.* Se è vero che tale approccio monistico mal si sposa con la tradizionale dottrina tedesca, che in assenza di disposizioni analoghe al nostro art. 15 c.p. ha potuto elaborare differenti criteri in tema di concorso apparente, deve evidenziarsi che, al contrario, nell'esperienza italiana non manca chi, argomentando proprio sulla presenza di tale previsione, ha negato la presenza di criteri differenti da quello di specialità. Sul punto, si veda su tutti, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 180, in particolare nt. 2.

positivizzazione del divieto sostanziale di *bis in idem*. In questo senso, le stesse devono essere interpretate, per evitarne una riduzione ad inutili doppioni dell'art. 15 c.p., come concernenti ipotesi ulteriori rispetto a quest'ultimo. Se già si è fatto cenno alla disciplina del reato complesso, si ritiene di dover tuttavia aggiungere una considerazione in merito al concorso di circostanze<sup>82</sup>.

Si è più volte evidenziato che i fenomeni logico strutturali fra circostanze, ovvero fra circostanza ed elemento costitutivo della fattispecie, risultano disciplinati dagli artt. 61 e 62 c.p.

Nell'ipotesi in cui una circostanza "ne comprende un'altra", ex art. 68 c.p., ci si trova invece al di fuori di un rapporto strutturale fra norme, sebbene numerose impostazioni, ricollegando detta disposizione al *ne bis in idem* sostanziale, ritengano in ogni caso la stessa riconducibile al concorso apparente di norme. Tuttavia, se, come si è visto, il divieto sostanziale di doppia punizione appartiene al fenomeno sanzionatorio, mentre il concorso apparente al piano logico-strutturale fra fattispecie, una siffatta visione dell'art. 68 c.p. non risulta invero accettabile.

Da un lato, essa non può essere ridotta a mero doppione del principio di specialità unilaterale<sup>83</sup>; dall'altro, se è vero che il divieto di *bis in idem* sostanziale deve essere inquadrato sotto la lente della proporzionalità e, pertanto, relazionato al diverso terreno del concorso formale di reati, cade anche la possibilità di ricondurre, mediante il riferimento a tale preclusione, l'art. 68 c.p. al fenomeno del concorso apparente di norme.

«Se, infatti, l'art. 68 c.p. rinvia all'art. 15 c.p. *nel suo complesso*, e se, d'altra parte, questa norma disciplina in via assolutamente preliminare il fenomeno del concorso apparente di norme, sembrerebbe logico ritenere che l'art. 68 c.p. contempri quelle relazioni tra fattispecie circostanziali non riconducibili a tale fenomeno»<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Si rimanda sul punto al Cap. III, par. I.

<sup>83</sup> Sul punto la convergenza di opinioni in dottrina è pressoché unanime, differenziandosi tuttavia nel momento di ricondurre detta disposizione a criteri diversi dalla specialità, ovvero ad ipotesi di specialità bilaterale o reciproca. Sul punto, cfr., per una sintesi delle posizioni sul tema G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, *op. cit.*, 91-92.

<sup>84</sup> Così, sempre, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 92-93. In senso critico, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, *op. cit.*, 228-229, il quale critica tale concezione ritenendo che essa sopravvaluti la portata dell'art. 15 c.p., facendola coincidere con l'intera disciplina del concorso apparente, anche sulla scorta della ricognizione, da parte dell'Autore dell'operatività, in tale ambito, del *ne bis in idem* sostanziale. Tuttavia, se il divieto *de quo*, collocato nel momento sanzionatorio, riguarda il concorso reale, e non apparente, cade la possibilità di estendere tale ultima forma di convergenza ad ipotesi diverse da quelle riconducibili all'art. 15 stesso.

Pertanto, ritenendo che tale ultima disposizione non riguardi un concorso *reale* di circostanze, si giungerebbe al risultato di considerarla priva di qualsiasi spazio applicativo<sup>85</sup>. Sul punto, si concorda, in definitiva, con quella dottrina che ravvisa il concorso *materiale* di circostanze nella disciplina degli artt. 63-67 c.p., sottolineando invece che il ruolo dell'art. 68 c.p. sarebbe quello di porre una deroga, un temperamento, *al cumulo delle circostanze concorrenti*<sup>86</sup>.

In definitiva, l'art. 68 c.p., quale espressione positiva del *ne bis in idem* sostanziale, alla luce della necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione, regolerebbe una specifica ipotesi di concorso formale di circostanze, svolgendo una funzione analoga a quella di un ipotetico art. 81, comma 1, c.p. a conseguenze intraeditali<sup>87</sup>.

In definitiva, il concorso apparente di circostanze risulterebbe regolato dai soli artt. 61 e 62 c.p.; quello materiale, dagli artt. 63-67 c.p.; quello formale, in quanto espressione del divieto sostanziale di *bis in idem*, dall'art. 68 c.p.

Pertanto, rilevata l'autonomia del *ne bis in idem* sostanziale rispetto al diverso fenomeno del concorso apparente, ed impostando quest'ultimo sull'unico riferimento normativo che esplicitamente ad esso si riferisce, l'art. 15 c.p., si può affermare che sussiste una convergenza apparente di norme in presenza di due condizioni: in primo luogo, l'apparenza del concorso risulta essere tale ad un puro raffronto fra fattispecie astratte di reato, sicché una legge speciale derogherà sempre quella generale, indipendentemente dal concreto atteggiarsi del caso concreto; in secondo luogo, il reato solo apparentemente concorrente non "residua" alcun effetto in relazione al fatto, a causa della delimitazione della sfera di validità subita dalla norma soccombente<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 104-105, il quale sottolinea che anche il dato letterale dell'art. 68 c.p. sembrerebbe deporre per una lettura della disposizione sul campo del concorso reale di fattispecie: considerando l'art. 68 c.p. come una disposizione regolatrice del concorso apparente di circostanze, per descrivere tale fenomeno sarebbe stato sufficiente prevedere che «è valutata a carico o a favore del colpevole *la* circostanza aggravante o *la* circostanza attenuante, la quale importa, etc.», e non invece: «è valutata a carico o a favore del colpevole *soltanto* la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, etc.». A ben vedere, l'espressione «soltanto» potrebbe sottintendere qualcosa di più della scelta della circostanza applicabile tra quelle in concorso apparente. ».

<sup>86</sup> Cfr. nuovamente G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 105.

<sup>87</sup> Giunge a ritenere che l'art. 68 c.p. regoli un fenomeno di concorso formale di circostanze, anche G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 110, seppur mediante un percorso argomentativo tutto incentrato sul rapporto fra detta disposizione e l'art. 15 c.p., senza alcun riferimento al divieto sostanziale di *bis in idem*.

<sup>88</sup> Sul punto, più diffusamente, cfr. Cap. III, par. 7.1.

1.1. *La specifica posizione delle clausole di riserva.*

Quanto sopra esposto, se può risultare sufficiente con riferimento al criterio di specialità (art. 15 c.p.) ed alla sua particolare declinazione sul terreno delle circostanze (artt. 61 e 62, primo comma, c.p.), richiede tuttavia maggiori delucidazioni circa la questione delle clausole di riserva.

Non può infatti negarsi che quest'ultime, imponendo l'applicazione di una sola fattispecie di reato, coincidente generalmente con quella più grave, risultino essere ipotesi di assorbimento di una norma in favore di un'altra, laddove le stesse convergano su di uno stesso fatto.

La *ratio*, pertanto, non può che essere rinvenuta in quell'esigenza di evitare una doppia punizione del medesimo fatto che caratterizza l'essenza stessa del *ne bis in idem* sostanziale. Sicchè, sotto questo punto di vista, non può negarsi un'identità di scopo con il divieto *de quo*, quantomeno laddove esse non esprimano il contenuto dell'art. 15 c.p.<sup>89</sup>.

Eppure, laddove il legislatore ha previsto una fattispecie contenente una clausola di riserva in favore di altra (od altre) fattispecie, non può negarsi che la non applicabilità, al caso concreto, della fattispecie contenente la clausola, risulta essere un fenomeno inquadrabile, sistematicamente, entro il paradigma della sfera di validità della

---

<sup>89</sup> È diffusa in dottrina la considerazione che le clausole di riserva rappresentino ipotesi di concorso apparente differenti dalla specialità, nello specifico riconducibili al criterio di sussidiarietà. Cfr. in questo senso Cap. I, par. 5.2. Tuttavia, a seconda dell'approccio interpretativo al concorso apparente, le stesse vengono ad essere identificate come una particolare forma di manifestazione dello stesso, ovvero come vera e propria eccezione al concorso di reati. Nel primo senso si veda, *ex multis*, R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, *op. cit.*, 278 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 491. Entrambi gli Autori le collocano, ove possibile, all'interno del fenomeno del concorso apparente. Altra parte della dottrina ritiene invece che dette clausole non costituiscano affatto ipotesi di concorso di norme, bensì semplici casi già predeterminati dal legislatore, ponendosi come eccezione al concorso di reati. Cfr., su tutti, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, *op. cit.*, 548. Ancora, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 162 e ss., ritiene, se non ci s'inganna, che a causa dell'ampiezza del proprio rimando letterale, le clausole di riserva siano ipotesi derogatorie rispetto all'art. 15 c.p., poiché fanno riferimento al caso concreto, prescindendo dai rapporti logico-strutturali fra fattispecie. Infine, non mancano Autori che hanno negato *in toto* la riconducibilità delle clausole di riserva al concorso apparente di norme, in base alla considerazione che quando è la stessa legge ad escludere in modo esplicito l'applicabilità di una norma, allora non sussisterebbe nemmeno il requisito dell'apparente applicabilità di più disposizioni al medesimo fatto. In quest'ultimo senso cfr. F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 8-9; L. CONTI, *op. cit.*, 1015. Tale ultima impostazione risulta in ogni caso superata, se solo si considera che per ravvisare od escludere il concorso apparente occorre verificare il rapporto tra le norme convergenti, a nulla rilevando la presenza o meno di un "aiuto" esplicito contenuto nella disposizione incriminatrice. Così, già A. MORO, *op. cit.*, 68, nt. 46.



norma, non in forza di particolari relazioni logico strutturali fra fattispecie, bensì proprio per un'espressa previsione del legislatore sul punto.

Nel tentativo di fare chiarezza sul punto, si rende necessario partire da un dato condiviso: la dottrina pressoché unanime, indipendentemente dalla visione monista o pluralista al concorso di norme, ritiene pacifico che le clausole di riserva non abbiano nulla a che vedere, se non *incidenter tantum*, con il principio di specialità unilaterale, ritenendo al contrario che esse siano riconducibili agli altri criteri prospettati dalle teorie pluraliste, ovvero ad ipotesi di specialità bilaterale, od in concreto<sup>90</sup>.

In sostanza, il problema del rapporto fra clausole di riserva e concorso apparente di norme pare in realtà dipendere da quale teoria si ritiene essere la più adatta ad "integrare" l'art 15 c.p., finendo tuttavia per constatare che nessun criterio prospettato in tema di convergenza apparente di fattispecie risulta in grado di riassumere in sé stesso tutte le ipotesi di clausole di riserva<sup>91</sup>.

Ciò accade, invero, perché le clausole di riserva sono talmente tante e variegate da essere pressoché impossibile ordinarle sotto la stessa regola ispiratrice<sup>92</sup>: può trattarsi di una riserva determinata da relazioni strutturali fra fattispecie, rientrante nel paradigma dell'art. 15 c.p.; oppure di ipotesi in cui uno stesso fatto concreto determina

---

<sup>90</sup> Nelle teorie moniste, è estremamente sentita la necessità di tenere le clausole di riserva ben distinte dall'art. 15 c.p., proprio a causa del fatto che le stesse disciplinano ipotesi anche ben lontane dal paradigma *lex specialis derogat legi generali*. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 253 ss., nonché 490 ss.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, op. cit., 388 ss. Le teorie pluraliste, dal canto loro, una volta rilevata la "perdita di utilità" nel caso in cui le predette clausole disciplinassero esclusivamente ipotesi di specialità, le riconducono entro i casi della sussidiarietà ovvero della consunzione, prospettando l'esistenza, al fianco delle clausole espresse, anche delle c.d. riserve tacite. Cfr., *ex multis*, A. MORO, op. cit., 82 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, op. cit., 543 ss.

<sup>91</sup> Sul punto, cfr. F. GIANFELICI, *Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme*, in *Arch. pen. web*, 2/2018, 12-13, il quale porta l'esempio del concorso fra le fattispecie previste dagli artt. 307 (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) e 378 c.p. (Favoreggiamento), sottolineando che la clausola di riserva prevista dalla prima fattispecie in favore della seconda riguarda due ipotesi delittuose non in rapporto di specialità, né di sussidiarietà, potendo il favoreggiamento estrinsecarsi in modalità diverse da quelle incriminate all'art. 306 c.p. e rivolgendosi le due fattispecie a differenti beni giuridici: la personalità dello stato (art. 306 c.p.) e l'amministrazione della giustizia (378 c.p.). Ancora, lo stesso criterio dell'*idem factum* non riuscirebbe a spiegare ipotesi in cui una clausola determinata rimandi a fattispecie contemplanti episodi necessariamente pregressi, come nel caso di favoreggiamento personale.

<sup>92</sup> Infatti, si è opportunamente osservato in dottrina che le clausole di riserva, determinate o meno che siano, non implicano in alcun modo un particolare tipo di rapporto fra le fattispecie coinvolte. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, op. cit., 140 ss. Sul punto, si veda anche T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago*, op. cit., 1604 s., il quale riporta come esempi l'art. 602 c.p., che rinvia alla fattispecie di cui all'art. 601 c.p., fra cui sussiste un rapporto di specialità; nonché la clausola prevista dall'art. 455 c.p., che rinvia ad un illecito, quello previsto dall'art. 453, n. 2 c.p., che si pone con esso in rapporto di completa eterogeneità (l'art. 455 c.p. richiede la spendita e introduzione nello Stato di monete falsificate *senza concerto*, mentre l'art. 453 c.p. prevede necessariamente il *previo concerto*).

l'applicabilità di fattispecie strutturalmente differenti in un numero così significativo di casi da indurre il legislatore a stabilire, *in via espressa*, la prevalenza di una sull'altra, in ossequio al divieto di punire più volte uno stesso fatto (*ne bis in idem* sostanziale); ovvero ancora, infine di ipotesi che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, comportano che ad una fattispecie ne consegua un'altra, sicché, pur in assenza di un medesimo fatto e di un'identità logico-strutturale di fattispecie, il legislatore ritiene opportuno sancire l'applicazione di una ed una sola fattispecie incriminatrice.

Invero, proprio perché le clausole di riserva espresse, pur se indeterminate, rappresentano in ogni caso una scelta di favore per il reo *espressamente prevista* dal legislatore, non si vede perché le stesse non debbano essere ritenute essere ipotesi "autosufficienti" di concorso apparente di norme, che lo stesso può benissimo prevedere per scopi differenti dall'art. 15 c.p. e che sovente rappresentano un accoglimento di istanze di proporzione fra fatto e sanzione, sicché il legislatore decide di derogare espressamente al concorso materiale di reati<sup>93</sup>.

Sotto questo punto di vista, le stesse possono informarsi a logiche strutturali o valoriali, rispondendo, in quest'ultimo caso, anche ad istanze proprie anche del *ne bis in idem* sostanziale, fino a costituire semplicemente casi di opportunità decisi dal legislatore. Tuttavia, anche laddove una clausola di riserva esprima la necessità di non punire due volte lo stesso fatto, la stessa comporta che la validità di una norma si arresta in favore di un'altra, comportando l'inquadramento del fenomeno sotto la disciplina del concorso apparente di norme<sup>94</sup>.

Del resto, che le clausole di riserva descrivano ipotesi autonome di concorso apparente, operanti al di fuori dello spettro applicativo dell'art. 15 c.p., facendo leva

---

<sup>93</sup> Giunge a ritenerle le clausole di riserva come ipotesi di concorso apparente autonome rispetto all'art. 15 c.p. F. GIANFELICI, *op. cit.*, 16 ss.

<sup>94</sup> Ovvero, più precisamente, rispondendo alle logiche del divieto di punire più volte uno stesso fatto, ma regolando ipotesi di convergenza di fattispecie in cui non residua alcun effetto nella norma secondaria, le stesse, pur coincidendo spesso con le logiche della preclusione sostanziale, vengono ritenute meritevoli di una disciplina più incisiva, che agisca già sul piano dell'esclusione della validità di una norma in favore dell'altra. In questo senso, *ne bis in idem* e concorso apparente coincidono, poiché lo stesso legislatore decide di formalizzare sul piano astratto istanze riconducibili alla preclusione sostanziale. Del resto, non può negarsi che, in ogni caso, tutte le ipotesi di concorso apparente per specialità, sancendo l'inapplicabilità della legge generale, in favore della sola *lex specialis*, fanno anche salva l'esigenza di vietare una doppia punizione per lo stesso fatto. Tuttavia, a detta soluzione si perviene già sul piano astratto del rapporto fra norme, sicché, pur a fronte di una "coincidenza di scopo" si può affermare che laddove il divieto di doppia punizione venga già risolto attraverso una corretta interpretazione delle norme, nei rapporti che le stesse intrattengono l'una con l'altra, il divieto sostanziale di *bis in idem* non entra in gioco, poiché il rischio di un cumulo di sanzioni deve essere considerato scongiurato in partenza.

sull'inciso "salvo che sia altrimenti stabilito", risulta essere argomento già speso in dottrina ed accolto in giurisprudenza<sup>95</sup>.

### 1.2. *Il reato progressivo al vaglio del divieto sostanziale di doppia punizione.*

Già si è fatto cenno alla funzione dell'art. 84 c.p. ed in particolare sulla necessità di fornirne un'interpretazione che non lo riduca a mero "doppione" dell'art. 15 c.p., sicché una parte considerevole della dottrina ritiene di dover ricomprendere all'interno di tale disposizione anche le ipotesi di reato complesso c.d. in senso lato, quale è il reato progressivo<sup>96</sup>.

Nello specifico, tale etichetta viene utilizzata per indicare tutti quei casi in cui due o più fattispecie si presentano secondo un rapporto di crescente intensità, in modo tale che la realizzazione di quella più grave passi, in concreto, per il tramite di un'offesa intermedia, meno grave. In tale frangente, si ritiene che, pur in assenza di un'esplicita previsione, si realizzi un fenomeno di unificazione normativa espressa, implicitamente ricollegabile all'art. 84 c.p. In questo senso, il reato progressivo si differenzerebbe da quello *stricto sensu* complesso perché nella descrizione normativa della fattispecie assorbente non vi sarebbe alcuna espressa menzione della fattispecie minore, sicché non si potrebbe ravvisare un'ipotesi di concorso apparente in senso logico-strutturale.

Quali esempi di reato complesso si possono richiamare: il delitto di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) che passa mediante la realizzazione di un sequestro di persona (art. 605 c.p.); ancora, l'omicidio (art. 575 c.p.) causato dall'inflizione di più coltellate alla vittima (art. 582 c.p.); l'ingresso abusivo nel fondo altrui (art. 637 c.p.) seguito dall'occupazione dello stesso al fine di trarne profitto (art. 633 c.p.); il passaggio da

---

<sup>95</sup> Per la giurisprudenza si rimanda alle osservazioni svolte nel Cap. I, par. 5.2. In dottrina, tale soluzione è per lo più ipotizzata dalle impostazioni strutturaliste. Cfr. sul punto G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 52 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 477 ss.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, *op. cit.*, 388 ss. Cfr. da ultimo F. GIANFELICI, *op. cit.*, 16 ss.

<sup>96</sup> Cfr. in particolare *infra* par. 1, nonché Cap. III, par. 1. In particolare, propendono per una ricostruzione del reato progressivo come ipotesi di reato complesso in senso lato F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 262 ss, 292 ss., nonché 510 e ss.; S. PROSDOCIMI, voce *Reato complesso*, *op. cit.*, 213; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, *op. cit.*, 556. Considerano il reato progressivo come una *species* di quello complesso F. ANTOLISEI, *Manuale*, *op. cit.*, 495; C. BIANCHEDI, *Cenni sul reato complesso e sul furto accompagnato da violenza sulle cose*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1938, 520, che ritiene tuttavia che di "species" si possa parlare solo laddove i reati siano collegati da un unico contesto di azione e dalla offesa allo stesso soggetto, mentre non sarebbe sostenibile nel caso in cui vi fosse una «separazione cronologica dei fatti ciascuno concretante gli estremi di un reato».

delitto tentato alla realizzazione della fattispecie; infine, più in generale, si possono ricordare tutte quelle fattispecie aventi come elemento costitutivo o come circostanza aggravante la violenza fisica o psichica<sup>97</sup>.

Sul punto però deve farsi una precisazione. La figura del reato progressivo difetta di una visione condivisa fra gli studiosi, sicché spesso gli esempi prospettati in dottrina finiscono facilmente per essere richiamati anche come ipotesi di antefatto e postfatto non punibili, ovvero ancora di progressione criminosa. Si pensi ad esempio alla falsificazione di una certificazione o di un documento ed al successivo uso della cosa falsificata; ancora, la fabbricazione di materie esplodenti (art. 435 c.p.) utilizzate in seguito per compiere una strage (art. 422 c.p.).

Chiaro è che tali ultime ipotesi potrebbero indifferentemente essere considerate anche alla stregua di antefatti non punibili, ovvero ancora come ipotesi di concorso materiale di reati.

Invero, l'incertezza circa l'estensione del reato progressivo deriva in buona parte dal fatto che in dottrina si discute se, ai fini della sua integrazione, siano necessari una pluralità di fatti ovvero un medesimo fatto, pur convergendo nel ritenere detto fenomeno come una forma di unificazione normativa di più fattispecie.

Chi sostiene che il reato progressivo possa risultare da un'unificazione di più fatti, costituenti altrettanti reati, lo fa sulla considerazione che l'art. 84 c.p. presenta un dato letterale inequivocabile, ossia che la disposizione fa riferimento a «*fatti* che costituirebbero, per se stessi, reato»<sup>98</sup>.

Chiaro è che, aderendo a questa impostazione, il confine con i fenomeni di *antefactum*, *postfactum* e progressione criminosa diventa più sfumata, presupponendo essi ontologicamente la presenza di più fatti<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Per quest'ultima categoria, sulla scorta che la violenza può manifestarsi in una forma tale da non integrare, in sé considerata, altro reato, cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 297-298; G. NEPI MODONA, *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia»*, op. cit., 528, nonché 531. Come fattispecie si possono richiamare, a titolo meramente esemplificativo, quelle di estorsione, violenza privata e violenza carnale. Rileva invece come aggravante, ad esempio, nelle fattispecie di danneggiamento ed evasione. In questo senso, in dottrina si è rilevato che anche ipotesi di reato complesso in senso stretto (e, come tali, riconducibili al paradigma della specialità), quali la rapina, potrebbero essere inquadrare anche nella categoria di reato complesso in senso lato, ove la violenza non raggiunga una tale intensità da poter essere considerata, da sola, come autonomo titolo di reato. In quest'ultimo senso sempre F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 299.

<sup>98</sup> Così, su tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 285, nonché 288.

<sup>99</sup> Sul punto, più diffusamente, *infra*, par. 3.1.

Appare tuttavia opportuno, anche quale precipitato della visione che si è tratteggiata del divieto sostanziale di *bis in idem*, ritenere che il reato progressivo, quale forma di reato complesso in senso lato, consti sì di una pluralità di fattispecie, ma che tuttavia insistono su di un fatto che deve essere considerato unitario<sup>100</sup>. Pluralità di fattispecie, va rimarcato, che non si trovano in un rapporto logico-strutturale l'una con l'altra, versandosi altrimenti in un'ipotesi di specialità.

Deve pertanto considerarsi progressivo quel reato che, seppur anche realizzatosi in tempi differenti, risulta in ogni caso composto da un medesimo fatto, poiché le condotte poste in essere, se non ridotte ad un dato meramente naturalistico, devono essere considerate, al contrario, come unitarie, proprio perché l'accadimento storico deve essere "filtrato" dalla descrizione normativa.

Così, se nessuno dubiterebbe che nel caso in cui un soggetto si faccia promettere e, dopo qualche giorno, riceva il denaro promesso, ai fini dell'integrazione del millantato credito, si sia in presenza di una pluralità di condotte naturalistiche da considerarsi tuttavia un accadimento storico unitario, allo stesso modo deve ragionarsi in tema di reato complesso, per le ipotesi di condotte strettamente collegate fra loro, la cui unitarietà discende invero da una corretta interpretazione della fattispecie.

In questo senso, non vi sono dubbi che si debba ritenere unico, negli esempi sopra riportati: il fatto del soggetto sequestrato e poi ridotto in schiavitù; la morte come conseguenza delle lesioni personali; l'occupazione del fondo dopo l'ingresso abusivo nello stesso.

Al contrario, la pluralità dei fatti comporterà l'impossibilità di ricondurre gli stessi alla disciplina dell'assorbimento, propria dell'art. 84 c.p.

Chiaramente, trattandosi di fattispecie in cui non si ravvisa un rapporto di specialità, l'identificazione di un reato progressivo, quale precipitato di un certo modo

---

<sup>100</sup> In dottrina, sostiene che il reato progressivo riguardi in ogni caso ipotesi in cui più fattispecie convergano su di un medesimo fatto F. ANTOLISEI, *Manuale*, op. cit., 495; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, op. cit., 168; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 244-245. Del resto, la definizione che più può considerarsi corretta è quella secondo cui si ha reato progressivo laddove, con *un unico fatto*, viene offeso con gravità crescente uno stesso bene, oppure un bene di maggior importanza, la cui offesa comporta anche quella relativa al bene minore. In questo senso cfr. S. RANIERI, *Reato progressivo*, op. cit., 14 ss.

di intendere il reato complesso, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale, deve essere effettuata in modo estremamente rigoroso<sup>101</sup>.

Eppure, sono varie le ragioni che inducono ad optare per questa soluzione. In primo luogo, si concorda con quella dottrina che sottolinea che il riferimento a più fatti, basato sul dato letterale dell'art. 84 c.p., risulta agilmente superabile, considerando che nella lingua italiana l'uso del plurale è frequente anche in senso indeterminato<sup>102</sup>. Tale circostanza, di per sé invero non definitiva, acquista tuttavia maggior fondamento se si considera che anche nelle ipotesi di reato complesso *stricto sensu* inteso si è in presenza di un unico fatto. Si pensi alla rapina, ove la violenza perpetrata per impossessarsi della cosa altrui non comporta l'identificazione di due situazioni concrete, una relativa alle percosse ed una seconda riguardante l'impossessamento della cosa altrui.

In secondo luogo, circoscrivere rigorosamente le fattispecie progressive ai casi di unitarietà del fatto permette una maggiore distinzione rispetto alle ipotesi di antefatto e postfatto non punibili, nonché nei confronti della progressione criminosa.

Infine, tale conclusione è confortata dallo stesso riconoscimento del *ne bis in idem* sostanziale, quale principio relativo alla necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione. In questo senso, poiché in taluni casi la concatenazione nella realizzazione dei reati è ovvia e scontata, si deve necessariamente presumere che il legislatore abbia tenuto conto, nella predisposizione della sanzione prevista per il reato più grave, anche della realizzazione delle fattispecie meno gravi, proporzionando e rapportando la pena del primo anche alla *contestuale* commissione di altre, più miti, ipotesi incriminatrici, «sicché, punire anche per tale meno grave reato comporterebbe una pesante ed ingiustificata duplicazioni di pena»<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Senza contare che, in molti casi, all'applicazione di una ed una sola fattispecie si perviene senza la necessità di rifarsi alla figura del reato progressivo, bensì attraverso una puntuale ricostruzione dell'ambito operativo della fattispecie incriminatrice. Così, si ritiene che l'esempio del passaggio da delitto tentato a delitto consumato, richiamato talvolta anche in relazione al fenomeno della progressione criminosa, non sia invero rilevante per i fenomeni qui richiamati. L'art. 56 c.p., nel richiedere che l'azione non si compia ovvero che l'evento non si verifichi, limita la propria applicabilità proprio a questa circostanza, sicché il passaggio dal tentativo alla consumazione fa venir meno l'applicabilità del primo non in forza di istituti come quelli testé richiamati, ma in forza di una corretta interpretazione della disciplina sul tentativo. Cfr. anche B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 246-247, che sottolinea come in molti casi è sufficiente «un'attenta ricostruzione del dato normativo per condurre sempre alla esclusione della applicabilità dei reati in esame».

<sup>102</sup> Così M. GALLO, *Diritto penale italiano*, op. cit., 168-169.

<sup>103</sup> Testualmente B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 248-249. Cfr. nello stesso senso M. ROMANO, *sub art. 15, Commentario sistematico*, op. cit., 170; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*,

2. La specialità “oltre” se stessa: qualche nota in merito ai rapporti fra *ne bis in idem* sostanziale ed approcci monisti al concorso apparente di norme.

Risulta chiaro che l’aver circoscritto le ipotesi di concorso apparente al solo criterio di specialità impone tuttavia di spendere qualche parola in relazione alle letture estensive dell’art. 15 c.p., ossia la specialità in concreto e quella reciproca, per esplicitare se, dopo aver enucleato un concetto di *ne bis in idem* sostanziale come quello qui presentato, residui la possibilità di concepire tipologie di specialità ulteriori rispetto a quella unilaterale.

Partendo dalla specialità in concreto, si è sottolineato in dottrina che l’identificazione dell’inciso “stessa materia” con il concetto di fatto naturalistico derivi dalla necessità di evitare un’interpretazione abrogante dell’art. 15 c.p., dal momento che la specialità fra norme, in astratto, è un criterio generale che permea l’intero ordinamento giuridico<sup>104</sup>.

Eppure, pur a fronte dell’oscurità testuale dell’art. 15 c.p., non si può non evidenziare che la regola da esso stabilita risulta chiaramente essere quella della specialità in astratto, fra norme, senza contare che l’applicazione di una specialità in concreto fallisce nel momento in cui non vi è modo di applicare, nei casi di convergenza, la norma realmente speciale, poiché la questione del trattamento sanzionatorio non ha nulla a che fare con quella del rapporto *lex specialis derogat legi generali*. Ancora, tale dottrina sconta le ineliminabili critiche già evidenziate in apertura del presente lavoro<sup>105</sup>.

L’attenzione su tale criterio è invero accresciuta a causa della valorizzazione del concetto di *idem factum* nella giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* convenzionale. Sul punto, si è però evidenziato che la valorizzazione del fatto concreto,

---

*op. cit.*, 203. Preme tuttavia specificare un’ultima questione: l’aver definito la concatenazione fra i reati “ovvia” e “scontata” non è stata una scelta casuale. Circoscrivere l’integrazione del reato contesto alla contestualità (seppur da intendersi secondo un’accezione relativa, poiché rapportata alla descrizione che il tipo normativo restituisce degli accadimenti storici) s’impone al fine di limitarne l’estensione evitando di valorizzare criteri ben più elastici, quali l’*id quod plerumque accidit*. Certamente, non si vuole sostenere che la stessa contestualità non presenti margini di incertezza, invero ineliminabili nella materia qui presentata, ma si ritiene che essa risulti in ogni caso essere un concetto maggiormente afferrabile e, pertanto, perimetrabile, rispetto a quei canoni che la dottrina pluralista invoca al fine di considerare più fatti come un unico accadimento della vita.

<sup>104</sup> Su tutti, cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, *op. cit.*, 159 ss. Nonché, più diffusamente, Cap. III, par. 7.1.

<sup>105</sup> Cfr. Cap. I, par. 5.1.

ai fini della determinazione del divieto sostanziale di doppia punizione, debba esplicitarsi sul differente terreno della convergenza *reale* fra fattispecie, in cui la predisposizione di un concorso formale a conseguenze intraedittali renderebbe in ogni caso superfluo il ricorso alla specialità in concreto<sup>106</sup>.

In breve, non sulla specialità in concreto, ma sul concorso formale si deve posare la propria attenzione.

Si pensi alle seguenti ipotesi, in cui, pur difettando una relazione astratta di specialità, risulterebbe operativa la specialità in concreto: taluno compie un omicidio colposo (art. 589 c.p.) a causa della trasgressione di una norma contravvenzionale infortunistica; taluno spara ad una persona, uccidendola (art. 575 c.p.), ma danneggiandone al contempo gli abiti (art. 635 c.p.); taluno, operando violenza per derubare la vittima (art. 628 c.p.), la priva temporaneamente della libertà personale, per un tempo sufficiente ad integrare la fattispecie di sequestro di persona (art. 605 c.p.); taluno compie una truffa ai danni di un altro soggetto (art. 640 c.p.) mediante spendita di monete false (art. 455 c.p.); ovvero millantando un credito presso un giudice (art. 346 c.p.); ovvero ancora mediante una sostituzione di persona (art. 494 c.p.), ovvero ancora, infine, apponendo una firma falsa (art. 485 c.p.).

In tutte queste ipotesi, il *ne bis in idem* sostanziale, imponendo una ridefinizione del cumulo giuridico nei casi di concorso formale, comporterebbe in ogni caso l'applicazione della sanzione più grave<sup>107</sup>.

In definitiva, la specialità in concreto non risulta necessaria proprio perché la predisposizione di un concorso formale intraedittale condurrebbe allo stesso risultato.

Proprio per tale motivo, si potrebbe pensare che tale soluzione non rappresenti altro che un'ipotesi "larvata" di specialità in concreto, mascherata sotto le spoglie del concorso formale di reati. Tuttavia, anche senza considerare il miglior inquadramento dogmatico che il *ne bis in idem* sostanziale riceverebbe, nell'ottica della proporzionalità,

<sup>106</sup> Si deve infatti evidenziare come una delle critiche maggiori che la dottrina ha mosso a tale impostazione è proprio quella che l'accoglimento di una specialità in concreto avrebbe comportato necessariamente la "scomparsa" delle ipotesi di concorso formale, che sarebbero finite per essere ricomprese entro le maglie dell'*idem factum*, sicché, a contrario, deve ritenersi che un concorso formale a conseguenze intraedittali sia in grado di generare l'effetto opposto, ricomprendendo in se le ipotesi che la dottrina della specialità in concreto riconduce nel concetto di medesimo fatto storico. Sul punto, cfr. Cap. I, Sez. I, par. 1, nt. 13, nonché par. 5.1.

<sup>107</sup> A tale affermazione potrebbe replicarsi che assorbimento inasprito ed applicazione della sola sanzione più grave risultano in ogni caso risposte sanzionatorie differenti. Ciò è senz'altro vero, ma non si deve dimenticare che, in ogni caso, il soggetto risponde di una sola sanzione e che le fattispecie richiamate non hanno la forza di "elidere", secondo logiche strutturali, la sfera di validità delle altre.



sul settore della convergenza reale di fattispecie, si ricorda che tale forma di concorso formale è prevista in numerose esperienze straniere.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche con riferimento alla specialità reciproca, quantomeno nei casi in cui si ritenga di dover applicare la norma che prevede il trattamento sanzionatorio più grave. Del resto, già si è sottolineato che l'identità di condotta risulta essere un momento imprescindibile nel concetto di *idem factum*. Al pari, la necessaria sovrapposizione delle condotte risulta essere anche il minimo comune denominatore per il raffronto strutturale fra fattispecie, che costituisce l'essenza stessa del criterio di specialità bilaterale. In altri termini, non si può rinvenire alcun "nucleo comune a più fattispecie", o alcuna "sottofattispecie", senza che risultino sovrapponibili, *in primis*, le condotte delle norme considerate<sup>108</sup>.

Si pensi alle seguenti fattispecie poste in specialità bilaterale<sup>109</sup>: il già citato rapporto fra aggio semplice (art. 501 c.p.) e societario (art. 2628 c.c., vecchia formulazione)<sup>110</sup>; la violazione di domicilio (art. 614 c.p.) e la violazione di domicilio commessa dal pubblico ufficiale (art. 615 c.p.)<sup>111</sup>; la violenza sessuale (art. 609 *bis*) e l'incesto (art. 564 c.p.)<sup>112</sup>; l'estorsione (art. 629 c.p.) e la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.)<sup>113</sup>.

In tutti questi casi ci si trova dinanzi ad ipotesi di reato non in rapporto di specialità, ma che tuttavia risultano commesse con la medesima condotta, sicché la predisposizione di un cumulo giuridico intraeditale per le ipotesi di concorso formale renderebbe di fatto inutile il ricorso al concetto di specialità reciproca.

La questione si rivela però più complessa con riferimento a quella impostazione che ritiene che la fattispecie applicabile, nei casi di specialità reciproca, sia quella

---

<sup>108</sup> Cfr. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, *op. cit.*, 528 ss.

<sup>109</sup> Fra le quali potrebbero rientrare anche alcuni degli esempi già riportati in tema di specialità in concreto, come nel caso del rapporto fra millantato credito e truffa.

<sup>110</sup> Qualora la condotta di aggio, comune ad entrambe, sia posta in essere dall'amministratore della società, unitamente al dolo specifico di turbare l'andamento del mercato.

<sup>111</sup> Entrambe le fattispecie prevedono la condotta di introduzione in luogo di privata dimora altrui, ma l'art. 614 c.p. richiede che il delitto si perfezioni contro la volontà, espressa o tacita, del titolare dello *ius excludendi*, mentre l'art. 615 c.p. prevede una particolare qualifica attiva e che l'azione sia compiuta abusando dei poteri inerenti alla propria funzione.

<sup>112</sup> Ipotesi di specialità reciproca che si verifica quando l'atto sessuale, condotta comune ad entrambi i delitti, venga posto in essere mediante costrizione della vittima (art. 609 *bis*), ma realizzando al contempo un pubblico scandalo (art. 564 c.p.).

<sup>113</sup> Anche in queste ipotesi, pur a fronte di una medesima condotta, consistente nella violenza o minaccia, si potrebbe turbare il normale svolgimento della gara nei pubblici incanti (art. 353 c.p.) ottenendo al contempo un ingiusto profitto con altrui danno (art. 629 c.p.).

contenente il maggior numero di elementi “specializzanti”<sup>114</sup>. In tale frangente deve evidenziarsi che, laddove la norma più speciale fosse quella recante la risposta sanzionatoria più mite, vi sarebbe in ogni caso una discrasia rispetto alla disciplina dell’assorbimento.

Invero, la teoria della specialità reciproca, si è visto, sconta critiche penetranti anche laddove si accolga la teoria che prevede l’applicazione della norma “più speciale”<sup>115</sup>. Ma anche tacendo del fatto che la stessa scelta della fattispecie più speciale non risulta immune da considerazioni di stampo valoriale, si deve sottolineare in ogni caso l’assenza di un concreto fondamento per lo stesso concetto di specialità reciproca.

Se quest’ultimo fosse individuato nel divieto sostanziale di *bis in idem*, si cadrebbe in un’insanabile contraddittorietà fra premesse (l’ancoraggio del concorso apparente su basi esclusivamente logico-strutturali) e conclusioni (la valorizzazione di un canone, quale è quello di *ne bis in idem*, indissolubilmente legato a giudizi di valore)<sup>116</sup>.

Ritenendo invece che il criterio di specialità bilaterale, al pari di quella unilaterale, si debba sviluppare interamente sul piano dei rapporti strutturali fra fattispecie, il fondamento potrebbe essere rinvenibile esclusivamente nell’art. 15 c.p., ipotesi certamente più coerente con la visione qui presentata del divieto sostanziale di *bis in idem*, ossia come principio diverso ed autonomo dal concorso di norme.

Tuttavia, anche con riferimento a tale opzione, v’è più di un elemento che induce a ritenere che la specialità bilaterale non costituisca realmente un’ipotesi di specialità. Anzitutto, una concezione siffatta di specialità bilaterale presuppone necessariamente

---

<sup>114</sup> G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>115</sup> Sul punto cfr. Cap. I, par. 5. Si deve in ogni caso sottolineare che anche nell’ipotesi in cui la norma speciale risulti essere quella più mite si avrebbe un notevole ridimensionamento delle differenze sanzionatorie fra concorso formale ed apparente, proprio in ragione della bassa forbice edittale conseguente al cumulo giuridico infra edittale, nonché in considerazione che, in ogni caso, si risponderebbe sostanzialmente, anche *ex art. 81, c. 1 c.p.*, per un solo reato. Ancora, se è vero che una “discrasia punitiva” continuerebbe a sussistere, non deve tuttavia dimenticarsi che ciò avverrebbe non in relazione alle ipotesi di specialità unilaterale, bensì con solo riferimento ai controversi casi di specialità bilaterale in cui ad essere “più speciale” sarebbe la fattispecie più mite.

<sup>116</sup> Questa la critica mossa da G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *op. cit.*, 26-27 alla teoria di Mantovani. Per quanto attiene invece al divieto sostanziale di *bis in idem*, si ritiene non possa negarsi la sua riferibilità ad istanze valoriali, anche qualora non si condividessero i percorsi argomentativi sviluppati in questa sede.

una valorizzazione dei differenti tipi di specialità “per aggiunta” e “per specificazione”, della cui distinzione, sconosciuta alla matematica, si può invero dubitare<sup>117</sup>.

Del resto, anche da un’interpretazione letterale dell’art. 15 c.p. non risulta possibile ricavare alcun indizio che legittimi l’esistenza di una specialità di tipo bilaterale. Non si afferma che la legge *più* speciale deve derogare a quella *più* generale, né si rinviene l’esistenza di una siffatta relazione logica in alcun altro ramo dell’ordinamento. Al più, potrebbe ritenersi che a tale estensione del criterio di specialità unilaterale si possa giungere attraverso un procedimento analogico *in favor rei* dell’art. 15 c.p., se non fosse che, anche opinando in tal senso, mancherebbe uno dei presupposti stessi dell’analogia: quello della lacuna normativa<sup>118</sup>.

In definitiva, l’operatività del divieto sostanziale di *bis in idem* sul terreno del concorso formale, ridurrebbe drasticamente la necessità, sino ad eliminarla, di letture estensive del concetto di specialità, che dovrebbe svilupparsi entro la logica relazione *lex specialis derogat legi generali*.

### 3. Ne bis in idem sostanziale e teorie pluraliste: dal concorso apparente di norme al concorso formale di reati.

Se le letture estensive del principio di specialità riguardano ipotesi interamente riconducibili al divieto *sostanziale di bis in idem* qui delineato, lo stesso può dirsi con riferimento a gran parte delle ipotesi rientranti nei criteri elaborati dalle teorie pluraliste.

Il concorso formale a conseguenze intraedittali, derivante dalla ricognizione dello “*status*” costituzionale del divieto di doppia punizione, ridimensionerebbe

---

<sup>117</sup> Si rimanda alle osservazioni già svolte nel Cap. I, par. 5. Basti qui pensare al rapporto di specialità intercorrente fra sequestro di persona (art. 605 c.p.) e sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.). Ammessa e non discussa la natura speciale della seconda fattispecie delittuosa, deve rilevarsi che lo scopo di conseguire un ingiusto profitto potrebbe ben leggersi come un elemento aggiuntivo (specialità per aggiunta), ma al contempo come ipotesi di dolo specifico, che si caratterizzerebbe per essere un elemento più intenso rispetto al dolo generico della fattispecie sanzionata dall’art. 605 c.p. (specialità per specificazione). Ritengono indistinguibili sul piano logico le due ipotesi di specialità, *ex multis*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, op. cit., 190, nt. 9; B. ROMANO, *Il rapporto tra leggi penali*, op. cit., 213.

<sup>118</sup> Infatti, ove non riconducibili all’art.15 c.p., i casi di specialità bilaterale troverebbero una disciplina positiva proprio nel concorso formale di reati, che, seppur nella sua attuale modulazione, presenta in ogni caso un regime di favore rispetto al concorso materiale di reati. Per una critica analoga, seppur con riferimento al preteso fondamento analogico dei criteri di sussidiarietà e consunzione, si rimanda al Cap. I, par. 5.2.

notevolmente, in punto di commisurazione della pena, la distinzione fra questo istituto e le ipotesi di sussidiarietà e consunzione, ad eccezione dei casi in cui tali criteri riguardino fattispecie fra le quali non risulta ravvisabile alcuna coincidenza nelle condotte, come per l'antefatto ed il postfatto non punibili<sup>119</sup>.

Del resto, la conseguenza dell'applicazione dei criteri di sussidiarietà e consunzione è proprio quella dell'assorbimento della fattispecie meno grave in quella più grave.

Trattandosi tuttavia, nel caso di concorso ideale, di convergenza reale e non apparente, la questione della distinzione con le ipotesi di concorso apparente rimarrebbe in ogni caso intatta, pur nel suo ridimensionamento, rilevando pur sempre in sede di commisurazione della pena<sup>120</sup>.

Partendo dalla consunzione, si rende necessario distinguere le ipotesi in cui le norme considerate convergenti siano commesse mediante una sola condotta dai casi in cui le condotte siano più d'una, tuttavia unificate in virtù del ricorso a criteri quali l'"*id quod plerumque accidit*", la "considerazione unitaria del quadro di vita", e così via.

Per le ipotesi in cui la condotta si riveli sostanzialmente unitaria si possono richiamare pressoché tutti gli esempi riportati nel corso del precedente paragrafo, stante la grande elasticità del criterio qui esaminato.

In tali esempi, la ricognizione di un divieto sostanziale di *bis in idem* e la conseguente rimodulazione della risposta sanzionatoria a conseguenze intraedittali del concorso ideale avrebbe come risultato quello di rendere del tutto superflua la necessità di rifarsi ad un'interpretazione estensiva del concorso apparente di norme. Ciò è senz'altro vero nell'ipotesi in cui al concorso formale conseguisse un assorbimento puro, come accadeva sotto la vigenza del codice Zanardelli, ma ad un risultato non dissimile si perverrebbe anche in applicazione di un meccanismo di assorbimento

<sup>119</sup> Sul punto, cfr. anche *infra*, Sez. I, par. 2.1.

<sup>120</sup> Cfr. sul punto I. GIACONA, *Spunti di riflessione*, *op. cit.*, 377, che suggerisce tuttavia che una siffatta equiparazione dovrebbe al contempo comportare una rimodulazione di tutto quanto il sistema del concorso di reati, attenuando il regime sanzionatorio previsto sia per il concorso materiale, sia per il reato continuato. Tale prospettiva, da ritenersi senz'altro condivisibile (sia in considerazione di quanto affermato in relazione all'eccessiva asprezza sanzionatoria del codice penale nostrano, *infra*, par. 2, sia alla luce dei vari progetti di riforma esaminati nel primo capitolo, inclini a predisporre forme di concorso di reati più miti rispetto alla disciplina attuale), risulta tuttavia estranea ad un'indagine sul *ne bis in idem* sostanziale: senza un medesimo fatto, il principio non può esplicare alcun effetto, sicché una attenuazione della disciplina del reato continuato e del concorso materiale non può essere sostenuta appellandosi alle stesse istanze di proporzionalità che informano il divieto di doppia punizione. In quest'ultimo senso cfr. F. MAZZACUVA, *op. cit.*, 296, in particolare nt. 32.

inasprito, considerando che il reato assorbito, nelle logiche della consunzione, non necessariamente cessa di esplicare taluni effetti<sup>121</sup>.

Tuttavia, il criterio di consunzione permetterebbe, secondo la visione di chi lo propone, di considerare in concorso apparente anche ipotesi in cui le condotte siano più d'una, in relazione alle quali si possono richiamare i seguenti esempi: il rapporto fra peculato (314 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.) laddove il pubblico ufficiale prima si appropria, in ragione delle proprie funzioni, di un vaglia postale intestato a privati per poi successivamente riscuoterne la valuta; l'abbandono del minore o dell'incapace (591 c.p.) qualora il soggetto, nel timore che il mero abbandono non sia sufficiente a condurre alla morte la vittima, torni sui suoi passi per ucciderla (575 c.p.); l'annoso caso del rapporto fra la truffa ai danni dello stato (640 *bis* c.p.) e la malversazione a danno dello stato (316 *bis*), sebbene oggi le Sezioni Unite siano giunte a ravvisare, in tale ipotesi, un concorso formale di reati<sup>122</sup>.

In tali situazioni, non si può ritenere operativa, se si accetta quanto affermato sino ad ora, la garanzia del *ne bis in idem* sostanziale. Al contempo, deve dubitarsi che le stesse siano da considerarsi ipotesi di concorso apparente di norme, in assenza di un rapporto strutturale fra fattispecie. Invero, quasi tutti gli esempi sopra prospettati concernono piuttosto casi di reato continuato, laddove le fattispecie siano avvinte dal vincolo del medesimo disegno criminoso. In questo frangente, né il concorso apparente

---

<sup>121</sup> Si rimanda al Cap. III, parr. 7 ss. Ancora, deve rilevarsi che, in ogni caso, la presenza di elementi del fatto nella fattispecie secondaria non presi in considerazione da quella primaria, potrebbero in ogni caso essere valutati in punto sanzionatorio anche in caso di assorbimento puro, stante l'ampia discrezionalità che l'art. 133, c. 1 c.p. concede al giudice per la valutazione della c.d. gravità del reato. Specie con riferimento al primo criterio (riguardante la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e da ogni altra modalità dell'azione) s'intuisce che aspetti rilevanti previsti dalla sola fattispecie secondaria potrebbero "uscire dalla porta", attraverso l'applicazione del criterio di consunzione, per poi "rientrare dalla finestra" della commisurazione della pena. Si pensi al caso del rapporto fra truffa e millantato credito, ove il secondo, in quanto delitto più grave, assorbe il primo, ma il giudice decida che le particolari modalità dell'azione, ossia il raggio della persona offesa, meriti una sanzione più grave rispetto alla mera promessa che sarebbe derivata dal millantare un credito particolare nei confronti di un pubblico ufficiale. Ad analoghe conclusioni si può giungere anche in quelle ipotesi che, se certamente rientrano nella consunzione, a causa della sua ampiezza ed elasticità, sarebbero pure riconducibili entro le più ristrette maglie della specialità bilaterale. Si pensi al classico esempio del rapporto fra aggio semplice e societario: la fattispecie più severa sarebbe la seconda, sicché l'aggio semplice dovrebbe ritenersi in essa assorbito. Tuttavia, il dolo specifico, previsto nel solo art. 501 c.p., potrà in ogni caso rilevare, in sede di commisurazione della pena, a causa del richiamo, *ex art. 133, c. 1, n. 3 c.p.*, riguardante l'intensità del dolo ed il grado della colpa. Sembra pertanto in ogni caso coerente anche la predisposizione di un cumulo giuridico *infra edittale*, che invece imporrebbe, pur sempre nel quadro della fattispecie più grave, di tener conto di questi elementi in punto di commisurazione della sanzione.

<sup>122</sup> Per la maggior parte degli esempi si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, op. cit.*, 208 ss.; per il rapporto fra truffa e malversazione si veda la già citata Cass. pen., SS. UU., n. 20664 del 2017.

né il *ne bis in idem* sostanziale, stante la diversità dei fatti, possono comportare l'applicazione di una sola sanzione, anche considerando che, ove il legislatore ha ritenuto di giungere ad applicare una sola fattispecie, pur in presenza di fatti diversi, lo ha fatto espressamente, mediante la predisposizione di clausole di riserva<sup>123</sup>.

Ancora, deve considerarsi che i criteri di unificazione di diversi fatti, come l'*id quod plerumque accidit*, ovvero il normale o medesimo “quadro di vita”, sono concetti che peccano di eccessivo soggettivismo ed arbitrarietà<sup>124</sup>.

Già si è fatto cenno, in chiave critica, al rapporto fra l'incendio di cosa propria (art. 423, c. 2, c.p.) e di danneggiamento fraudolento di beni assicurati (art. 642 c.p.), sottolineando come, seguendo l'*id quod plerumque accidit*, non pare insostenibile ritenere che, statisticamente, atti così gravi come l'incendio della propria abitazione siano perpetrati proprio al fine di intascare il premio dell'assicurazione<sup>125</sup>. Analoghe critiche possono porsi anche al concetto di medesimo quadro di vita: se è vero che in certi casi talune fattispecie interagiscono, nel caso concreto, secondo schemi che inducono a ritenere eccessiva la punibilità di entrambe, ciò nondimeno tale situazione accade appunto per il particolare atteggiarsi di quello specifico accadimento, sicché sarà compito del giudice valutarne la gravità, collocandosi più vicino al minimo od al massimo edittale<sup>126</sup>. Né si ritiene insostenibile considerare applicabili tutte le fattispecie a causa del rischio di punizioni troppo severe: sia perché la prassi depone in senso

<sup>123</sup> Paradigmatico, in questo senso, è l'art. 648 c.p., che disciplina la ricettazione, la dove sancisce la non applicazione della fattispecie qualora la condotta descritta dalla norma sia posta in essere dallo stesso soggetto che ha commesso il delitto presupposto.

<sup>124</sup> Così, limpidamente, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, 437. Deve infatti sottolinearsi che, come rilevato da M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 161, seppur mosse da nobili intenti, le dottrine pluraliste recano con sé il rischio di confondere il *post hoc* con il *propter hoc*. In altri termini, esse per lo più si accontentano di enunciare i casi in relazione ai quali si ritiene, in base alla visione personalistica del singolo Autore, si debba verificare un assorbimento. In questo senso, è facile obiettare che l'estensione dei criteri spesso risulta alimentata da considerazioni di buon senso, sicché tanto varrebbe affidare direttamente la soluzione concreta al diritto vivente. Si rimanda anche a quanto osservato da F. CONSULICH, *La norma penale doppia, op. cit.*, 75 che sottolinea il rischio che la consunzione si riduca ad una “razionalizzazione *ex post* di istanze equitative, incapace di garantire soluzioni uniformi al di là del caso concreto.

<sup>125</sup> Cfr. Cap. I, par. 5.2.

<sup>126</sup> È il caso delle fattispecie di truffa a danno dello stato e di malversazione a danno dello stato, che le Sezioni unite della cassazione, n. 20664 del 2017, hanno ritenuto interagire solo in ipotesi ben precise, secondo 3 differenti situazioni: il privato ottiene un finanziamento in maniera illecita, utilizzando il denaro per fini privati; il privato ottiene illecitamente i fondi, destinandoli tuttavia alle opere o alle attività alla cui realizzazione detti fondi erano destinati; il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma lo destina a finalità diverse da quelle a cui i fondi erano destinati. Sotto questo punto di vista, se la prima ipotesi, la sola dove vi è una convergenza fra le fattispecie, risulta essere certamente più frequente, tuttavia non si può non sottolineare la presenza di due autonome e distinte condotte, dotate di un proprio disvalore.

decisamente contrario, sia perché, in ogni caso, a ragionar in tal senso viene meno la stessa considerazione che le cornici edittali esistono proprio per queste finalità: adeguare la punizione al caso concreto<sup>127</sup>.

Pertanto, la discrezionalità dell'organo giudicante su tale terreno è necessaria ed ineliminabile, soprattutto se si considera che, per limitarla, si fa ricorso a criteri non solo vaghi e di difficile predeterminazione, ma che non trovano nemmeno alcun dato normativo che espressamente li supporti<sup>128</sup>.

Ancora, si pensi al caso di abbandono del minore a cui segue un ritorno del soggetto agente che decide di uccidere direttamente la vittima: se certamente si può ritenere che l'omicidio assorba la fattispecie disciplinata dall'art. 591 c.p., ciò non di meno sono presenti due condotte diverse, commesse in tempi diversi, che sono valutate dal legislatore in maniera autonoma, poiché entrambe suscettibili di un proprio disvalore. A ritenere il contrario, attraverso la predisposizione di criteri che il giudice dovrebbe applicare per "correggere" le scelte del parlamento, si rischia di sconfinare in quello spazio di discrezionalità legislativa che trova il proprio fondamento nell'art. 25 c. 2 della Costituzione, la cui sindacabilità, come dimostra la giurisprudenza costituzionale, deve essere il più possibile circoscritta ad ipotesi di manifesta irragionevolezza<sup>129</sup>.

Infine, il ricorso a concetti come l'*id quod plerumque accidit*, per sostenere che, ai fini del concorso apparente di norme, non sia necessaria l'unità naturalistica del fatto, ma basti anche una c.d. "unità normativa" dello stesso, si risolve a conti fatti in

---

<sup>127</sup> Del resto, pare cogliere nel segno quella dottrina di stampo tedesco che sottolinea che ogni fattispecie contiene, in via teorica ed allo stato latente, una serie di fattispecie minori, che possono concorrere o non concorrere con essa a seconda del concreto atteggiarsi dell'accadimento concreto. I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, *op. cit.*, 153 ss. Al pari, qui si aggiunge, la predisposizione di una cornice edittale serve proprio a modulare la pena in relazione al concreto atteggiarsi della vicenda penalmente rilevante, sicché si deve ritenere che anche in punto sanzionatorio, la realizzazione di eventuali fattispecie minori possa essere letta come una «più precisa determinazione nel caso concreto del contenuto di illecito e di colpevolezza per il fatto più grave, con conseguente necessità di una considerazione delle suddette componenti del fatto ai fini della commisurazione della pena». In quest'ultimo senso, sempre, Puppe, la cui teoria viene riassunta da S. PROSDOCIMI, *Contributo*, *op. cit.*, 6, nt. 7.

<sup>128</sup> Del resto, «non esiste alcun giudizio, soprattutto nel campo penalistico, che non rifletta o non presupponga una valutazione. La misura della pena, l'applicabilità delle circostanze, il connesso giudizio di comparazione, lo stesso accertamento della responsabilità penale richiedono un apprezzamento del valore, del quale poi occorre produrre acconcia motivazione (art. 111 Cost.)». Cfr. M. ROMANO, *Le relazioni tra norme penali*, *op. cit.*,

<sup>129</sup> Semmai, in tali ipotesi, da considerarsi come forme di concorso materiale di reati, ovvero di reato continuato, le concrete dinamiche fattuali dovranno orientare il giudice in punto sanzionatorio, a cui rimane pur sempre il compito di calibrare la sanzione entro il disvalore del fatto concreto.

una petizione di principio, dal momento che detta unità in senso giuridico viene posta sia come presupposto, sia come punto di arrivo del concorso apparente di norme<sup>130</sup>.

Ad analoghe conclusioni, poi, si può giungere per quanto concerne le ipotesi di sussidiarietà tacita (laddove quelle c.d. di sussidiarietà espressa rappresentano ipotesi di concorso apparente predeterminate dal legislatore). Del resto, i due criteri risultano pressoché sovrapponibili, sì da indurre sempre più Autori a fare riferimento al solo criterio di consunzione<sup>131</sup>.

In definitiva, le conseguenze dell'individuazione di un *ne bis in idem* sostanziale sul terreno del concorso formale di reati, e la conseguente predisposizione di un assorbimento, puro od inasprito, comporterebbero una sostanziale assimilazione delle ipotesi di sussidiarietà e consunzione sotto lo spettro applicativo dell'art. 81 c.p., rendendo superflua la predisposizione di ulteriori criteri da affiancare all'art. 15 c.p.<sup>132</sup>.

### *3.1. L'inconciliabilità delle categorie dell'antefatto e postfatto non punibili, nonché della progressione criminosa con il divieto sostanziale di bis in idem.*

La tematica del concorso, reale od apparente, di fattispecie penali, comporta poi la necessità di indagare non solo la presenza di una unità o pluralità di condotte, ma anche di come il fattore temporale incida sulle stesse, sì da verificare in definitiva, per

<sup>130</sup> Così, limpidamente, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 323.

<sup>131</sup> La sovrapponibilità dei due criteri è riconosciuta ampiamente in dottrina. Cfr., *ex multis*, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op. cit., 62, nt. 174. Del resto, fra le posizioni più autorevoli in seno alle dottrine pluraliste, vi è chi sostiene di dover affiancare all'art. 15 c.p. un solo criterio. Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, op. cit., 191; ID, *Relazioni logiche*, op. cit., 224 ss., il quale enuclea l'operatività del solo criterio di consunzione. Cfr. infine A. MORO, op. cit., 73 e ss., il quale, dopo aver rilevato l'interscambiabilità dei termini di consunzione e sussidiarietà, propone l'utilizzo del solo secondo criterio. Tuttavia, come evidenzia da ultimo anche C. SILVA, *Sistema punitivo*, op. cit., 202, tale criterio viene inteso da Moro in modo non dissimile dal concetto di consunzione proposto da Pagliaro.

<sup>132</sup> Cfr. in questo senso, per la dottrina tedesca I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, op. cit., 313 e ss., ed in particolare 322 e ss. per quanto concerne la consunzione e 327 e ss. per la sussidiarietà; ID, *Funktion*, op. cit., 160 ss., nonché in particolare 161, ove afferma radicalmente che tali criteri si risolvono in una "frode di etichette" per le ipotesi di concorso formale. Rimanendo invece fermi all'esperienza italiana, si deve anche rilevare che, in ogni caso, sussidiarietà e consunzione mal si sposano con una visione del concorso apparente incentrata sul problema della validità delle norme apparentemente convergenti. Infine, *ad abundantiam*, si ricorda che proprio l'applicazione della sola sanzione più grave nelle ipotesi di concorso formale, prevista dal codice Zanardelli, aveva comportato che la tematica della distinzione fra questo ed il concorso formale risultava essere un problema (se non sconosciuto, sicuramente) non ritenuto essenziale dalla dottrina del tempo. Cfr. in particolare Cap. I, Sez. II, par. 1.



quanto interessa in questa sede, se e quali siano i rapporti fra il “tempo delle condotte” ed il *ne bis in idem* sostanziale<sup>133</sup>.

Infatti, il fattore tempo non rileva, ai nostri fini, solo per risolvere, secondo la disciplina dell’art. 2 c.p., la questione della disciplina della successione di leggi penali, ma ha una propria rilevanza in relazione a tre particolari fenomeni, di stretta costruzione dogmatica, che generalmente vengono considerate come precipitati dei criteri di sussidiarietà e di consunzione: l’antefatto ed il postfatto non punibili e la progressione criminosa<sup>134</sup>.

Si tratta invero di istituti che raggruppano ipotesi di relazioni fra fattispecie la cui natura, di concorso reale od apparente, risulta essere estremamente dibattuta<sup>135</sup>, ricomprendendo situazioni in cui, sebbene più fattispecie di reato siano commesse in tempi differenti (e, pertanto, mediante differenti condotte, difettando così un rapporto logico-strutturale fra norme), vengono tuttavia spesso ricondotte, in dottrina, ad apprezzamenti di valore, dai quali dovrebbe discendere l’applicazione di una ed una sola fattispecie<sup>136</sup>.

Tali fenomeni, beneficiando delle ampie maglie che i concetti di “*id quod plerumque accidit*” e del “quadro di vita” delineano per il concorso apparente di norme, vengono spesso risolti in dottrina attraverso l’applicazione della sola sanzione

---

<sup>133</sup> Del resto, come già osservava P. NUVOLONE, *Pluralità di delitti*, op. cit., 1086, non necessariamente la non essenzialità della categoria del “tempo” si riflette sulla sua irrilevanza.

<sup>134</sup> Cfr. in questo senso B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 249 ss. Ritengono che detti fenomeni siano riconducibili al concorso apparente di norme, *ex multis*, R.A. FROSALI, *Concorso di norme*, op. cit., 430 ss.; A. MORO, op. cit., 98 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, 552 ss.

<sup>135</sup> Sottolinea la presenza di profonde divergenze sulla definizione, l’inquadramento dogmatico e la rilevanza giuridica di tali fenomeni, tanto da parte della dottrina italiana quanto da parte di quella tedesca, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 313 e ss., nonché 338 e ss. Il tema risulta grandemente dibattuto anche nell’esperienza penalistica alemanna, dove spesso le categorie dello *straflose Vor-und Nachtat* sono accostate alla *Realkonkurrenz*. Cfr. in quest’ultimo senso R. MAURACH, K.H. GÖSSEL, H. ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7 Aufl., Heidelberg, 1989, 458 ss. Deve tuttavia rilevarsi che, sebbene la paternità dei concetti di antefatto e postfatto non punibili siano attribuibili alla dottrina tedesca, essi hanno trovato un maggior approfondimento nella dottrina italiana. Basti pensare che nel concetto di “*straflose Vor-und Nachtat*” rientrano indifferentemente, per gli studiosi tedeschi, oltre ai casi di antefatto e postfatto, anche quelli di reato progressivo e progressione criminosa. Cfr., nello stesso senso, F. MANTOVANI, *concorso e conflitto di norme*, op. cit., 313.

<sup>136</sup> Che l’applicazione del regime del concorso di reati a questi casi sarebbe contrario al senso di giustizia è affermazione comune in dottrina. Sul punto, cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, op. cit., 253-254, nonché F. CONSULICH, *La norma penale doppia*, op. cit., 76, che riconduce queste figure delittuose alla categoria, di elaborazione otto-novecentesca, dei reati c.d. “accessori”, per tali intendendosi quegli illeciti penali che risultano essere legati da un «oggettivo nesso di presupposizione-dipendenza ad un altro, precedente in senso logico e cronologico, definito reato principale, che ne costituisce una *condicio sine qua non*», cit. 77, richiamando T. DELOGU, *Contributo alla teoria dei reati accessori*, in *Giust. pen.*, 1947, 265.

più grave, frequentemente fondandoli sul *ne bis in idem* sostanziale, pur in assenza di un espresso dato normativo che ne legittimi l'esistenza<sup>137</sup>.

Procedendo con ordine, gli istituti dell'antefatto e del postfatto non punibili si presentano come una pluralità di fatti, corrispondenti a più fattispecie legali, fra le quali non sussiste un rapporto di specialità. Infine, si richiede che, secondo il canone dell'*id quod plerumque accidit*, essi presentino un collegamento dato dall'unicità del fine, sicché il fatto meno grave corrisponderà al mezzo necessario, o finanche normale, per la realizzazione della fattispecie più grave (*antefactum*), ovvero per conseguire lo scopo per cui fu commesso il primo e, pertanto, più grave, reato (*postfactum*)<sup>138</sup>.

Per quanto riguarda le ipotesi di antefatto, si possono ricordare: il possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli ed il furto; la minaccia di un delitto seguita dal compimento del delitto stesso; gli atti di libidine seguiti dalla violenza carnale; l'istigazione all'aborto a cui segue il concorso del soggetto nelle manovre abortive.

Per le ipotesi di postfatto, invece: il caso in cui un soggetto concorra con altri nel compimento di un reato per poi successivamente si adoperi per aiutare un concorrente a sottrarsi alle investigazioni dell'Autorità; l'uso di atto falso da parte di chi abbia concorso nella falsificazione dello stesso; la spendita di monete false da parte del soggetto che ha provveduto ad alterarle; e così via<sup>139</sup>.

Nonostante siano molti gli Autori che propendono per ricomprendere anche tali ipotesi nel concorso apparente di norme, come ipotesi riconducibili al criterio di consunzione, non si ritiene corretto questo inquadramento, in considerazione del fatto che gli elementi caratterizzanti dell'antefatto e del postfatto si pongono in una situazione, per così dire, antitetica, rispetto ai presupposti della convergenza: la presenza di più fatti, da un lato, e l'assenza di rapporti strutturali fra le norme richiamate, dall'altro.

In questo senso, alcuni Autori ritengono in ogni caso di pervenire alla non punibilità del reato meno grave, considerando tali fenomeni non come ipotesi di

<sup>137</sup> Basti, a titolo d'esempio, richiamare il dibattito alimentatosi attorno all'introduzione della fattispecie di autoriciclaggio, all'art. 648 *ter.l* c.p., per evidenziare la stretta connessione che parte della dottrina tesse fra *ne bis in idem* sostanziale e le categorie qui esaminate. Evidenziano la necessità di "vagliare" la fattispecie di autoriciclaggio alla luce delle garanzie del divieto di doppia punizione, *ex multis*, F. CONSULICH, *La norma penale doppia*, *op. cit.*, 83 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 246 ss.

<sup>138</sup> Per una definizione delle caratteristiche dell'antefatto e del postfatto si rimanda, su tutti, a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 314; G. VASSALLI, voce *Antefatto*, *op. cit.*, 508 ss.

<sup>139</sup> Per una più approfondita casistica si rimanda a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 312 e ss.

concorso apparente, bensì come deroghe al concorso materiale<sup>140</sup>; altri, più radicalmente, negano ad esse ogni rilevanza giuridica nel nostro ordinamento, non essendo rinvenibile alcun principio atto a giustificarne l'assorbimento, sicché o la non punibilità del reato meno grave è desumibile direttamente dalla *voluntas legis* (è il caso degli artt. 454 e 455 c.p.), oppure si dovrà inevitabilmente concludere per il concorso di reati<sup>141</sup>.

Se è vero che a tale ultima conclusione si replica chiamando in causa il divieto sostanziale di *bis in idem*, deve tuttavia sottolinearsi che, per come esso è stato qui presentato, risulta impossibile ricomprendervi anche le ipotesi di *antefactum* e *postfactum*, stante la presenza di differenti condotte. In questo senso, si concorda con chi ritiene che dette ipotesi rientrino invece a pieno titolo nel fenomeno del concorso materiale di reati o, al più, nell'istituto della continuazione, dal momento che difetterebbero i requisiti richiesti dall'art. 81, c. 1 c.p. Né sarebbe possibile, infine, richiamare, per legittimarli, i criteri di sussidiarietà e consunzione, i quali, non potendo beneficiare della "copertura" del divieto sostanziale di *bis in idem*, risulterebbero chiamati a legittimare tali fenomeni essendo tuttavia essi stessi privi di un certo fondamento.

Laddove invece essi vengano espressamente risolti dal legislatore nel senso dell'applicazione della sanzione più grave ci si troverà in una situazione analoga a quella delle clausole di riserva, alla cui trattazione si rinvia<sup>142</sup>.

Certamente, si è consapevoli del rischio che la disciplina del concorso materiale, in talune ipotesi non espressamente disciplinate di antefatto e postfatto, potrebbe rivelarsi astrattamente troppo "punitiva". Eppure si ritiene che la questione sia in ogni caso ridimensionabile, in forza di un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, sono numerosissime le ipotesi di *antefactum* e *postfactum* che trovano già una soluzione mediante l'apposizione, in una delle fattispecie, di clausole di riserva<sup>143</sup>; in secondo

---

<sup>140</sup> Così S. RANIERI, *Manuale*, 78, nonché 87 ss. e 431 ss. Per la dottrina tedesca cfr. R. HONIG, *Straflose*, *op. cit.*, 11.

<sup>141</sup> In questo senso cfr. F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, *op. cit.*, 258 ss.; L. CONTI, voce *Concorso*, *op. cit.*, 1017; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo*, *op. cit.*, 947 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, *op. cit.*, 587.

<sup>142</sup> Cfr. *infra*, Sez. II, par 1.1.

<sup>143</sup> Sicché, si potrebbe anche opinare che, laddove il legislatore ha ritenuto che fatti differenti, commessi con una pluralità di azioni, lo ha fatto espressamente (*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*), come nelle seguenti ipotesi: gli artt. 454 e 455 c.p.; l'art. 442 c.p., che esclude il concorso con i reati previsti dagli art. precedenti; la riserva generale prevista dagli art. 378, 379, 489, 648 *bis* c.p., e tanti altri.

luogo, anche laddove non vi sia una espressa previsione normativa, sussiste una vasta gamma di casi, tradizionalmente ricondotti all'antefatto e postfatto non punibili, in cui si può giungere all'applicazione di una sola fattispecie attraverso una corretta interpretazione delle fattispecie<sup>144</sup>. Così si afferma l'inapplicabilità dell'art. 707 c.p. (possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli) non in merito all'assorbimento nella fattispecie dell'art 624 c.p., ma perché, una volta impossessatosi di cose altrui, il furto realizzato mediante certi strumenti risulta già aggravato alla stregua dell'art. 625, n. 2 c.p. Diversamente dovrà dirsi nel caso in cui si accerti che gli strumenti non abbiano trovato alcuna utilizzazione per la commissione di quello specifico furto; ancora, si nega che l'appropriazione indebita costituisca postfatto non punibile del furto ove taluno rubi un oggetto e successivamente lo venda. In tale frangente, l'art. 646 c.p., nel parlare di "possesso a qualsiasi titolo", fa riferimento ad un titolo di rapporto fiduciario o di custodia *ex lege*, sicché, in caso di furto, verrebbe meno il titolo del possesso, rilevante per l'appropriazione indebita (opinando diversamente, non si comprenderebbe infatti come mai il legislatore riconosca validità al possesso conseguente al furto)<sup>145</sup>.

Infine, vi sono anche ipotesi in cui non si ritiene di dover ravvisare alcun tipo di assorbimento, in favore della sola fattispecie più grave, come nel caso del danneggiamento della refurtiva da parte del ladro. In tale frangente, in cui spesso si invoca il postfatto non punibile, non vi sono ragioni per applicare la sola fattispecie più grave, stante non solo la presenza di condotte distinte, ma anche l'assenza di un rapporto di mezzo a fine, ovvero dell'*id quod plerumque accidit* fra le due fattispecie<sup>146</sup>.

In definitiva, se il divieto sostanziale di *bis in idem* non può essere invocato a legittimazione dell'assorbimento di dette ipotesi, ciò non costituisce, concretamente, un problema di grande rilevanza pratica. Se certamente, *de iure condendo*, risulta senz'altro auspicabile una maggior razionalizzazione di talune ipotesi limite, si deve sottolineare che, *de iure condito*, non risulta identificabile alcun principio regolatore di tali

---

<sup>144</sup> Questa la tesi di M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 164 ss. Pare di potersi ritenere che ad analoghe conclusioni giunga anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 327, laddove elenca una serie di ipotesi in cui si ravvisa una "incompatibilità tacita fra fattispecie".

<sup>145</sup> Così M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.*, 166.

<sup>146</sup> Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit.*, 332.

fenomeni, la cui rilevanza si ritiene in ogni caso ridimensionabile rispetto a quella attribuitale da parte della dottrina<sup>147</sup>.

Considerazioni in larga parte analoghe possono farsi con riferimento al contiguo fenomeno della progressione criminosa, definibile come una vera e propria *escalation* criminale, determinata dal passaggio da un reato meno grave ad uno più grave, ovvero dalla realizzazione di un minor numero di reati ad uno maggiore, ovvero ancora, infine, da un accordo criminoso alla realizzazione dei reati oggetto di quest'ultimo.

Si tratta pertanto del "passaggio" da fattispecie meno gravi, a fattispecie più gravi, determinato da una pluralità di risoluzioni successive, in cui difetta una unità naturalistica del fatto.

Dati i confini "mobili" di questo fenomeno, gran parte degli esempi di progressione criminosa prospettati in dottrina potrebbero indifferentemente rientrare nei casi di antefatto e postfatto, ma anche di reato progressivo: il caso di chi, dopo aver ferito, con successiva volontà uccida la vittima; l'ingresso abusivo del fondo e la sua invasione; il rifiuto di dare indicazioni sulla propria identità seguito dal fornire false indicazioni sulla stessa<sup>148</sup>.

Ora, senza ripetere quanto già affermato in tema di *antefactum* e *postfactum*, si ritiene che l'elemento discretivo fra progressione criminosa e reato progressivo consista proprio nella presenza, nel primo caso, di una pluralità di fatti, che rende tale fenomeno non compatibile con il divieto sostanziale di *bis in idem*. Sicché non sussistono ragioni per estendervi la disciplina dell'assorbimento.

Sotto questo punto di vista, deve rilevarsi che esso, al pari delle ipotesi di antefatto e postfatto non punibili, risulta essere di importanza certamente ridimensionabile ove si consideri che nei casi di unitarietà del fatto esso non potrebbe essere chiamato in causa, trattandosi di ipotesi riconducibili al reato progressivo.

Spostando l'attenzione sulle ipotesi di pluralità di fatti, si possono invece richiamare le considerazioni testé svolte in tema di antefatto e postfatto non punibili, sicché anche il fenomeno della progressione criminosa andrebbe ulteriormente ridimensionato. In questo senso, ove sia impossibile giungere all'applicazione della sola sanzione più grave, vuoi per l'assenza di una clausola di riserva, vuoi per l'impossibilità

---

<sup>147</sup> Così, sempre, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 588 ss.

<sup>148</sup> Evidenzia l'ampia sovrapposizione di tale fenomeno con i casi di antefatto, postfatto e reato progressivo, su tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, op. cit., 341 ss.

di interpretare in tal senso le fattispecie ritenute in progressione, si dovrà necessariamente concludere per la sussistenza di un concorso materiale di reati o, al più, per il riconoscimento della continuazione.

4. *Qualche nota in merito alle paventate asimmetrie applicative in tema di rapporti fra ne bis in idem processuale, concorso formale di reati e concorso apparente di norme.*

Giunge infine il momento di riprendere il tema del divieto di doppio processo, al fine di valutare le possibili conseguenze che l'art. 649 c.p.p., per come interpretato dalla Corte costituzionale relativamente al concetto di *idem factum*, potrebbe intrattenere con il piano sostanziale della convergenza di fattispecie<sup>149</sup>.

Si è già accennato alla circostanza secondo cui il concorso formale, nel ragionamento oggi proposto dalla Consulta, risulta essere un "fattore ininfluenza" ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.c.: essendo l'art. 81 c.p. applicabile nei soli casi di medesima condotta, la Corte costituzionale ha specificato che non tutte le ipotesi di concorso formale risulterebbero coincidenti con l'ambito applicativo dell'*idem factum* processuale, ben potendosi configurare situazioni in cui ad una stessa condotta non corrisponda anche uno ed un solo evento, comune a tutte le fattispecie convergenti.

Tale ininfluenza fra i due piani, si è detto, potrebbe condurre ad alcune asimmetrie applicative, sotto un duplice punto di vista: in primo luogo in talune ipotesi di concorso di reati, come quelli di antefatto e postfatto non punibili, nonché nei casi di progressione criminosa, si ravviserebbe l'impossibilità di applicare il divieto *ex* art. 649 c.p.p., pur se essi, secondo parte della dottrina, risulterebbero espressione di un concorso apparente di norme; in secondo luogo, si è evidenziato il rischio che si vengano a creare irrazionali risposte sanzionatorie dovute alla circostanza che concorso formale e disciplina del giudicato risultano ora indipendenti, specie nelle ipotesi in cui ad un'unica condotta (art. 81 c.p.) non conseguano anche un unico nesso causale ed un unico evento (art. 649 c.p.p.), ove i reati formalmente concorrenti non vengano tutti contestati nel medesimo procedimento<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Il riferimento è alla già ampiamente discussa sentenza n. 200 del 2016, Cap. II, par. 6.

<sup>150</sup> Cfr. nuovamente Cap. II, par. 6, ove si porta l'esempio del concorso formale fra gli artt. 423, c. 2, c.p. e 642 c.p. Nell'ipotesi in cui gli stessi siano contestati nel medesimo procedimento, la disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p. consentirebbe di infliggere una pena massima, teoricamente, di 12 anni di reclusione. Qualora

In altri termini, la disciplina del giudicato comporterebbe attriti sia in relazione ad un certo modo di intendere il concorso apparente (nel primo caso), sia in relazione al concorso formale (nel secondo).

Invero, per quanto concerne la prima ipotesi si può affermare che non si ravvisano, in concreto, ipotesi in cui sia *realmente* possibile rinvenire un concorso apparente di norme ed al contempo ravvisare il rischio di un *bis* processuale, causato dal susseguirsi di processi su distinte fattispecie insistenti sulla stessa vicenda<sup>151</sup>. Invero, si è visto, si ha concorso di norme solo laddove la sfera di validità di una fattispecie elida completamente l'applicabilità della seconda, ossia, in definitiva, nei soli casi di specialità logico-strutturale, ovvero nelle ipotesi di fattispecie contenenti clausole di riserva. Su tali premesse, unitamente alla valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale sul piano sanzionatorio del concorso formale, si è provato a distinguere il reato progressivo, rientrante nella disciplina del reato complesso in senso lato, dai differenti istituti dell'*antefactum*, del *postfactum* e della progressione criminosa, facendo "correre" la linea di confine sulla presenza di un solo fatto (reato progressivo) ovvero più fatti.

In questi termini, deve rilevarsi che le ipotesi di postfatto, antefatto e progressione criminosa, se rettamente intese, come si è tentato di esplicitare nel paragrafo precedente, costituiscono invero casi di concorso materiale di reato, sicché, a ben guardare, l'inoperatività del giudicato risulta una conseguenza invero del tutto coerente.

Più problematica la questione del reato progressivo. In tale frangente, il rischio è quello che la progressione, ove si manifesti nella produzione di un evento differente rispetto alla mera integrazione della fattispecie meno grave, comporti effettivamente la

---

invece venga contestato soltanto uno dei due, l'applicazione della preclusione *ex art. 649 c.p.p.* porterebbe ad infliggere la pena prevista per il solo reato contestato, per un massimo di 7 anni di reclusione per la fattispecie di incendio e di 5 anni per il fraudolento danneggiamento di beni assicurati. Ancora, nel caso "patologico" in cui si dovesse procedere una seconda volta per lo stesso fatto, l'art. 669 c.p. imporrebbe in ogni caso l'applicazione della sola condanna meno grave, ossia, nel massimo, di 5 anni di reclusione: un divario teorico di 7 anni, in cui a mutare sarebbero solamente i tempi delle contestazioni. Si consenta il richiamo a E. PEZZI, *op. cit.*, 386-387.

<sup>151</sup> Quantomeno, s'intende, al di fuori di prassi gravemente patologiche, come, a titolo d'esempio, l'ipotesi in cui un soggetto venga processato in un primo momento per un furto e successivamente, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, venga perseguito per gli stessi fatti, a titolo di rapina. Chiaro è che tale esempio, oltre a risultare quantomeno fantasioso, si porrebbe in ogni caso come situazione di abnorme irregolarità nell'interpretazione ed applicazione delle norme, sicché non sarebbe nemmeno ravvisabile un problema di rapporti fra le due discipline di stampo processuale e sostanziale.

possibilità di instaurare un secondo procedimento per fatti che dovrebbero essere ricoperti dal divieto sostanziale di *bis in idem*. In dottrina si è richiamato il caso del giudicato intervenuto in relazione a delle lesioni personali, a cui tuttavia consegue successivamente la morte della vittima. In tale frangente, il rischio di una celebrazione di un secondo procedimento è concreto ed inevitabile, stante la presenza di una nozione di “fatto” differente fra i piani sostanziale e processuale. In questo senso vi è da interrogarsi se, *de iure condendo*, non sia il caso di elaborare una nozione “comune” di fatto, valevole per entrambe le discipline, pur se i due principi di *ne bis in idem*, si è visto, non possono essere ridotti ad unità<sup>152</sup>.

Ragionando in tal senso, deve considerarsi che, nelle ipotesi di reato progressivo, la presenza di un solo fatto non può che essere ravvisata nei soli casi di medesima condotta, che non va tuttavia intesa in senso esclusivamente naturalistico, come movimento corporeo, precisamente collocato nello spazio e nel tempo<sup>153</sup>.

Per quanto concerne invece il rapporto fra concorso formale ed art. 649 c.p.p., si deve rilevare che la predisposizione dell’assorbimento, puro od inasprito, per le ipotesi disciplinate dal primo comma dell’art. 81 c.p. comporterebbe quantomeno un drastico ridimensionamento della discrasia sanzionatoria che si produrrebbe dall’applicazione degli artt. 649 e 669 c.p. In questi termini il rischio di veder mutata la sanzione inflitta a seconda della “celerità” delle contestazioni, seppure non potrebbe dirsi risolto, risulterebbe sicuramente più contenuto.

In secondo luogo, l’enucleazione di un divieto sostanziale di *bis in idem* agente sull’istituto del concorso formale, renderebbe detta preclusione molto più coerente con

<sup>152</sup> Deve comunque sottolinearsi la posizione di F. CONSULICH, *La norma penale doppia.*, *op. cit.*, 73, che risulta suggestiva nel trovare un punto di incontro fra il *ne bis in idem* sostanziale e processuale nella più generale figura dell’abuso del diritto da parte dell’ordinamento. In questo senso, ci si chiede se, visti i tanti punti di contatto fra le due preclusioni, già esaminati nel secondo capitolo, la strada da percorrere non sia proprio questa.

<sup>153</sup> Si ritiene invero che quest’ultima affermazione sia solo apparentemente in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di *idem factum*. Se è vero che il concetto di medesimezza fattuale viene ora interpretata, dopo la sentenza 200 del 2016, come corrispondenza storico naturalistica di condotta, nesso causale ed evento (quest’ultimo da intendersi come modificazione della realtà materiale conseguente all’azione od omissione dell’agente), non si deve dimenticare che è la stessa Consulta a sottolineare che il «fatto, in questa prospettiva, è l’accadimento materiale, certamente affrancato dal gioco dell’inquadramento giuridico, ma *pur sempre frutto di un’addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi*», *cit.*, punto 4 delle considerazioni in diritto. Del resto, si è già evidenziato (Cap, III, par. 8), che anche la Corte di cassazione, nel recepire quanto affermato dal Giudice costituzionale, si sta orientando in questi termini: il fatto è sì quello naturalistico, ma sempre come riflesso delle fattispecie astratte di reato e, non, al contrario, quale mero accadimento storico. Cfr. Cap. III, par. 8.



l'omologo divieto di stampo processuale: l'art. 649 c.p.p., nell'affermare l'irrelevanza del titolo, postula in ogni caso un distacco dalle logiche dell'astratta qualificazione normativa del fatto, ponendosi sul piano fattuale. Analogamente, il *ne bis in idem* sostanziale, imporrebbe in ogni caso di sanzionare una volta lo stesso fatto, indipendentemente dal convergere sullo stesso di più fattispecie incriminatrici<sup>154</sup>.

Certamente, anche in tale frangente risulterebbe più opportuno un'elaborazione comune del concetto di fatto, sulla scorta della considerazione che l'art. 81, c. 1 c.p., in quanto sede più idonea a garantire l'operatività del divieto sostanziale di *bis in idem*, dovrebbe essere congeniato, nelle ipotesi di convergenza, in modo da coincidere con esso<sup>155</sup>.

##### 5. Considerazioni finali.

Dall'accertata ricognizione del divieto di *bis in idem* a cui si ritiene di essere giunti possono trarsi indicazioni utili sia sotto il profilo della distinzione fra concorso apparente e formale, sia in relazione al modo in cui dovrebbe essere congegnato quest'ultimo istituto.

Per quanto concerne il rapporto fra norme convergenti, si è sottolineato che l'ingresso di ulteriori criteri nel campo del concorso apparente di norme sarebbe possibile solo a patto di rinvenire un principio che ne legittimi l'esistenza, stante l'assenza di espresse previsioni normative in tema di sussidiarietà e consunzione<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> L'irrelevanza del titolo, infatti, sembra alludere al divieto di reiterare il giudizio anche se il fatto sia suscettibile di qualificazione giuridica multipla, ossia nelle ipotesi di concorso formale eterogeneo. Cfr. in quest'ultimo senso, F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 1182. Pertanto, seppur anche nelle ipotesi di concorso formale a conseguenze intraedituali si avrebbe, a stretto rigore, una multipla qualificazione, la stessa comporterebbe in ogni caso l'applicazione di una sola sanzione, quella più grave.

<sup>155</sup> Sotto questo punto di vista, si ricorda che la nozione di fatto presentata nelle more di questo capitolo non pretende di essere né la migliore né l'unica prospettabile, ma, al contrario, sarebbe quella conseguente ad una pura ricognizione della valenza costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale, tenendo in debito conto del tessuto normativo esistente. In altri termini, un riconoscimento del divieto di doppia punizione, nei termini in cui è stato presentato in questa sede, avrebbe la forza di censurare il cumulo giuridico extraedituale dell'art. 81, c. 1 c.p., ma non quella di vincolare l'interprete verso una concezione particolare di "fatto". Al più, si può riconoscere che la vincolatività nell'elaborazione di una siffatta nozione passa necessariamente dalla ricognizione che requisito minimo di quest'ultimo risulta essere, indefettibilmente, la presenza di un'unica condotta, sicché una elaborazione del concetto di fatto non potrà disattendere questa constatazione.

<sup>156</sup> Il discorso vale anche per le letture estensive del principio di legalità, che sovente giustificano le proprie posizioni con riferimento al *ne bis in idem* sostanziale. In questo senso si veda F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme, op. cit., passim*; M. GALLO, *Diritto penale italiano, op. cit.* 162.

Si è tuttavia evidenziato che il *ne bis in idem* sostanziale, in quanto precipitato del principio di necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione, si pone in un momento logicamente successivo a quello del concorso apparente di norme: efficacia, ossia inflizione della pena, il primo; validità, ossia rapporto fra norme, il secondo<sup>157</sup>. Da ciò deriverebbe pertanto la necessità di reimpostare su basi rigorosamente strutturali il fenomeno del concorso apparente, stante l'assenza di un principio regolatore differente da quello di specialità sulla materia.

In secondo luogo, il divieto sostanziale di *bis in idem*, risultando di difficile inquadramento all'interno della teoria del concorso di norme, dovrebbe essere più coerentemente collocato sul terreno della pena, quale "limitatore" dello *ius puniendi* statale. In questo senso, si ritiene di doversi allineare a quella corrente di pensiero, seppur estremamente minoritaria, che individua nel concorso formale l'istituto più idoneo a scongiurare che l'eccessivo formalismo legislativo comporti l'inflizione di molteplici sanzioni per un fatto storico da considerarsi unitario<sup>158</sup>.

Logica conseguenza di una siffatta impostazione risulterebbe pertanto essere quella della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 81, primo comma, c.p., nella parte in cui prevede un *bis* sanzionatorio (l'aumento sino al triplo) in relazione al medesimo fatto storico, con conseguente necessità che al concorso formale consegua l'applicazione di una sola sanzione, quella più grave<sup>159</sup>.

Ancora, pur a fronte di un implacabile dibattito circa la reale portata del concetto di "medesimo fatto", si è tentato di sottolineare come l'unità minima ed indefettibile del concetto di *idem* non possa che essere rappresentata dalla condotta, con una duplice conseguenza: in primo luogo, la riconducibilità sotto il concorso materiale di reati (a meno di espresse deroghe del legislatore e seguendo l'impostazione proposta nel

---

<sup>157</sup> Si è sottolineato a più riprese la profonda connessione fra proporzionalità e *ne bis in idem* sostanziale. Connessione ravvisabile su tre differenti piani: dottrinale, stante il richiamo costante al divieto quale espressione di giudizi di valore, *rectius* di proporzione fra disvalore del fatto e trattamento sanzionatorio (in particolare Cap. I); sul piano europeo ed eurocomunitario, ove il filo rosso della proporzione lega il *ne bis in idem* convenzionale, formalmente processuale, al piano del diritto sostanziale (Cap. II); sul piano comparato, dal momento che la disciplina tedesca del *Doppelbestrafungsverbot*, nei confronti della quale la comparazione italiana è sempre stata proficua e foriera di collegamenti, individua nei principi di colpevolezza (*Schuldprinzip*) e di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), i referenti principali dell'accezione sostanziale del divieto di *bis in idem*.

<sup>158</sup> Cfr. in particolare gli Autori citati nel Cap. III, nt. 95.

<sup>159</sup> Precisando comunque che, *de iure condendo*, la soluzione "migliore" risulterebbe essere, secondo le osservazioni svolte *infra*, Sez. I, par. 2.1, quella dell'assorbimento c.d. inasprito.

paragrafo 3.1.) dei controversi istituti di antefatto, postfatto e progressione criminosa<sup>160</sup>; in secondo luogo, che l'identità della condotta, che trova un espresso riferimento normativo nell'art. 81, c. 1 c.p., viene qui richiamata come base di partenza su cui sviluppare un concetto di *idem* che in prospettiva ben potrà non coincidere con quello *ivi* presentato, seppur esso non potrà in ogni caso prescindere dalla presenza di un'unica azione od omissione nella costruzione di un concetto il cui dibattito pare tutt'ora destinato all'insolvibilità.

La soluzione qui proposta, pertanto, più che focalizzarsi sulla ricerca della più corretta definizione dell'elemento dell'*idem*, si è incentrata sulle conseguenze che deriverebbero dalla coincidenza del divieto sostanziale di doppia pena con le ipotesi di concorso formale, nonché in relazione ai rapporti fra questo ed il concorso apparente di norme.

Sotto tale profilo, si è valutata favorevolmente l'opportunità di agire in tal senso, circoscrivendo i casi di concorso apparente al solo principio di specialità e considerando che, in ogni caso, i tentativi di estendere tale concetto, o di affiancarvi altri criteri, risulterebbero in ogni caso riconducibili ad ipotesi di concorso formale. In questo senso, l'applicazione di un concorso formale a conseguenze intraedittali ridurrebbe drasticamente il problema di distinguere fra tali due forme di convergenza<sup>161</sup>.

Infine, si è tentato di prevenire la critica che un siffatto modo di intendere il concorso formale comporterebbe una "perdita di efficacia" della sanzione, causata dalla predisposizione di un sistema sanzionatorio troppo mite. Al contrario, si è tentato di evidenziare che allo stato dell'arte la prassi giudiziaria si rivela già molto più incline ad adottare, di fatto, un approccio sanzionatorio consapevole dell'eccessivo rigorismo del nostro codice penale, che si manifesta sia nelle singole fattispecie (spesso congregate con cornici edittali molto elevate), sia nel mantenimento di meccanismi sanzionatori di stampo draconiano<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Ovvero anche sotto l'egida del reato continuato, ove si ravvisino gli estremi del "medesimo disegno criminoso".

<sup>161</sup> Cfr. in questo senso sempre I. GIACONA, *Spunti di riflessione, op. cit.*, 364, nonché 377. Del resto, si giungerebbe sempre a rispondere, in entrambi i casi, di un solo reato, con grandi vantaggi di semplificazione del giudizio. Cfr. in particolare le considerazioni svolte, *infra*, Sez. I, parr. 2 e ss., sull'elemento del *bis*.

<sup>162</sup> Tali meccanismi, frutto di scelte maturate in un contesto politico e sociale repressivo, seppur oggi temperati (come nel caso della novella del 1974), non risultano infatti ancora del tutto superati.

La predisposizione di un concorso formale a conseguenze intraedittali, quale precipitato del divieto sostanziale di *bis in idem*, lungi dal rappresentare una risposta troppo “di favore” per il reo, risulterebbe essere al contrario una scelta maggiormente in armonia con il panorama europeo, che si distingue proprio per la predisposizione di forme punitive intraedittali per i casi di convergenza reale di fattispecie sul medesimo fatto storico.

Pertanto, l'impostazione qui descritta riflette anche il tentativo di impostare il problema non solo su basi strettamente dogmatiche (seppur con la doverosa attenzione che la scienza giuridica deve avere), ma di costruire una soluzione, quella del concorso formale a conseguenze intraedittali, che risulti essere effettivamente percorribile, nel tentativo di presentare delle riflessioni che leghino il piano speculativo ai profili eminentemente applicativi della materia<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Per una sollecitazione in questi termini F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980, 453.

## CONCLUSIONI

Il rapporto fra concorso apparente di norme e concorso formale di reati rappresenta ormai da quasi un secolo un paradosso della dottrina penalistica.

Nonostante la qualità e la quantità di sforzi compiuti dalla dogmatica al fine di tracciare un sicuro confine, la situazione non pare diversa da quella descritta ormai 70 anni fa da Antolisei, secondo cui «la nostra dottrina si è occupata con grande impegno di questo (...) problema, dedicandovi non poche pubblicazioni, alcune di mole cospicua, ma non si può dire che i risultati di sì nobili fatiche siano stati soddisfacenti»<sup>1</sup>.

La scienza penalistica italiana ha incessantemente provato a risolvere questo vero e proprio rompicapo, sin da quando il legislatore del '30 decise di abbandonare la disciplina del codice Zanardelli, maturata in un contesto ordinamentale più liberale e garantista, che sanciva l'operatività dell'assorbimento per i casi di concorso formale.

In quel contesto, la distinzione fra i due tipi di convergenza veniva ritenuto un problema del tutto secondario, dal momento che la risposta sanzionatoria risultava essere pressoché la stessa. Al contrario, il passaggio al cumulo materiale delle pene, seppur poi temperato dal più mite cumulo giuridico, nella disciplina dell'art. 81, c. 1 c.p., ha comportato una profonda discrasia punitiva fra questo ed il concorso apparente, rendendo imperativa una corretta distinzione fra i due fenomeni.

Il codice Rocco, nel predisporre questa divergente disciplina, si è invero preoccupato di fissarne il confine, consacrandolo tuttavia in una disposizione, l'art. 15 c.p., che trova oggi una generale convergenza di opinioni solamente in relazione a due aspetti: l'accoglimento del criterio di specialità e la sua acclarata insufficienza a regolare la materia *de quo*.

In questo contesto, sono emerse svariate impostazioni che hanno tentato di interpretare estensivamente, o financo in via analogica, l'art. 15 c.p. (specialità unilaterale; per aggiunta e per specificazione; in concreto; bilaterale), nonché filoni dottrinali che hanno suggerito l'introduzione di ulteriori criteri (sussidiarietà e assorbimento, ma anche i meno noti canoni di alternatività, prevalenza ed accessorietà).

In questo dedalo interpretativo, si è assistito ad una profonda ed indebita commistione fra due piani concettuali che dovrebbero invero rimanere distinti: quello

---

<sup>1</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 1.

logico-strutturale dei rapporti fra norme e quello valoriale-sostanziale, legato ad istanze di giustizia ed equità del caso concreto.

Se la specialità, in quanto canone del ragionamento logico giuridico, si pone pacificamente sul piano strutturale del rapporto fra disposizioni, gli altri criteri (ma anche certe interpretazioni estensive dell'art. 15 c.p.), di stampo valoriale, non incontrano alcun riferimento positivo nel tessuto normativo ordinamentale, sicché nel tempo è cresciuto il consenso circa la necessità di rinvenirne il fondamento nel divieto di doppia punizione.

Quest'ultimo, definito con l'efficace formula di *ne bis in idem* sostanziale, lungi dal risolvere la disputa, ha moltiplicato, se possibile, le incertezze sulla materia, presentandosi come un istituto dalla natura anfibologica sotto qualsiasi aspetto lo si analizzasse: la doppia natura, sostanziale e processuale, del divieto, contro l'autonomia concettuale dei due piani; l'alternativa fra l'*idem crimen* e l'*idem factum*; l'interpretazione della preclusione come semplice divieto, a valle, di punire più volte uno stesso fatto, ovvero, a monte, come divieto di plurima qualificazione giuridica dello stesso; il suo operare sul piano dei rapporti fra norme, come "selettore" delle fattispecie applicabili, contro l'idea di un suo intervento *ex post*, quale canone di razionalizzazione *quod poenam* degli eccessi punitivi statali; la sua natura di principio, contro l'idea che esso coincida con i meri effetti dell'assorbimento.

Un divieto, in definitiva, a cavallo fra opposte teorie e visioni, sul quale non vi è accordo né con riferimento alle premesse dogmatiche, né con riguardo agli effetti che dovrebbe esplicare nell'ordinamento.

Per questo, nonostante il proliferare di dottrine sul tema, si è avvertita la necessità di riproporre un'indagine sul tema della convergenza di fattispecie, spinti da un duplice obiettivo: da un lato, analizzare nel dettaglio il divieto di *bis in idem* sostanziale, al fine di comprendere se dello stesso possa fornirsi un'immagine per quanto possibile non viziata da aprioristiche visioni personali; dall'altro, capirne i risvolti non solo con riferimento al concorso apparente di norme, bensì, più in generale, in relazione al fenomeno della convergenza di fattispecie *in toto* considerato, ricomprendendovi pure il concorso formale di reati.

Anzitutto, si è ritenuto di poter individuare un punto fermo nel rapporto fra *ne bis in idem* sostanziale e la necessaria proporzionalità fra fatto e sanzione.

## CONCLUSIONI

Nello specifico, la convinzione della sussistenza di questa profonda correlazione si è sviluppata attraverso un'indagine che ha coinvolto tre differenti piani di studio.

In primo luogo, quello dottrinale nazionale, stante la costante affermazione secondo la quale il divieto risulterebbe essere espressione di istanze di equità e di giustizia sostanziale (Cap. I).

In secondo luogo, quello sovranazionale, in considerazione del particolare modo di atteggiarsi del *ne bis in idem* convenzionale, che risulta essere un vero e proprio *tertium genus* rispetto alle tradizionali accezioni, processuale e sostanziale, di questa preclusione. Tale assunto trova conferma nel diritto vivente delle Corti europee, che hanno ricostruito il divieto come una garanzia processuale a forte connotazione sostanziale, dovuta all'emersione di istanze di proporzione fra fatto e sanzione (Cap. II).

Infine, quello comparato, dal momento che l'esperienza tedesca in tema di *Doppelbestrafungsverbot* presenta sì un principio di natura processuale, il quale tuttavia possiede anche un'accezione sostanziale, che trova fondamento nei principi di colpevolezza (*Schuldprinzip*) e di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), secondo quanto stabilito dal *Bundesverfassungsgericht* (Cap. III).

L'indagine effettuata ha quindi restituito un profondo legame fra il divieto sostanziale di doppia punizione ed il principio di proporzionalità fra fatto e sanzione, inducendo pertanto a rinvenire proprio in quest'ultimo il fondamento del primo.

Sotto questo punto di vista, il costante e pacifico orientamento della Corte costituzionale vede nel combinato disposto degli artt. 27, primo e terzo comma e 3 Cost. le coordinate normative da cui discende il principio di proporzione fra fatto e sanzione, sicché si è ritenuto che proprio tali articoli possano rappresentare il riferimento più oggettivo per la ricostruzione di un divieto costituzionale di *ne bis in idem* sostanziale.

L'idea che la preclusione possa assumere la forma ed il contenuto di principio generale inespresso dell'ordinamento nasce poi dall'adesione a due particolari tradizioni dogmatiche, che si ritiene di dover rapidamente richiamare.

La prima, di stampo positivistico, inaugurata da Vezio Crisafulli, che ritiene possibile la ricognizione dei principi anche dalle singole norme di rango ordinario, seguendo le regole dell'*analogia juris*, sancita dall'art. 12 delle preleggi.

La seconda concerne invece quell'approccio metodologico, inaugurato da Bricola, che vede la Costituzione non come mero limite, bensì quale fondamento stesso del diritto penale e della pena.

Seguendo tali direttive, si è tentato di procedere alla ricognizione del divieto cercando di non cadere nella ben nota critica che vede il *ne bis in idem* sostanziale come un principio del tutto apodittico e, come tale, manipolabile dall'interprete. Al contrario, si è provato a procedere ad una costruzione "a rime obbligate", rapportando ognuno dei vari modi in cui il divieto viene declinato in dottrina con gli istituti di cui agli artt. 15 ed 81, c. 1 c.p., al fine di comprendere quale accezione del *ne bis in idem*, tenendo fermi i riferimenti costituzionali sopramenzionati, risultasse essere quella dogmaticamente più coerente.

Le osservazioni svolte sono state pensate e sviluppate cercando di mantenere una rigorosa distinzione fra la dimensione sanzionatoria del divieto di doppia punizione e quella logico-strutturale dei rapporti fra norme, nella convinzione che si tratti di due momenti certamente collegati, ma dogmaticamente distinti, tanto da non poter automaticamente trasporre concetti dall'uno all'altro piano di riferimento.

Pertanto, assodata la pacifica collocazione del concorso apparente, tanto per la dottrina italiana, quanto per quella tedesca, sul piano dei rapporti fra fattispecie astratte, si è evidenziata l'inconciliabilità fra detto istituto ed il divieto sostanziale di *bis in idem*, il quale, fondato sui principi di proporzionalità e ragionevolezza della pena, non può che trovare la propria collocazione sul diverso terreno della sanzione.

Tale considerazione ha così portato ad analizzare i possibili risvolti che il divieto di doppia punizione comporterebbe sul diverso terreno della convergenza reale di fattispecie, ossia nei confronti del concorso formale di reati, dal momento che, in tale frangente, si assiste da una vera e propria unificazione *quoad poenam* di più illeciti.

Sul punto, è diffusa l'opinione, nella dottrina italiana, che l'art. 81, c. 1 c.p. sancisca un'ipotesi espressa di *bis* sanzionatorio in rapporto al medesimo fatto, tanto che il concorso formale è stato tradizionalmente chiamato in causa proprio al fine di sconfiggere l'esistenza di un divieto sostanziale di *bis in idem*.

Infatti, la riconosciuta operatività del divieto sul piano della convergenza reale, in luogo del concorso apparente, ha portato ad ipotizzare un contrasto fra l'art. 81, c. 1 c.p. e gli artt. 27 e 3 Cost., laddove il primo prevede l'applicazione della sanzione più



## CONCLUSIONI

grave, aumentabile sino al triplo (*bis*), nei casi in cui più fattispecie siano commesse con una sola azione od omissione (*idem*), con la conseguente necessità che la disciplina italiana del concorso formale si allinei a quella, più garantista, di altre esperienze europee.

Tale conclusione si fonda sulla considerazione che a porsi in un rapporto di inconciliabilità con il *ne bis in idem* sostanziale non sia l'istituto del concorso formale in sé e per sé considerato, bensì solamente quelle ipotesi in cui più fattispecie convergenti sul medesimo fatto vengano punite attraverso l'imposizione di più sanzioni, ovvero di un cumulo giuridico extraeditale.

L'analisi dell'ordinamento tedesco (unitamente ad un rapido sguardo ad altre esperienze ordinamentali, quali quella spagnola ed olandese) ha infatti evidenziato forme di concorso formale punite con l'imposizione della sola sanzione più grave, ovvero mediante la predisposizione di cumuli giuridici intraeditali.

In questo senso, si è sottolineato che tali istituti, nei casi di medesimezza fattuale, comportano l'applicazione di una ed una sola sanzione, portando a ritenere che il concorso formale a conseguenze intraeditali possa costituire la sede più idonea a garantire il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale.

La collocazione del divieto al di fuori del concorso apparente è risultata essere un'operazione più coerente anche dal punto di vista dogmatico: mantenendo una rigorosa distinzione fra i rapporti logico-strutturali del piano delle norme e quelli valoriali legati agli accadimenti concreti, si è rilevato che il *ne bis in idem* sostanziale, quale precipitato del principio di proporzione fra fatto e sanzione, troverebbe una più corretta collocazione sul terreno sanzionatorio, svolgendo esso un ruolo simile, seppur più incisivo, rispetto a quello affidato dal legislatore al concorso formale di reati: fornire una razionalizzazione *ex post* della risposta punitiva statale, al fine di evitare gli eccessi sanzionatori della plurima qualificazione normativa di determinati accadimenti fattuali.

Chiaramente, l'operatività del divieto di doppio giudizio sul diverso piano del concorso formale di reati, unitamente alla necessità di una sua rimodulazione in chiave intraeditale, comporterebbe specularmente un ripensamento dei rapporti fra l'art. 81, c. 1 c.p. ed il concorso apparente di norme. La predisposizione, nei casi di convergenza reale, della sola sanzione più grave (al più nella forma dell'assorbimento inasprito prevista da diverse legislazioni straniere), condurrebbe infatti al soddisfacimento di

quelle istanze valoriali di giustizia sostanziale che hanno portato ad estendere il concorso apparente oltre i confini della specialità unilaterale.

Se infatti le conseguenze dei criteri di sussidiarietà e consunzione si rinvergono nell'applicazione della sola sanzione più grave, si deve rilevare che allo stesso risultato si perviene seguendo il percorso interpretativo qui tratteggiato, il quale presenta indubbiamente due vantaggi: in primo luogo, evitare la già citata confusione fra istanze valoriali e strutturali; in secondo luogo, di confinare i casi di assorbimento entro le maglie del concorso formale di reati, il quale, sebbene sia un fenomeno dai confini non del tutto nitidi, risulta in ogni caso essere un istituto meno vago ed elastico rispetto ai criteri prospettati dalle dottrine pluraliste.

Ad analoga soluzione, poi, si perverrebbe anche con riferimento alla specialità in concreto ed a quella bilaterale, stante in ogni caso la predisposizione di una ed una sola sanzione, nonché in considerazione del fatto che il presupposto minimo perché due norme siano in rapporto di specialità reciproca è costituito dalla identità della condotta, preservata anche nei casi di concorso formale.

Pertanto, l'operatività del *ne bis in idem* sostanziale sul terreno della convergenza reale di fattispecie comporterebbe la delimitazione dei casi di concorso apparente di norme alla sola specialità *stricto sensu* intesa, in accordo con il dato letterale dell'art. 15 c.p. In altri termini, le letture estensive del concorso apparente di norme, che trovano a vario titolo un fondamento nel *ne bis in idem* sostanziale, risulterebbero così prive di legittimazione, ma sarebbero in ogni caso tutelate dalla presenza di un concorso formale a conseguenze intraedittali.

Ciò comporterebbe anche una più sicura distinzione fra unità e pluralità di reati, basata esclusivamente sulla regola *lex specialis derogat legi generali*, la sola realmente idonea a delimitare in modo sufficientemente preciso i casi di convergenza apparente.

Infine, la ricognizione di un divieto costituzionale di *bis in idem* sostanziale impone in ogni caso di confrontarsi con ulteriori problematiche, che non potevano trovare un'esauritiva trattazione nelle more della presente indagine. Anzitutto, in quanto principio inespresso, la preclusione *de quo* esprime una valenza generalizzata che va ben oltre alle ipotesi di convergenza di fattispecie, imponendo di indagarne gli effetti su vari altri settori del diritto penale: il rapporto fra circostanze *ex art. 68 c.p.*; il tradizionale doppio binario sanzionatorio, laddove si ritenga che la misura di sicurezza

## CONCLUSIONI

abbia un carattere afflittivo tale da essere considerata alla stregua di una sanzione penale; il doppio binario sanzionatorio “moderno”, nei casi di qualifica sostanzialmente penale dell’illecito amministrativo; taluni delicati profili di aumenti di pena collegati allo status di recidivo, laddove questi si innestino, come nell’ipotesi di cui all’art. 81, c. 4 c.p., su ulteriori aumenti di pena, giusto per citarne alcuni.

In secondo luogo, s’impone un più approfondito studio dell’annosa ed insoluta (ma anche, in un certo senso, insolubile) questione di quale sia la corretta interpretazione dell’elemento della medesimezza fattuale, che nella presente indagine assume le sfaccettature dell’*idem factum*. Sul punto, assodato che il compimento di una medesima azione od omissione (*amplius*: stessa condotta) costituisce il presupposto minimo della convergenza, sarà necessario indagare se, nel settore qui analizzato, sia necessario o meno delimitare tale concetto richiedendo che la medesimezza investa anche altri elementi, quali l’evento, il nesso causale, ovvero ancora l’oggetto materiale. Il tutto, concordando con quell’opinione che ritiene impossibile enucleare un concetto di medesimezza fattuale valido *ex ante* in tutti i settori del diritto penale, ma che, al contrario, deve essere declinato (e di fatto viene declinato) secondo accezioni differenti in relazione al campo d’indagine di volta in volta considerato (rinvenendosi ad esempio una definizione estremamente ampia, coincidente con l’integrale contenuto del reato, ai fini del principio di legalità, a fronte di un’accezione più ristretta in tema di elemento soggettivo, che abbraccia soltanto gli elementi essenziali delle singole figure criminose, escludendo così quelli imputabili a titolo di responsabilità oggettiva, quali le condizioni obiettive di punibilità estrinseche).

Il sentiero, nonostante la ricognizione del divieto, rimane impervio ed intricato.

Eppure, esso non è privo di indicazioni: l’elaborazione del *ne bis in idem* sostanziale come proiezione del principio di proporzionalità, unitamente ad una rigorosa distinzione, nelle ipotesi di convergenza di fattispecie, fra il piano strutturale e quello valoriale, risultano essere delle linee guida preziose per l’interprete. La valorizzazione di tali aspetti, lungi dal costituire una mera opzione interpretativa, potrebbe giocare un ruolo determinante nel consentire alla dogmatica della convergenza di fattispecie di svilupparsi su premesse condivise.



**BIBLIOGRAFIA**

- ABBADESSA G., *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 4/2014, 546.
- ABELS P., *Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991.
- ACHENBACH H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.
- AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934.
- AIMI A., *Le Sezioni Unite sull'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena per il reato continuato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- AIMI A., *Interruzione giudiziale della permanenza e divieto di ricostituzione dell'unità del reato permanente in sede esecutiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2018, 2274.
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna 2007.
- ALEO S., *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale*, Milano, 1989.
- ALESSANDRI A., *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002.
- ALIMENA B., *Del concorso di reati e di pene*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia giuridica italiana*, V, Milano, 1904, 450.
- ALLEGREZZA S., *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 894.
- ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053.
- ALPA G., *Principi generali*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, XIV, 1996, 355.
- AMBROSETTI E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato – dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1991.
- ANDRIOLI V., *voce Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 186.
- ANDRÒ I., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.
- G. ANGIOLINI, *Una questione ancora irrisolta: il ne bis in idem europeo e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2018, 2109.

## BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI F., *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, II, 1942, 609.
- ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 1.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1960.
- APPEL I., *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998.
- ASTARITA S., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in GAITO A., GIUNCHEDI F. (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 145.
- BAAUW P., (voce) *Ne bis in idem*, in A. KLIP , B. SWART(a cura di), *International Criminal Law in the Netherland*, Freiburg im Breisgau, 1997, 75.
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986.
- BASCIU M. (a cura di), *Soggetti e principi generali del diritto. Atti del XV Congresso Nazionale (Pisa-Viareggio 16-18 maggio 1985)*, Milano, 1987, 25.
- BASILE E., *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 1/2019, 129.
- BASSI A., *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1401.
- BAUMANN J., *Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz*, in *MDR*, 1959, 10.
- BAUMGARTEN A., *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau, 1909.
- BELGIORNO E.L., *Il principio del ne bis in idem. Analisi degli aspetti interni ed internazionali.*, Milano, 2016.
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BERNARDI A., *Nulla poena sine lege*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249.
- BESSELINK L., *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.
- BIANCHEDI C., *Cenni sul reato complesso e sul furto accompagnato da violenza sulle cose*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1938.
- BIGNAMI M., *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

## BIBLIOGRAFIA

- BINDING K., *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1980.
- BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I.
- BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arc. Pen.*, 1/2015, 115.
- BOSCH N., STERNBERG-LIEBEN D., *Vor. §§ 52 ss.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30, Auflage, München, 2019, 867.
- BOZZI G.M., *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3099.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7.
- BRICOLA F., *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980, 453.
- BRINGEWAT P., *Zäsurwirkung des früheren Urteils trotz Straferledigung? – BGHSt 33*, 367, in *JuS*, 1988, 25.
- BRODOWSKI D., *Grundfälle zu den Justizgrundrechten. Art. 103 II, III GG – nulla poena sine lege, ne bis in idem*, in *JuS*, 2012, 892.
- BRUNELLI D., *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004.
- BRUNS H.J., *Das Recht der Strafzumessung*, Köln, 1985.
- BÜNGER P., *Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe*, in *ZStW*, 1888, 661.
- BURGSTALLER M., *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, in *JBI*, 1978, 393.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2012.
- CAMAIONI S., *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, II, 1992, 230.
- CAPRIOLI F., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, 1183.
- CAPRIOLI F., VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, II, Firenze, 1924.

## BIBLIOGRAFIA

CARACCIOLI I., *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 1.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale*, I, Milano, 1943.

CARTABIA M., *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016.

CASSIBBA F., *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 217, 351.

CASTORI G., *Concorso di reati e di pene*, in P. COGLIOLO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, I, pt. III, Milano, 1889, 1314.

CERESA CASTALDO M., *Esecuzione*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 1107.

CHENAL R., GAMBINI F., TAMIETTI A., *Art. 6*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 173.

CHERUBINI F., *In merito al parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'UE: qualche considerazione critica ed uno sguardo de iure codendo*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

CICERONE M.T., *Laelius*, 22.5-6.

COCCO G., *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2017, 374.

CONFORTI B., FRANCONI F., *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.

CONSULICH F., *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015.

CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, 949.

CONSULICH F., GENONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *giurisprudenza penale web*, 4/2018.



## BIBLIOGRAFIA

- CONTI L., voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1007.
- CONTI R., *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).
- COPPI F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 9 ed., Milano, 2012.
- CORNIL L., *Une conjecture sur l'origine de la maxime «bis de eadem re ne sit actio»*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 53.
- COSTANZO P., TRUCCO L., *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).
- CRESPI A., *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 6/2001, 1345.
- CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1/1940, 193.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CUERDA RIEZU A., *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990*, in *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, 821.
- D’ALESSANDRO F., *Tutela dei diritti finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614.
- DALLACASA M., *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell’illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, 46.
- DARMIS J., *Die realen Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 StGB in ihrem Verhältnis zu dem Grundsätzen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 StGB*, Heidelberg, 1984.
- DE AMICIS G., GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, 469.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3-4/2014, 201.
- DE FRANCESCHI P., *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della “sufficiently close connection in substance and time”*, in *giurisprudenza penale web*, 4/2018.

## BIBLIOGRAFIA

DE FRANCESCO G., *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

DE FRANCESCO G., *Specialità (Principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1987, 492.

DE FRANCESCO G., *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *lalegislazionepenale.eu*.

DE LUCA G., *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. proc. pen.*, 1960 196.

DE ROBERTO G., *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1583.

DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.

DE VERO G., *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2003, 720.

DEGENHART C., *Art. 103*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, VII, München, 2014, 2063.

DEL ROSSO D., *Spunti problematici in tema di reato progressivo e di progressione criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 623.

DELBONO L., *Concorso di norme e ne bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in *Giur. pen. web*, 2/2018, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

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

DELITALA G., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, in *Diritto penale. Raccolta egli scritti*, Milano, Vol. I, 1976, 149.

DELOGU T., *Contributo alla teoria dei reati accessori*, in *Giust. pen.*, 1947, 265.

DI FEDERICO G., *Eu Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2/2011, 241.

DITHMAR U., *Der Grundsatz "ne bis in idem" und das fortgesetzte Delikt*, Berlin, 1995.

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

DOLCINI E., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1156.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI E., *ART. 9*, in AA. VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982.

## BIBLIOGRAFIA

- DOLCINI E., *Codice penale*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. II, Torino, 1988.
- DOLCINI E., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 398.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55.
- DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 1956.
- DONATI D., *L'abrogazione della legge*, in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, 159.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29.
- DONINI M., *Abolitio Criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. Pen.*, 4/2002, 1240.
- DONINI M., *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.* 7/2018, 2284.
- DONINI M., FOFFANI L. (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.
- DOUGLAS-SCOTT S., *Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from European Court of Justice*, in [www.ukconstitutionallaw.org](http://www.ukconstitutionallaw.org).
- DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- DÜRIG G., *Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas. Zur mehrfachbestrafung der Ersatzdienstverweigerer aus Gewissensgründen*, in *JZ*, 1967, 426.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- A. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo riaperto*, in *Arch. pen. web, Giur. cost.*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).
- FALCINELLI D., *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, 63.

## BIBLIOGRAFIA

- FALZEA A., *I principi generali del diritto*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1/1991.
- FERRARI U., *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 533.
- FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 1/2017, 78.
- FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991.
- FIANDACA G., voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, Torino, 1991, 152.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giustizia costituzionale*, Napoli, 2006, 131.
- FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 1988.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2015.
- FISCHER T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65 Aufl., München, 2018, 375.
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- FLICK G.M., NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 2014.
- FLICK G.M., NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5/2015, 868.
- FLOINN M., *The concept of idem in the European courts: Extricating the inextricable link in European double jeopardy law*, in *Columbia Journal of European Law*, 24/2017, 75.
- FLORA G., *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 506.
- FLORIDIA G., *Divieto di ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Temi*, 1975, 588.
- FRISCH W., *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 3-4/2014, 164.
- FRISTER H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6, Auflage, München, 2016.

## BIBLIOGRAFIA

FRISTER H., § 55, in U. KINDHÄUSER, U. NEUEMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, I Band, V Auflage, Baden, 2017, 2160.

FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1937, ristampa 1971.

FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, Vol I, Torino, 1958.

GAITO A., *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arc. Pen. Web*, 1/2019.

GAITO A., RANALDI G., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, 103.

GAJA G., *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 832.

GALANTINI N., *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1205.

GALANTINI N., *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 221.

GALANTINI N., *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 1/2017, 167.

GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, 5.

GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014.

GALLUCCIO A., *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

GALLUCCIO A., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3/2018, 234.

GALLUCCIO A., *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2018, 286.

GALLUCCIO A., *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2/2007, 467.

GARCIA ALBERO R., "Non bis in idem" *material y concurso de leyes penales*, 188.

GARGANI A., *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

GAVAZZI G., *Delle antinomie*, Torino, 1959.

## BIBLIOGRAFIA

- GEERDS F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961.
- GIACONA I., *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 3845.
- GIACONA I., *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 363.
- GIANFELICI F., *Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme*, in *Arch. pen. web*, 2/2018.
- GIOVANNINI A., MURCIANO L.P., *Il principio del 'ne bis in idem' sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 20, 1548.
- GITTARDI I., *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 prot. 7 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- GIULIANI A., *Ne bis in idem e concorso apparente di norme*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 318.
- GIUNTA F. (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002.
- GIZZI L., *Brevi osservazioni in tema di bene giuridico e soglie di non punibilità nei reati di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 12/2004, 3961.
- GRISOLIA G., *Il reato permanente*, CEDAM, 1996.
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, II ed., Milano, 1947.
- GROUSSOT X., ERICSSON A., *Ne Bis in Idem in the EU and ECHR Legal Orders. A Matter of Uniform Interpretation?*, in VAN BOCKEL B. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 53.
- GUASTINI G., *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig.*, 1995.
- GUERRINI R., *L'art. 68 C.P. e la disciplina del concorso apparente di norme*, in *Studi senesi*, 1986, 1.
- HASSEMER W., *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968.
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.

## BIBLIOGRAFIA

- HEGER M., *Der Tatbegriff* ("idem") *des EuGH in Strafsachen. Notwendigkeit einer Normativierung?*, in G. HOCHMAYR (a cura di), "Ne bis in idem" *in Europa*, Baden, 2015, 65.
- HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866.
- HERZBERG R.D., *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in *JuS*, 1972, 113.
- HIRSCHBERG R., *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZstW*, 1934, 34.
- HOLTZ G., *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, in *MDR*, 1981, 98.
- HONIG R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1925.
- HONIG R., *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927.
- HÖPFNER W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Einleitung, das Wesen des Verbrechens, Verbrechenseinheit*, I, Berlin, 1901.
- IMPALLOMENI G.B., *Il codice penale italiano illustrato*, I, Firenze, 1890.
- JAKOBS G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin-New York, 1991.
- JESCHECK H.H., *Die Konkurrenz*, in *ZStW*, 1955, 529.
- JORI M., *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 211.
- KARGOPOULOS A.I., *ECHR and the CJEU. Competing, Overlapping, or Supplementary Competences?*, in *Eu crim*, 3/2015, 96.
- KAUFMANN A., *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen)*, Heidelberg, 1981.
- KEMPEES J., *A systematic Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights (1960-1994)*, II, The Hague, 1997.
- KINZIG J., § 46, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30, Auflage, München, 2019, 783.
- KLIP A., *European criminal law*, Cambridge, 2016, 284.
- KLIP A., H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Reveu internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, 1091.
- KLUG U., *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW*, 1956, 399.
- KÖHLER A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, München, 1900.

## BIBLIOGRAFIA

- KUNIG P., *Art. 103*, in I. VON MÜNCH, P. KUNIG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, VIII, 2012, München, 897.
- LABIANCA D., *Ne bis in idem: una questione “eterna” all’esame della Corte costituzionale*, in *Arc. Pen.*, 2/2016, 20.
- LANZI A., PRICOLO C.M., *Art. 2621 c.c.*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di) *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, 20.
- LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 82.
- LAVARINI B., *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2017, 60.
- LAUFHÜTTE H.W. et al., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. II, Berlino, 2006.
- LAZZARI C., *L’abrogazione del reato di oltraggio: la parola alle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2/2002, 487.
- LELIEUR J., *‘Transnationalising’ Ne Bis In Idem: Ho the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 9/2013, 198.
- LENT F., *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, I, Lipsia, 1912.
- LEONE G., *Del reato continuato, abituale e permanente*, Napoli, 1960.
- LEPRI F., *Continuazione tra reati, cumulo giuridico ed individuazione della violazione più grave: l’ultima parola alle Sezioni Unite?*, in *Riv. pen.*, 1992, 1062.
- LISZT F., *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, in *ZStW*, 1886, 663.
- LISZT F., SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, 1932.
- LOSANA C., *Reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1963, 1189.
- LOZZI G., *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell’unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 940.
- LOZZI G., *Profili di un’indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Milano, 1974.
- LUCHTMAN M., *Transnational law enforcement in the European Union and the ne bis in idem principle*, in *Review of European administrative law*, 2011, 5.



## BIBLIOGRAFIA

- LUCHTMAN M., *The ECJ's recent case law on ne bis in idem: Implications for law enforcement in a shared legal order*, in *Common market law review*, v. 55 no. 6, 2018, 1717.
- MADÌA N., *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2/2019, 662.
- MANCOSU E.M., VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. N. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in VIGANÒ F., UBERTIS G. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 374.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e Giust.*, 46/2006, 28.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
- MANES V., *Art. 7*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, 280.
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, 104.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 627.
- MANTOVANI F., voce *Furto*, in *Digesto pen.*, V, Torino, 1991, 384.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2017.
- MANTOVANI M., *Ne bis in idem sostanziale e autoriciclaggio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 237.
- MARINI G., *sub art. 15*, in MARINI G., LA MONICA M., MAZZA L. (a cura di), *Commentario al codice penale*, I, Torino, 2002.
- MARINO G., *Il concorso formale di reati non esclude automaticamente il ne bis in idem*, in *Dir. e Giust.*, 33/2016, 69.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974.

## BIBLIOGRAFIA

MARINUCCI G., *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, in *La questione criminale*, 1981.

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190.

MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali*, in *Giur. Cost.*, 6/2006, 4160.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.

MASIERO A.F., *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali. Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 7-8/2017, 79.

MASIERO A.F., *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili Penali. Parte seconda: i riflessi dell'adesione sui principi di legalità e colpevolezza in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, 45.

MASUCCI L., *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. It.*, VIII, pt. I, Torino, 1896, p. 415.

MATTARELLA A., *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. Pen.*, 12/2017, 4578.

MAURACH R., GÖSSEL K.H., ZIPF H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7 Aufl., Heidelberg, 1989.

MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, 1033.

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Diritto penale e processo*, 2/2006, 175.

MENGGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 59/2016, 1427.

MESSINA R., *Concorso formale di reati*, Milano, 1979.

MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935.

## BIBLIOGRAFIA

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale*, Bari, 1919.

MORO A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, II ed., Padova, 1954.

MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

MUCCIARELLI F., *Ne bis in idem bancarotta e truffa: la Corte di cassazione corregge un'applicazione generalizzante di un corretto canone ermeneutico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

MUÑOZ CONDE F., GARCÌA ARÀN M., *Derecho Penal, parte general*, Valencia, 2010.

MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità dei reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

MUSCO E., *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 802.

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

MÜLLER-DIETZ H., *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967.

NASCIMBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

NEPPI MODONA G., *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 530.

NEPPI MODONA G., *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 200.

NEPPI MODONA G., *Reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1996, 200.

NEUMANN U., *The “deserved” punishment*, in A.P. SIMESTER, A. PEDAIN, U. NEUMANN (a cura di), *Libera criminal theory. Essay for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39.

NOLTE G., AUST H.P., *Art. 103*, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARK (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Vol. III, München, 2018, 1093.

NORMANDO R., *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in KALB L. (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere, Trattato di procedura penale*, VI, diretto da SPANGHER G., VI, Torino, 2009.

## BIBLIOGRAFIA

- NUVOLONE P., *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.
- PADOVANI T., *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988, 187.
- PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 5/2002, 1598.
- PAGLIARO A., voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545.
- PAGLIARO A., voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961.
- PAGLIARO A., voce *Concorso di pene*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- PAGLIARO A., *Fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 960.
- PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice penale*, 1976, 217.
- PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25.
- PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 257.
- PAGLIARO A., *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1999, 1184.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 1/2005, 244.
- PAGLIARO A., *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1599.
- PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017.
- PALIERO C.E., *La Legge 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117.

## BIBLIOGRAFIA

- PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421.
- 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, 912.
- PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Ipertrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1990, 430.
- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220.
- PAPA M., *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in CADOPPI A. (a cura di), *Omnis definitio in iure oericulosa?*, Padova, 1996, 431.
- PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.
- PAPA M., *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013.
- PARODI C., *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- PATANÉ V., *Reati puniti con pene diverse e loro unificazione per concorso formale o per continuazione*, in *Giust. pen.*, 1977, II, 379.
- PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2007, 321.
- PENCO E., *Il principio di specialità "amministrativa", tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2015, 63.
- PEPE F., *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 525.
- 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. e prat. Trib.*, 3/2018, 1128.
- PETERS K., *Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen*, in *ZStW*, 68 (1956), 374.

## BIBLIOGRAFIA

PETRONE M., *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 154.

PEZZI E., *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Arch. Pen.*, 2/2018, 377.

PICA G., *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 l. 24 novembre 1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, 374.

PROCACCINO A., *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in A. GAITO, D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 267.

PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

PROSDOCIMI S., *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984.

PROSDOCIMI S., *Concorso di reati e di pene*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988.

PROSDOCIMI S., voce *Reato complesso*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, 212.

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

PULITANÒ D., *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 934.

PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 641.

PULITANÒ D., *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 1/2017, 70.

PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 2/2017, 49.

PUPPE I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Berlin, 1979.

PUPPE I., *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, 161.

RADBRUCH G., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Darmstadt, 1967, 167.

RANIERI S., *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942.

RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1968.

## BIBLIOGRAFIA

RECCHIA N., *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1375.

RICCIO S., *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951.

RISSING-VAN SAAN R., §§ 52 ff., in H. LAUFHÜTTE (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, II Band, XII Auflage, Berlin, 2006, 1241.

RIVELLO P.P., *La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 1410.

ROCCATAGLIA L., *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, in *Giur. pen. web.*, 11/2018.

ROCCATAGLIA L., *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*, in *Giur. pen. web.*, 2/2019.

RODRÌGUES RAMOS L. (coordinador), *Còdigo Penal, comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2007.

ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, 792.

RONCO M., *Il problema della pena*, Torino, 1996.

RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 825.

RUGGIERO R.A., *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 10/2017, 3809.

SABATINI G., *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola pos.*, 1932, 193.

SABATINI G., *Appunti sulle circostanze nel reato e sul loro concorso*, in AA. VV., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Vol. II, Milano, 1952, 463.

SACCONI G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982.

SANTORO A., *Le circostanze del reato*, Torino, 1952.

## BIBLIOGRAFIA

SARMIENTO D., *Ne Bis in Idem in the Case Law of the European Court of Justice*, in VAN BOCKEL B. (a cura di), *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 103.

SAUER W., *Allgemeine Strafrechtslehre*, III, Berlin, 1955.

SCARCELLA A., *Un passo indietro della Grande Camera della Corte di Strasburgo sulla questione del ne bis in idem in materia tributaria?*, in *Quot. giur.*, 16 novembre 2016.

SCAROINA E., *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 877.

SCHMIDT E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Tiel. 1, Aufl. 2, 1964, 279.

SCHROEDER F.C., *Die Rechtsnatur des Grundsatzes "ne bis in idem"*, in *JuS*, 1997, 227.

SCHULZE-FIELITZ H., *Art. 103*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, III, Tübingen, 2018, 854.

SCHÜNEMANN B., *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, 1984.

SEMINARA S., *False comunicazioni sociali falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.m* 2002, 676.

SESTA M., *«Ne bis in idem» e concorso formale di reati al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1/1977, 181.

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

SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in *Arch. Pen. Web.*, 1/2019.

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

SMEDILE A., *La circolazione di veicolo sottoposto a sequestro tra depenalizzazione e concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 940.

SOTIS C., *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Indice Penale*, 2017, 461.

SPECHT B., *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 abs. III Grundgesetz*, Berlin, 1999.

STAIANO S., *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).



## BIBLIOGRAFIA

STRATENWERTH G., KUHLEN L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 2011.

STRENG F., § 46, in U. KINDHÄUSER, U. NEUEMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, I Band, V Auflage, Baden, 2017, 1991.

TESAURO G., *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001.

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, 1047.

TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 534.

TUMMINELLO L., *L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010.

ULPIANO, D. 48.2.

VALLINI A., *Concorso di norme e di reati*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 263.

VALLINI A., *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2011, 848.

VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle corti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2018, 525.

VALSECCHI A., *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VAN BOCKEL B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, *European monographs*, no. 72, Netherlands, 2010.

VAN BOCKEL B., *The 'European' Ne Bis in Idem Principle: Substance, Sources, and Scope*, in VAN BOCKEL B. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 13.

VAN BOCKEL B., *Krombach returns to Strasbourg*, in *ECHR Blog*, 16 maggio 2018.

VAN DIJK P., VAN HOOFF F., VAN RIJN A., ZWAAK L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Mortsels, 2006.

## BIBLIOGRAFIA

- VANNINI O., *Assorbimento e progressione criminosa nel nuovo codice (art. 15, 81 c.p.)*, in AA. VV., *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, I, Bologna, 1932, 32.
- VASSALLI G., voce *Antefatto non punibile, post fatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 505.
- VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, I, Milano, 1975.
- VASSALLI G., voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1150.
- VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 1.
- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 669.
- VASSALLI G., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1997.
- VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.
- VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob, e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 693.
- VERVAELE J.A.E., *The transnational ne bis in idem principle in the EU – Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht law review*, 1/2005, 100.
- VERVAELE J.A.E., *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of EU*, in *Review of European Administrative Law*, 6/1, 2013, 113.
- VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 9/4, 2013, 211.
- VERVAELE J.A.E., *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common Market Law Review*, 52/2015, 1339.
- VETZO M., *The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Case of Menci, Garlsson and Di Puma*, in *Review of Eu. Adm. Law* Vol. 11, n. 2/2018, 55.
- VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2466.
- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3-4/2014, 219.

## BIBLIOGRAFIA

VIGANÒ F., *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 111.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 1/2016, 186.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane nel diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

VINCIGUERRA C., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. trib.*, 2015, 337.

VINCIGUERRA S., *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano. Vol. I: Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.

VINCIGUERRA S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

VOENA G.P., «*Ne bis in idem*» e concorso formale di reati, in *Giur. It.*, 2/1976, 321.

VOGLER T., *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, 715.

VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3/2013, 294.

## BIBLIOGRAFIA

WATTEL P.J., *Ne Bis in Idem and Tax Offences in EU Law and ECHR Law*, in B. Van Bockel (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 167.

WEGSCHEIDER H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin, 1980.

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 9, Auflage, Berlin, 1969.

WERLE G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981.

ZAGREBELSKY V., *Il Concorso apparente di norme e il reato compresso*, in BRICOLA F., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1996, 221.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 75.

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014, 1196.

ZANGHI C., *La mancata adesione dell'UE alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2015.

ZIPF H., *Die Strafzumessung*, Heidelberg, 1977.

ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

ZORZETTO S., *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010.

## MATERIALI

*Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000)*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

*Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Articolato 26 maggio 2001*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

*Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

*Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Proposta di articolato*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

## BIBLIOGRAFIA

Corte EDU, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention of Human Rights. Right not to be tried or punished twice*, 31 dicembre 2018, in [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf).

*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, pt. II, Roma, 1929.

Parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea 2/13, 18 dicembre 2014, in [www.curia.europa.eu/juris](http://www.curia.europa.eu/juris).

*Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. 5, parte I, Roma, 1929, 132.

*Relazione sullo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti giustizia*, in *Ind. pen.*, III, 1992, 305.

Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, n. 35/2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Ufficio del massimario penale della Corte di cassazione, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, 26/2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).