

CAPITOLO II

L'unità e la pluralità di reati

SOMMARIO: 1. Il concorso apparente di norme: premessa. – 1.1. Il principio di specialità. – 1.2. Il principio di sussidiarietà. – 1.3. Il principio di consumazione o assorbimento. – 1.4. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale. – 1.5. Questioni rilevanti. – 1.5.1. I criteri seguiti dalla giurisprudenza per risolvere il problema dell'apparenza o meno di un concorso di norme. – 1.5.2. I rapporti fra porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e porto in luogo pubblico di arma clandestina. – 1.5.3. I rapporti fra malversazione in danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (rinvio). – 1.5.4. I rapporti fra abbandono di persone minori o incapaci e omissione di soccorso (rinvio). – 2. Il reato continuato. – 2.1. Questioni rilevanti. – 2.1.1. La continuazione e il bilanciamento fra recidiva e circostanze attenuanti. – 2.1.2. L'applicazione in fase esecutiva della disciplina della continuazione. – 3. Il reato abituale.



1. IL CONCORSO APPARENTE DI NORME: PREMESSA

Come abbiamo visto sopra (par. 1), più norme possono convergere nel disciplinare una stessa condotta, la quale appare astrattamente riconducibile sotto ognuna di esse. Tale convergenza può essere **reale**, dando vita ad un concorso di reati, oppure **fittizia**, dando vita ad un concorso apparente di norme.

Ogni volta in cui un fatto appare riconducibile sotto più norme, l'interprete si deve quindi porre il problema se si tratti di un concorso reale di norme (nel senso che tutte devono trovare applicazione) e quindi di un concorso formale di reati, oppure di un concorso apparente di norme (nel senso che una soltanto deve trovare applicazione) e quindi di un solo

reato. E, in tale ultima circostanza, si deve porre l'ulteriore problema di quale norma, fra le tante in concorso, debba essere applicata.

1.1. Il principio di specialità

Per quanto riguarda l'individuazione del carattere apparente o reale del concorso di norme, il legislatore ci ha fornito un solo criterio, quello di specialità, che trova esplicito riconoscimento all'**art. 15 c.p.**, il quale statuisce che 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 generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Il principio in esame postula un rapporto di specialità fra fattispecie, in virtù del quale tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie (generale) siano contenuti anche in un'altra fattispecie (speciale), la quale a sua volta contiene ulteriori elementi specializzanti. Quest'ultimi possono essere degli elementi che specificano corrispondenti elementi della fattispecie generale (c.d. **specialità per specificazione**: si pensi, ad esempio, all'abrogato oltraggio rispetto all'ingiuria, dove l'elemento "pubblico ufficiale" è una species del *genus* "persona") oppure che si aggiungono rispetto alla fattispecie generale (c.d. **specialità per aggiunta**: si pensi, ad esempio, alla rapina rispetto al furto, dove la violenza o la minaccia si aggiunge all'impossessamento e alla sottrazione).

Geometricamente, il rapporto di specialità può essere raffigurato come due cerchi concentrici, con la conseguenza che tutti i fatti che si trovano nel cerchio di diametro più ristretto (fattispecie speciale) rientrano anche nel cerchio di diametro più ampio (fattispecie generale), ma non viceversa (in giurisprudenza si fa riferimento ad un "rapporto di continenza": Cass. Pen., Sez. Un., 19/01/2011, n. 1235).

Chiarito il rapporto di specialità, occorre definire cosa si intenda per **stessa materia**, dal momento che ciò rappresenta il presupposto per l'esistenza stessa di un concorso apparente di norme.

Secondo un primo orientamento, diffuso soprattutto in giurisprudenza (Cass. Pen., Sez. Un., 21/04/1995, n. 9568), la stessa materia implica

non solo che il fatto concreto sia riconducibile a più norme in rapporto di specialità, ma anche che le stesse tutelino **beni omogenei**.

Così facendo, però, si pretende di inserire nell'ambito di un rapporto logico-giuridico, quale il rapporto genere-specie, un elemento di valore, la cui interpretazione nei casi concreti è oltretutto assai controversa. Lo conferma l'assurdità dei risultati a cui si approderebbe seguendo tale ragionamento: andrebbe escluso il rapporto di specialità, ad esempio, anche fra l'ingiuria e l'oltraggio a magistrato in udienza, atteso che la prima tutela l'onore e il secondo tutela il prestigio dell'amministrazione della giustizia.

In tal senso la giurisprudenza di legittimità ha statuito che il reato di commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi da farmacie e dispensari autorizzati (art. 9, co. 7, l. 14 dicembre 2000, n. 376) può concorrere con il reato di ricettazione (art. 648 c.p.), non solo e non tanto in considerazione della diversità strutturale delle due fattispecie, quanto e soprattutto per la non omogeneità del bene giuridico protetto, poiché la ricettazione è posta a tutela di un interesse di natura patrimoniale, mentre il reato di commercio abusivo di sostanze dopanti è finalizzato alla tutela della salute di coloro che partecipano alle manifestazioni sportive (Cass. Pen., Sez. Un., 29/11/2005, n. 3087).

Secondo un'altra impostazione dottrinale, invece, per stessa materia, si deve intendere stessa situazione di fatto, ossia il caso in cui un fatto concreto integra tutti i requisiti di più fattispecie, anche se queste in *astratto* non si trovano in rapporto di specialità. Conseguentemente secondo quest'impostazione dogmatica si avrebbe concorso apparente di norme anche qualora sussista tra le fattispecie un **rapporto di specialità c.d. in concreto**.

Per esemplificare si pensi alle ipotesi di millantato credito (art. 346 c.p.) e di truffa (art. 640 c.p.). Astrattamente tra le due fattispecie non sussiste un rapporto di *genus a species*. Tuttavia, che cosa accadrebbe se, ad esempio, un soggetto si facesse dare del denaro da un altro individuo millantando di avere, presso la casa comunale, delle conoscenze tali da poter garantire alla vittima il rilascio in brevissimo tempo di un permesso per costruire? La condotta posta in essere dal soggetto agente integra, ad un tempo, sia il reato di truffa, dal momento che è lesiva

di interessi patrimoniali della vittima, sia il reato di millantato credito, dal momento che è lesiva anche del prestigio della P.A. Seguendo quest'impostazione dottrinale tra le fattispecie di cui sopra sussisterebbe un rapporto di *interferenza* per il quale le norme si troverebbero in concorso apparente tra loro così che risulterebbe applicabile solo una di esse che di regola è quella che prevede il **trattamento sanzionatorio più severo** (nel nostro caso l'art. 346 c.p.).

La più importante critica mossa a quest'impostazione dogmatica risiede nel fatto che il **rapporto di specialità**, che è un **rapporto tra norme**, come si evince dallo stesso art. 15 c.p., che parla di "*più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia*", non può in alcun modo essere fatto dipendere dalle particolarità del fatto concreto. Essendo un rapporto logico-giuridico, esso deve risultare **in astratto**, a prescindere dal particolare atteggiarsi del fatto storico. Peraltro, la prova che non si possa far dipendere l'instaurazione di un rapporto di specialità da una situazione fattuale concreta risiede nel fatto che i sostenitori della presente teoria per individuare quale sia la norma speciale che debba essere applicata ripiegano sul criterio della più grave sanzione penale che nulla ha a che vedere con i criteri propri dell'art. 15 c.p.

Altro orientamento dottrinale, poi, estende il concorso apparente di norme anche alle fattispecie che, in astratto, si trovino in rapporto di **specialità bilaterale**, per *specificazione* e per *aggiunta*, ossia quando nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra.

Geometricamente, il rapporto di specialità bilaterale può essere raffigurato come due cerchi intersecantesi, con la conseguenza che solo alcuni fatti che si trovano in un cerchio rientrano anche nell'altro e viceversa.

Per esemplificare l'ipotesi di **specialità bilaterale per specificazione**, si pensi alle ipotesi di agiotaggio comune (art. 501 c.p.) e di agiotaggio societario (art. 2628 c.c.). In questi casi le fattispecie a raffronto sono contestualmente generali (infatti entrambe prevedono, quale nu-

cleo comune, atti di aggio) e speciali (infatti, se da un lato l'art. 501 c.p., richiedendo il dolo specifico, è speciale rispetto all'art. 2628 c.c., che si "accontenta" del dolo generico, dall'altro l'art. 2628 c.c., prevedendo che solo soggetti con determinate qualifiche possono integrare la fattispecie, è speciale rispetto all'ipotesi prevista dall'art. 501 c.p. che fa riferimento semplicemente a *chiunque*).

Per esemplificare l'ipotesi di **specialità bilaterale per aggiunta**, si pensi, invece, alla fattispecie dell'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.) e a quella di ricorso abusivo al credito (art. 218 r.d. 16 marzo 1942, n. 267). In queste ipotesi l'art. 218 l. fall. è speciale per specificazione rispetto all'art. 641 c.p., in quanto il primo parla di *imprenditore*, mentre il secondo parla semplicemente di *chiunque*. Tuttavia, l'art. 641 c.p. è speciale per aggiunta rispetto all'art. 218 l. fall. per quanto concerne l'elemento soggettivo, dal momento che richiede che l'obbligazione debba essere contratta *col proposito di non adempierla* e debba peraltro risultare inadempita, tutti elementi, questi, non presi in considerazione dall'art. 218 l. fall.

Alla teoria sopra esposta viene però replicato che così opinando si finisce per tradire la logica del ragionamento per specificazione, il quale implica, per definizione, che un gruppo di casi rappresenti un sottoinsieme più specifico rispetto ad un altro gruppo di casi più generico, mentre non ha senso ipotizzare un tale rapporto in senso inverso.

Parte della dottrina, infine, ritiene che per stessa materia si debba intendere semplicemente **medesima situazione di fatto sussumibile, a prima vista, sotto più norme**, e che le esigenze che hanno portato i vari autori ad intendere diversamente tale inciso devono essere soddisfatte ricorrendo ai principi di sussidiarietà e di consunzione.

Le diverse interpretazioni "correttive" dell'art. 15 c.p. portate in rassegna nascono dalla consapevolezza dell'insufficienza del solo criterio logico della specialità. Infatti, ragioni di giustizia sostanziale impongono di considerare l'accadimento concreto nel suo complessivo significato di disvalore penale, al fine di porre dei limiti al cumulo materiale o giuridico delle sanzioni penali nei casi in cui se ne avverte l'irragionevole gravosità per il reo rispetto alla rilevanza del fatto commesso.

Prima di passare ad analizzare i vari criteri elaborati dalla dottrina per soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale sopra evidenziate, è

opportuno chiarire che un fenomeno di concorso di norme non si pone quando è la legge stessa a indicare quale fra le norme apparentemente in concorso debba prevalere, attraverso **clausole di riserva** (o di sussidiarietà espressa).

Più precisamente, come chiarisce parte della dottrina (PADOVANI; MANTOVANI), tali clausole possono essere:

- a)** determinate, quando la norma incriminatrice rinvia con precisione ad una fattispecie determinata (si pensi, ad esempio, all'art. 496 c.p. che punisce "*chiunque fuori dai casi indicati negli articoli precedenti*" fornisce a persone dotate di specifiche qualità personali false informazioni sull'identità o sulle qualità personali proprie od altrui);
- b)** relativamente indeterminate, quando la norma incriminatrice rinvia ad altra che di regola prevede un trattamento sanzionatorio più incisivo (si pensi, per esempio, all'art. 513, co. 1, c.p., secondo il quale chi turba la libertà dell'industria o del commercio con violenza sulle cose o con mezzi fraudolenti, "*se il fatto non costituisce un più grave reato*", è punito [...]);
- c)** assolutamente indeterminate, quando la norma incriminatrice rinvia a qualsiasi altra norma che disciplini la stessa situazione di fatto (si pensi, ad esempio, all'art. 615-ter c.p., che prevede la punizione dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico "*se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge*").

In realtà, soltanto le clausole determinate escludono un concorso apparente di norme, in quanto le clausole relativamente determinate e, soprattutto, quelle assolutamente indeterminate lasciano residuare dubbi sull'applicabilità di una sola norma e di quale.

Poiché spesso tali clausole rinviano a reati con oggettività giuridiche eterogenee, ciò starebbe a significare che la diversità di bene protetto non è di ostacolo al concorso apparente di norme e che il reato assorbente ha una oggettività giuridica complessa, comprensiva anche di quella della norma assorbita (con conseguente plurioffensività del reato da essa previsto).

Per esemplificare si pensi all'art. 307 c.p., che punisce l'assistenza ai partecipanti di una cospirazione o di una banda armata (bene tutelato: personalità dello Stato), il quale contiene l'inciso *fuori dei casi di*

concorso nel reato o di favoreggiamento, ove il favoreggiamento personale ex art. 378 c.p. prevede come bene tutelato l'amministrazione della giustizia.

1.2. Il principio di sussidiarietà

Non tutta la dottrina adotta un'impostazione monista, accontentandosi del solo principio di specialità, per risolvere il problema dell'apparenza o meno di un concorso di norme. Molti autori adottano un'**impostazione pluralista**, nel senso di integrare l'insufficiente criterio di specialità con altri criteri.

Il veicolo normativo utilizzato per dare ingresso nel nostro ordinamento a criteri ulteriori rispetto al principio di specialità viene individuato nell'inciso finale dell'art. 15 c.p., il quale fa salvo il caso in cui *sia altrimenti stabilito*. Infatti, mentre i fautori della concezione monistica interpretano tale inciso come un riferimento alle clausole di riserva, i fautori della concezione pluralistica lo leggono come un'apertura legislativa a criteri diversi dalla specialità.

Tra i criteri più consolidati vi è senz'altro quello di sussidiarietà, in base al quale, quando più norme prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene, il concorso apparente di norme che si viene a creare può essere risolto accordando la prevalenza alla norma che prevede l'offesa più grave, con conseguente **assorbimento della norma sussidiaria** (si pensi, ad esempio, al rapporto sussistente tra l'art. 611 c.p. e l'art. 610 c.p.: nessun dubbio sussiste circa il fatto che l'art. 610 c.p. garantisce alla libertà morale una tutela meno incisiva rispetto a quella riservata alla stessa dall'art. 611 c.p. che conseguentemente risulta fattispecie principale ed assorbente rispetto alla prima).

Accanto ad una sussidiarietà espressa dal legislatore attraverso l'uso delle clausole di riserva, vi è una **sussidiarietà tacita** ottenuta attraverso l'estensione analogica delle ipotesi espresse a casi analoghi. Tuttavia, in mancanza di un criterio certo per distinguere il diverso stadio o grado di offesa del medesimo bene, la dottrina ripiega il più delle volte sul trattamento sanzionatorio.

Contrariamente a quanto sostenuto da alcuni autori, il criterio in esame non è un inutile doppione della specialità, in quanto, mentre quest'ultimo si riferisce al rapporto tra fattispecie incriminatrici astratte, il primo fa riferimento ad una situazione fattuale concreta, implicando l'assorbimento del fatto meno grave in quello più grave anche se le norme incriminatrici astrattamente possiedono elementi strutturali completamente differenti.

1.3. Il principio di consunzione o assorbimento

Come il principio di sussidiarietà anche quello di consunzione (o assorbimento) è un criterio di valore che non possiede alcun fondamento normativo.

L'idea di partenza consiste in un dato di esperienza: la commissione di certi reati implica, secondo *l'id quod plerumque accidit*, il passaggio attraverso altre ipotesi delittuose (si pensi, ad esempio, al rapporto tra il reato di danneggiamento e quello di violazione di domicilio: normalmente per introdursi nell'altrui abitazione è necessario manomettere i sistemi posti a presidio della stessa). Poiché al legislatore non sfugge tale dato esperienziale, nel momento in cui formula le fattispecie incriminatrici con il relativo trattamento sanzionatorio, la pretesa di applicare tutte le norme in concorso produrrebbe una ingiusta moltiplicazione di sanzioni. Occorre, pertanto, ritenere che **la norma che prevede il reato più grave assorba quella relativa all'ipotesi meno grave**, con conseguente applicazione solo della prima, in quanto fattispecie che esprime l'intero **disvalore del fatto**.

Come chiarisce la dottrina dell'assorbimento, il fatto può considerarsi unico non solo nell'ipotesi di identità naturalistica, ma anche nel caso in cui sia ravvisabile una identità normativo-sociale, ossia nell'ipotesi in cui le varie (dal punto di vista naturale) azioni esprimono un disvalore penale omogeneo, potendo quindi essere considerate unitariamente (dal punto di vista normativo), anche se fra le rispettive norme non sussiste in astratto un rapporto logico-giuridico di specificazione.

Accanto ad una consunzione espressa indicata dagli art. 68 e 84 c.p. (concorso di circostanze e reato complesso), vi è una **consunzione ta-**

cita ottenuta attraverso l'estensione analogica delle ipotesi espresse a casi analoghi.

1.4. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale

Fra gli autori che adottano una impostazione monistica, merita particolare attenzione la posizione del MANTOVANI.

Come abbiamo visto sopra, tale autore interpreta l'art. 15 c.p. riferendolo anche ai casi di **specialità reciproca**. Tuttavia, quando le norme sono in tale peculiare rapporto, non è possibile applicare il principio di specialità, in quanto entrambe le norme sono allo stesso tempo speciali e generali l'una rispetto all'altra (e non è possibile stabilire quale delle due sia "più speciale" dell'altra). In questi casi, qualora manchi una clausola di riserva che risolva alla radice il problema, l'illustre autore suggerisce di ricorrere al superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale, dal quale discende lo stesso principio di specialità.

Il *ne bis in idem* sostanziale vieta di addossare allo stesso soggetto più volte lo stesso fatto, e porta ad affermare l'apparenza del concorso in tutti i casi di specialità reciproca (sia per specificazione che per aggiunta).

Peraltro, a differenza dei principi di sussidiarietà e consunzione, quello del *ne bis in idem* sostanziale è un **principio di diritto positivo**, proprio come l'omonimo principio processuale di cui agli artt. 649 e 669 c.p.p.

Il punto di partenza sono gli artt. 15, 61, 62, 84 c.p. e le clausole di riserva. Da tali dati normativi viene tratto il principio in esame il quale, in quanto regolare e non eccezionale, può essere esteso analogicamente anche ai casi di specialità reciproca, attesa l'identità di *ratio* e il *favor rei*.

Secondo questa dottrina, quindi, il **concorso di reati** potrebbe sussistere solo qualora:

- 1) le fattispecie si trovino in rapporto di interferenza, ossia coincidano soltanto per la condotta: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di violenza sessuale *ex art. 609-bis* e di incesto *ex art. 564 c.p.*, che hanno in comune solamente la condotta di congiunzione carnale che, peraltro, di per sé non rappresenta condotta penalmente rilevante;

- 2) le fattispecie si trovino in rapporto di eterogeneità, ossia nessuno degli elementi strutturali dell'una sia in alcun modo ravvisabile nell'altra e viceversa: si pensi, ad esempio, all'appropriazione indebita e alla rissa;
- 3) le fattispecie si trovino in rapporto di incompatibilità, ossia prevedano elementi strutturali che si escludono reciprocamente: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di furto ex art. 624 c.p. e di appropriazione indebita ex art. 646 c.p. Infatti, se in base alla prima fattispecie l'agente non deve avere il possesso della cosa mobile altrui (*s'impossessa* dice l'art. 624 c.p.), nella seconda il soggetto agente deve essere, a qualsiasi titolo, già in possesso del denaro o della cosa mobile altrui (*abbia, a qualsiasi titolo, il possesso* dice l'art. 646 c.p.).



1.5. QUESTIONI RILEVANTI

1.5.1. I criteri seguiti dalla giurisprudenza per risolvere il problema dell'apparenza o meno di un concorso di norme

Quesito

Quali sono i criteri seguiti dalla giurisprudenza per risolvere il problema dell'apparenza o meno di un concorso di norme?

Per quanto riguarda la giurisprudenza, l'adesione o meno alla teoria pluralistica e ai relativi criteri di valore per risolvere il problema dell'apparenza o meno di un concorso di norme ha subito varie oscillazioni.

L'adesione alla **concezione pluralistica** vi è stata con una pronuncia del 2001 (**Cass. Pen., Sez. Un., 28/03/2001, n. 22902**), nella quale viene riconosciuto come ammissibile e legittimo il ricorso al criterio della consunzione, ritenendo che il concorso di norme sia apparente ogni volta in cui l'applicazione della sola norma che prevede la pena più grave esaurisce l'intero disvalore del fatto.

Nel 2005 i giudici di legittimità ritornano sul tema (**Cass. Pen., Sez. Un., 20/12/2005, n. 47164**) ripudiando *expressis verbis* i criteri diversi da quello legislativo di specialità, in quanto il loro accoglimento sarebbe

in contrasto sia col **principio di legalità**, mancando per essi qualsiasi fondamento normativo, sia col **principio di tassatività**, rimettendo ad incontrollabili valutazioni intuitive del giudicante l'applicazione della norma.

A distanza di pochi mesi, la Corte di Cassazione è nuovamente ritornata sui suoi passi (**Cass. Pen., Sez. I, 2/03/2006, n. 7629**) ammettendo sia il criterio di **sussidiarietà** che quello di **consunzione** e riconducendo entrambi al superiore principio del **ne bis in idem sostanziale**.

In realtà, le distanze tra quest'ultima pronuncia e l'arresto del 2005 sono minori di quello che potrebbe sembrare a prima vista, in quanto l'ammissione dei principi di sussidiarietà e consunzione non deriva da un'apertura a criteri di valore extralegislativi in contrasto con la legalità che deve informare l'ordinamento penale, ma dalla ricognizione di un fondamento normativo degli stessi nel superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale estrapolato dall'art. 15 c.p.

In definitiva, il contrasto tra le due pronunce si riduce al problema dell'ammissibilità o meno del *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento e tal riguardo diventano decisamente attuali le teorie sostenute da una illustre dottrina di cui parlerà infra.

A fronte di un quadro giurisprudenziale ancora incerto, le **Sezioni Unite**, occupandosi dei rapporti tra i delitti di frode fiscale previsti dal d.lgs. n. 74/2000 e la truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, co. 2, n. 1, c.p.), hanno confermato l'atteggiamento di chiusura verso criteri di delimitazione dell'ambito del concorso apparente diversi da quello di specialità, ritenendolo l'unico compatibile con il principio di legalità (**Cass. Pen., Sez. Un., 19/01/2011, n. 1235**). In questa pronuncia la Suprema Corte ha arricchito i parametri normativi sulla base dei quali ha giustificato la propria presa di posizione, ritendendo che una simile soluzione sia anche l'unica compatibile alla luce del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, a fronte delle incertezze applicative che inevitabilmente comporterebbe l'apertura ai criteri di consunzione e sussidiarietà.

In seguito, la Suprema Corte ha osservato che i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, perché si riferiscono solo a casi determinati, non generalizzabili, in quanto i giudizi di valore che essi richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il princi-