

**CONCORSO DI NORME E *NE BIS IN IDEM*: UNA RIMEDITAZIONE SUL PROBLEMA, ALLA LUCE DEL VOLUME DI MARCO SCOLETTA (*IDEM CRIMEN. DAL “FATTO” AL “TIPO” NEL CONCORSO APPARENTE DI NORME PENALI, TORINO, 2023*)**

di Giovannangelo De Francesco

Sommario: 1. Il concorso di norme e il *ne bis in idem*: la fine dell'oblio. Le critiche alle teorie 'strutturali' e la legalità penale. – 2. Il significato del criterio di specialità. Il problema della specialità reciproca. – 3. Strutture normative e dimensioni assiologiche; promemoria sulle clausole di riserva. – 4. Il contributo di Marco Scoletta all'individuazione dello 'statuto costituzionale' e delle differenti basi dommatiche dei due profili, sostanziale e processuale, del *ne bis in idem*: prime osservazioni. Gli incerti confini della preclusione processuale. – 5. La proposta di Scoletta: unità naturalistica del fatto nel *ne bis in idem* processuale e criteriologia normativa – anche in presenza di più fatti – nella configurazione del concorso apparente. Riverberi sul terreno processuale. – 6. *Excursus* dell'Autore sugli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali; al netto delle diverse opinioni, un metodo 'sincretistico' su cui riflettere. – 7. Un nuovo percorso: strutture normative, fatto in concreto, aperture valutative 'al servizio' della ricostruzione delle basi assiologiche poste a fondamento dell'*idem crimen*. Il c.d. 'tipo criminoso' quale chiave di lettura dell'unificazione 'sostanziale' dei fatti in concorso. – 8. Un'opera scientificamente rigorosa e densa di suggestioni ermeneutiche. Rilievi di sintesi sul *ne bis in idem* processuale e sull'importanza di una strategia 'di parte speciale' nella definizione dell'ambito e delle tipologie del concorso apparente.

1. Accanto ad argomenti che non hanno conosciuto significative 'parentesi', per così dire, nell'attenzione ad essi dedicata da parte della dottrina penalistica, ve ne sono altri, i quali, viceversa, hanno vissuto periodi di sia pur relativa 'quiescenza' nel panorama della produzione scientifica e delle proposte di rinnovamento del sistema. A condividere quest'ultima esperienza sono state – sia pure per ragioni diverse – tematiche come quelle, ad es., dei limiti spaziali della legge penale e della cooperazione giudiziaria, da un lato, e dell'unità e pluralità di reati, dall'altro. Problemi come quelli relativi alle 'norme di diritto penale internazionale', alla disciplina dell'estradizione, al principio del *ne bis in idem* nei rapporti interstatuali, venivano invero considerati (ad onta di una risalente e cospicua letteratura) meno 'attraenti' rispetto alle questioni relative alla riforma del sistema sanzionatorio e alle scelte di criminalizzazione; a sua volta, il concorso di norme e di reati, così come il connesso principio del *ne bis in idem*

sostanziale, sembravano argomenti gravati da un eccessivo ‘tecnicismo’ nella definizione delle basi concettuali della materia, appena temperato dai tentativi di affiancarvi criteri di apprezzamento a carattere ‘valutativo’, sulla scia, non di rado, delle esperienze di altri Paesi (emblematico l’esempio della Germania) ritenute maggiormente in linea con la ‘giustizia’ del caso concreto, complice anche la rinuncia ad una ‘positivizzazione’ delle regole dedicate al concorso apparente tra fattispecie penali.

Ma – come si usa dire – ‘il tempo è galantuomo’. Indagini pionieristiche come quelle, ad es., di Ferrando Mantovani e di Mario Chiavario – variamente dedicate alle tematiche in oggetto – avevano lasciato un segno indelebile anche in vista delle prospettive future delle elaborazioni in materia. E difatti, anche su impulso della crescente influenza indotta dalle fonti europee, nonché degli scottanti interrogativi posti dalla prassi applicativa – resi vieppiù difficili ed impervi dall’incedere tumultuoso di una legislazione onnipervasiva – si è assistito, non soltanto ad uno sviluppo imponente degli studi inerenti al profilo sovranazionale e interstatuale (né si dimentichi la disciplina dei crimini internazionali) del diritto penale, ma anche – sovente in correlazione con questo – ad un *revival* a tutto campo del dibattito concernente la rilevanza del *ne bis in idem* sostanziale nel quadro del rapporto problematico tra concorso di norme e di reati.

Non sempre, per la verità, alla diffusione di tali contributi ha corrisposto uno sguardo sereno ed equilibrato – come quello che invece traspare dalla recente indagine di Marco Scoletta - delle molte questioni che si addensano sulla tormentata materia. In particolare, e soffermando adesso l’attenzione sull’individuazione dei confini tra unità e pluralità di qualificazioni penali, si è non di rado manifestato un atteggiamento fortemente critico nei confronti delle tesi favorevoli a privilegiare un approccio di tipo strutturale, in quanto tale fondato sull’analisi dei requisiti caratterizzanti il modello legale delle figure di reato coinvolte nel giudizio di convergenza.

Una simile opinione – per quanto mossa dall’apprezzabile intento di mitigare il livello delle sanzioni – sembra tuttavia prestare il fianco ad obiezioni di non poco momento: in particolare, appare ben difficile rassegnarsi all’idea che l’osservanza del principio supremo di legalità penale possa rischiare di perdere, in questo settore, il suo ruolo di fondamentale criterio direttivo circa la definizione dell’ambito di rilevanza delle fattispecie incriminatrici. Un principio, peraltro, che, com’è ben noto, postula come suo immediato corollario l’esigenza – singolarmente trascurata dagli stessi autori

che, a prescindere dalla materia *de qua*, ne proclamano il valore assoluto – di garantire la ‘determinatezza’ delle valutazioni penali, in linea con l’obiettivo di prevenire soluzioni incompatibili con il ‘riparto’ di ruoli (funzionale alla stessa uguaglianza nel trattamento penale) tra legislatore e giudice. Ma tant’è: il confronto tra norme condotto su basi strutturali sarebbe irrimediabilmente viziato – questo l’addebito che gli viene rivolto – da un formalismo ‘legalistico’ incapace di calarsi nelle prospettive teleologiche cui il giudizio circa la sostanza dei fenomeni da valutare (e nello specifico l’apprezzamento circa l’unità o pluralità degli illeciti) dovrebbe venire ad ispirarsi. Ed una critica siffatta viene a spingersi, addirittura, fino al punto di arrivare a mettere in discussione la stessa capacità denotativa del richiamo al paradigma della ‘specialità’, in quanto pur esso debitore di una logica puramente ‘descrittiva’ figlia di una tradizione positivista avara di contenuti assiologici.

2. Se ben si guarda, simili prese di posizione appaiono tuttavia inficcate da alcune incomprensioni in merito ai problemi implicati dalla materia considerata. A tale proposito, sembra difficile negare come, nonostante la ricerca di percorsi alternativi nell’impostazione del problema, si sia finito col trascurare proprio l’aspetto di maggior rilievo nell’ottica di un progetto di razionalizzazione dei presupposti per poter definire il concorso; in particolare, desta stupore la circostanza che nel mondo penalistico attuale – così aperto e sensibile verso i problemi di politica legislativa, e di politica criminale, in particolare – non venga, nel caso di specie, sufficientemente avvertito come le questioni di cui si discute richiedano di venire affrontate promuovendo una più efficace linea d’intervento, sotto il profilo delle scelte e delle tecniche di tutela, nel forgiare e selezionare i modelli normativi.

Mai come nel nostro settore, è invero importante sottolineare come la configurazione delle fattispecie di reato, una volta collocata all’interno di un disegno razionale e coerente di politica (e di tecnica) della legislazione, venga necessariamente a riflettersi sul livello qualitativo della soluzione normativa che in esse si esprime, facendo sì che quest’ultima sia destinata a rivelare un puntuale nesso di corrispondenza tra la formula normativa ed i contenuti di valore posti a fondamento dell’incriminazione. Ne deriva - ed ecco l’aspetto centrale della questione - che l’attuale scetticismo (o parziale disinteresse) circa il valore euristico del parametro della specialità si traduce, da tale angolo visuale, in un atteggiamento radicalmente antitetico rispetto a quello che dovrebbe invece presiedere al sistema normativo e alle

relative soluzioni sul piano ermeneutico. Il problema, in realtà, come non è difficile comprendere, dipende tutto dalla natura e dalla 'consistenza', per così dire, del fenomeno racchiuso nella previsione di un elemento (e di una fattispecie) speciale. In altri termini, è sufficiente una sia pur limitata conoscenza della storia delle codificazioni per convincersi del fatto che la presenza di elementi speciali – ove non tragga origine (come si avrà modo di ribadire) da un casuale affastellamento di fattispecie sotto la spinta di un'ansia repressiva priva di misura, e non di rado di un'effettiva necessità – appaia indubbiamente conforme anche (ed anzi, soprattutto) alle esigenze fondamentali che sottostanno al nostro ambito di valutazioni.

Già lo stesso fatto tipico denota all'evidenza un carattere 'speciale' (almeno nella maggior parte dei casi) rispetto al più ampio territorio dell'illecito o, come si è anche detto, dell' 'ingiusto': la sua vocazione frammentaria e necessariamente selettiva comporta, in altri termini, la conseguenza di dover identificare in esso un perimetro più circoscritto – 'speciale', appunto – rispetto alle valutazioni d'insieme che l'ordinamento abbia eventualmente operato nel segnare la linea di discriminare tra ciò che è permesso e ciò che non deve ritenersi consentito. D'altra parte, non è difficile accorgersi come la dimensione speciale insita nel 'tipo' di illecito non impedisca tuttavia di attribuire alla fattispecie che, nell'incarnarla, abbia segnato l' 'ingresso' del divieto nel nostro settore disciplinare, un ruolo ed una funzione, all'interno di tale settore, non più speciale, bensì, questa volta, necessariamente comune e 'generale' rispetto ad altre ipotesi criminose più 'specificamente' connotate. Figure di reato come, ad es., il furto, l'appropriazione indebita, l'omicidio, il sequestro di persona, l'associazione per delinquere comune, rappresentano il primo *step* delle valutazioni penali concernenti determinati tipi di interessi propri dei singoli o della comunità; mentre, a loro volta 'speciali' rispetto ad esse dovranno considerarsi, per proseguire negli esempi, il furto con violazione di domicilio, il peculato, l'omicidio del consenziente, il sequestro estorsivo, particolari tipologie di associazione con fini illeciti.

Nessuna novità, si potrebbe soggiungere; ma quel che preme sottolineare è la circostanza che il profilo strutturale e funzionale della specialità si presenta, in tutti i casi ricordati (ed in altri ancora, che sarebbe un fuor luogo menzionare) strettamente collegato all'obiettivo di diversificare il regime penale alla luce del disvalore, più o meno elevato, di determinate forme di aggressione agli interessi protetti; e tutto ciò a prescindere, ovviamente, da possibili mutamenti nella coscienza sociale circa il

rapporto tra i livelli di gravità delle fattispecie, e dai connessi interventi da parte del legislatore che abbia ritenuto di doversi adeguare a simili sviluppi.

Insomma, e per dirla in breve: la specialità identifica un modello di tecnica normativa che, come dovrebbe sempre accadere, richiede la presenza di motivazioni sostanziali in grado di giustificare la sua funzione denotativa dei contenuti dell'illecito e dei relativi profili differenziali. A dover essere censurata è piuttosto la tendenza a farne un uso smodato (si pensi all'arcipelago dei reati in materia economica, alla proliferazione di figure di reato contro la personalità individuale, all'immane coacervo delle fattispecie di falso, al nugolo di reati connessi alla criminalità organizzata, alle fattispecie a tutela della *privacy* latamente intesa, e così via dicendo), sovente foriero di interrogativi pressoché insolubili, ora dal punto di vista dei rapporti formali, ora sotto quello dei profili teleologici e politico-criminali, concernenti le previsioni normative potenzialmente concorrenti.

Ma v'è di più. È ben noto come il nostro sistema conosca la presenza, in una misura assai più ampia rispetto alla specialità unilaterale, del fenomeno della c.d. specialità bilaterale o reciproca tra le fattispecie incriminatrici (od anche circostanziali). Un fenomeno che ha fornito un'ulteriore occasione per contestare la scelta – presente nell'ambito delle teorie 'strutturali' – di inserirlo all'interno delle dinamiche del concorso apparente sulla base delle regole espressamente stabilite dal nostro ordinamento penale. Simili ipotesi – questa la sostanza dell'indirizzo contrario alle suddette teorie – dovrebbero, piuttosto, venire inquadrare, assieme ad ulteriori fenomenologie di rapporti tra fattispecie (variamente denominati: antefatto e postfatto non punibili, reato progressivo, progressione criminosa) in una dimensione essenzialmente 'valutativa', come tale distinta da una logica puramente strutturale; di qui, l'esigenza di fare ricorso a categorie diverse dalla specialità, quali la sussidiarietà e la consunzione, ritenute in grado di affiancarsi ai criteri logico-formali, sì da poter giustificare, se del caso, un più ampio riconoscimento dell'apparenza del concorso.

A tale riguardo – ed ancora una volta – si rendono tuttavia necessarie alcune brevi puntualizzazioni. Già in tempi ormai lontani avevamo avvertito come il fenomeno della specialità reciproca – ancor più di quanto non accada per l'introduzione di fattispecie unilateralmente speciali prive di una reale legittimazione – rappresenti una grave patologia della nostra legislazione penale. Esso deriva, in effetti, dalla duplice circostanza dell'immissione a getto continuo di nuove ipotesi di reato e dall'adozione di una tecnica normativa ispirata ad un metodo 'casistico' nella descrizione dei relativi

elementi costitutivi: in un simile contesto, per vero, l'eventualità che le figure di reato – sovrabbondanti nel numero e infarcite di elementi di dettaglio – finiscano col rivelarsi reciprocamente (e sia pure in parte) differenziate configura, non già un'eccezione, quanto piuttosto un esito di gran lunga prevalente. Ed è proprio per questa ragione che l'interprete, nel timore di lasciare in balia della giurisprudenza la definizione della natura del concorso (se apparente o meno) tra le disposizioni coinvolte, non può non avvertire lo stimolo a ricercare una base normativa – *in primis*, lo stesso art. 15 c.p. – per 'governare' un fenomeno altrimenti destinato a dar luogo a sviluppi incontrollabili: il che spiega, per l'appunto, alcuni tentativi (anche da parte di scrive) di valorizzare il significato della nozione di 'stessa materia', nonché del richiamo alle 'leggi' (oltre che alle disposizioni), e al tenore dell'inciso finale della suddetta previsione generale.

3. Tutto ciò, beninteso, non deve far supporre che la consapevolezza del carattere anomalo di una 'doppia' specialità sia rimasta – presso gli esponenti delle teorie strutturali - priva di qualsiasi influenza sul progetto di limitare pur sempre la rilevanza in concreto dei casi ('strutturalmente' tali) di vero e proprio concorso di reati. Nell'indagine poc'anzi menzionata (si perdoni l'insistenza) si era infatti ipotizzato che in un vasto novero di fattispecie in rapporto di specialità (nella nostra ottica, in forma di 'aggiunta' di requisiti bilateralmente speciali), altrimenti suscettibili di dar vita ad un concorso formale, la sostanziale omogeneità del corrispondente disvalore avesse spinto il legislatore, già all'interno del codice, ad adottare un criterio di 'assorbimento' mediante il ricorso allo strumento delle c.d. 'clausole di riserva', introducendo in tal modo una soluzione derogatoria (tutt'altro che infrequente) rispetto al regime del concorso di reati. E il fatto stesso di aver caldeggiato una simile percorso ermeneutico mostrava dunque il chiaro intento di accordare ampio spazio ai profili assiologico-valutativi nell'ambito delle disciplina del concorso: o, se si vuole, una scelta programmaticamente rivolta a garantire, nei limiti del possibile, il rispetto del canone del *ne bis in idem* sostanziale, 'fondendo' insieme, per così dire, il dato legale delle previsioni in materia con quello dei risvolti sul piano sostanziale degli effetti del concorso.

Una soluzione contraddittoria rispetto alle premesse 'strutturali'? Un'implicita sconfessione delle medesime? Un arbitrario 'sincretismo' nel voler far convivere tra loro il rigore oggettivo delle regole e il pungolo di un ineludibile 'sentimento' di

giustizia? Un chiarimento s'impone, confortato dall'evidenza dei dati disponibili: le clausole di riserva s'inseriscono a pieno titolo nella fenomenologia dei collegamenti tra fattispecie, onde sarebbe impossibile prescindere nel quadro della verifica circa il concorso tra le medesime; e se dunque esse stabiliscono l'applicazione di una sola norma, è allora inevitabile concludere che il 'fatto' oggetto della riserva debba essere punito una sola volta. Vero è che la soluzione limitatrice del concorso formale veniva ad emergere da una lettura di dette clausole ispirata ad un'interpretazione in chiave teleologica, come tale finalizzata a riconoscerne e valorizzarne l'attitudine a svolgere dei ruoli non sempre omogenei, in funzione del differente modo di atteggiarsi della relazione tra le fattispecie di volta in volta evocata dal richiamo al 'fatto' operato dalla clausola. Ma è altrettanto vero, tuttavia, come, anche in questa materia, un ruolo indispensabile non possa non competere, per l'appunto, alla stessa attività interpretativa (in tutte le sue forme e potenzialità ad esse immanenti) se non si vuole negare alle concezioni c.d. strutturali – col malcelato intento di delegittimarle – la capacità, per loro stessa natura, di avvalersi delle risorse offerte dalla ricostruzione ermeneutica dei testi e dei 'contesti' interessati da un fenomeno così variegato e complesso come quello che il sapiente contributo di Marco Scoletta ci ha spinto in questa sede a riesaminare.

Prima di rivolgere un breve sguardo alla meritoria indagine del Nostro, un ultimo profilo, anch'esso collegato alle predette clausole di riserva (anche di quelle riguardanti talora il concorso tra illeciti penali e amministrativi), deve essere, tuttavia, sinteticamente rievocato in questa sede. Ci si interroga sovente sul significato delle formule dirette a far 'salva' l'applicazione della norma (o delle norme) oggetto del rinvio: e la risposta – sia pure in termini problematici – implica di frequente la rassegnata presa d'atto della necessità di postulare un concorso (per lo più formale) tra le fattispecie poste a confronto. A parte, tuttavia, la difficoltà di ammettere l'esistenza di un legame di tali clausole - quando le norme (entrambe) penali appaiano insistere su di una 'stessa materia'- con l'inciso finale dell' art. 15 c.p. (che sarebbe assurdo conduca a postulare un concorso di reati, perfino in presenza di una specialità unilaterale) è necessario ricordare come, da oltre un quarantennio, sia stato dimostrato dalla dottrina, *in primis* da Tullio Padovani, come la suddetta locuzione, al pari di altre sostanzialmente affini, rappresenti esclusivamente un' impropria "variante linguistica" delle formule più note e diffuse; se si fosse attribuita maggiore rilevanza all'impostazione ora ricordata (e senza voler ignorare ulteriori contributi e spunti di

approfondimento), il lavoro interpretativo riguardante una serie di clausole di riserva di più recente introduzione avrebbe forse potuto condurre a risultati meno ambigui e polivalenti.

4. Alla luce dei rilievi che precedono, è possibile adesso valutare in maniera più penetrante le coordinate fondamentali dell'indagine di Marco Scoletta in merito alla fisionomia di quella nozione di *idem crimen* cui l'Autore mira ad attribuire un significato rigoroso a confronto di più sfuggenti declinazioni dei contenuti del *ne bis in idem*. Ed in proposito, un primo pregio dell'opera si coglie nel fatto che l'autore evita di lasciarsi sedurre dalle lusinghe e dalle suggestioni di categorie esplicative assurde col tempo ad un piano di rilevanza 'globale' e virtualmente illimitato rispetto ai pur diversi settori e contesti problematici che interessano la nostra disciplina. In particolare, del tutto condivisibile appare la scelta di confutare l'idea che il criterio della 'proporzione', malgrado la sua rilevanza, possa rappresentare un'immediata chiave di lettura nella soluzione delle questioni esaminate; in effetti, un'idea del genere si espone all'obiezione insuperabile di 'invertire' sostanzialmente i termini del problema, non appena si consideri – per usare le sue stesse parole – che “la proporzione o sproporzione del trattamento punitivo....può essere ragionevolmente predicata solo in ragione di un parametro normativo che “giustifichi” o meno “la qualificazione giuridica multipla del fatto”, con la conseguenza evidente che “il giudizio.....sull'apparenza del concorso” – o, se si vuole, in merito all'osservanza del *ne bis in idem* - non potrà che precedere e condizionare quello sulla “proporzionalità” della sanzione di volta in volta applicabile. Un ulteriore sviluppo di tale impostazione si coglie nella parte dedicata alla ricerca del fondamento costituzionale del *ne bis in idem* sostanziale: dove l'Autore, sollecitato anche da esperienze proprie di altri ordinamenti, si premura di chiarire come l'insieme delle garanzie costituzionali invocate (artt. 2, 3, 13, 25, 27 Cost.) si riveli in grado di additare una serie di parametri (concernenti essenzialmente l'apprezzamento del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto) che, nel postulare il riconoscimento di un contenuto omogeneo alla base dell'illecito, dovranno allora tradursi in una disciplina penale 'proporzionata' a tale riconoscimento.

Completa il quadro la ricerca delle differenze tra *ne bis* sostanziale e processuale, in merito alle quali – con la riserva di tornare sull'argomento – interessa particolarmente il confronto problematico con l'esperienza delle Corti europee, considerata, tra l'altro,



la crescente influenza che su queste, per quanto impegnate nel tracciare limiti al ‘concorso’ tra procedimenti (penali e relativi ad illeciti amministrativi) ha esercitato il suddetto limite della proporzionalità.

Ebbene, il nostro Autore mostra anche qui il suo spirito selettivo, osservando come, a voler seguire le tendenze europee, la proporzione – non più invocata nei rapporti tra distinti procedimenti – rischierebbe di legittimare un ricorso incontrollato all’istituto del concorso di reati, confinando il rispetto (od almeno, il tentativo di rispettare) il limite dell’*idem factum* sul terreno della sola proporzione in concreto del ‘cumulo punitivo’ coltivata in sede di commisurazione della pena. Un simile rilievo, tra i molti altri formulati dal Nostro, si rivela significativo anche per porre in guardia – come l’Autore non manca di fare (in accordo con alcuni scritti coevi) – contro la tendenza a ‘semplificare’, per così dire, la tematica del concorso apparente, mediante la ‘trasposizione’ al suo interno delle nozioni elaborate in sede europea; nozioni indubbiamente permeate (in verità, sempre meno.....) da forte spirito garantistico, ma che rischiano di produrre conseguenze fuorvianti nella materia in esame. In effetti, come anche altri ha osservato in implicita consonanza con le opinioni del Nostro, la tendenza in questione comporta il rischio, anche a causa dell’incerta connotazione del requisito europeo dell’*idem factum* e della sua vocazione estensiva, di eludere un problema centrale come quella inerente al rapporto tra concorso apparente e concorso formale, grazie alla sopravvalutazione del dato puramente naturalistico a scapito dell’esame del disvalore ‘tipico’ dei modelli di illecito posti a confronto.

Per parte nostra, ci sentiamo di aggiungere come – al di là della ‘commistione’ tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale (sotto il vessillo della ‘proporzionalità’) nelle vicende c.d. ‘biprocedimentali’ – la stessa costruzione della nozione di ‘fatto’ valevole in sede processuale si accompagni talvolta ad alcuni punti interrogativi, sia in sede sovranazionale, sia all’interno del nostro stesso ordinamento. Resterebbe invero da domandarsi quale preciso significato debba essere attribuito (in linea con lo stesso orientamento della Corte costituzionale) alla sola consistenza ‘storico-naturalistica’ del fatto, a prescindere dalla sua ‘qualificazione giuridica’; invero, oltre all’importante rilievo – acutamente riproposto – secondo il quale il dato naturalistico si coglie pur sempre alla stregua di una corrispondente qualificazione giuridica, si deve notare come anche in merito a quest’ultima si registrino differenti impostazioni circa i termini della sua rilevanza (esemplare il caso della correlazione tra accusa e sentenza a confronto con la preclusione processuale del giudicato). Per non parlare poi del fatto che, a

proposito del divieto di cui all'art. 649 c.p., resta tuttora dibattuta (ed evocata dalla stessa giurisprudenza costituzionale) la questione se in relazione ad esso debba o meno assumere rilevanza la sola condotta, od anche il rapporto di causalità e l'evento che ne derivi. Un dibattito, quest'ultimo, dai confini talora nebulosi, e che riteniamo, peraltro, tuttora influenzato dalle categorie del c.d. diritto penale classico, per lo più dominato da reati d'evento e/o dall'idea, spiegabile alla luce di tale predominio, che tutti i reati lo debbano avere. Forse, in un'ottica di maggiore attualità si dovrebbe invece tener conto della circostanza che, ad es., nei rapporti tra un reato di mera condotta ed un reato d'evento (tipica la ben nota problematica, conosciuta anche il sede europea, dei rapporti tra violazioni stradali ed omicidio o lesioni colpose) le condotte dovrebbero, già esse stesse, essere ritenute fundamentalmente eterogenee, in quanto l'una 'acausale' (priva cioè della sua direzione verso un evento), l'altra invece causale, e dunque, come tale, dotata di una dimensione autonoma rispetto alla prima.

Ma è tuttavia innegabile che le difficoltà siano destinate a ripresentarsi nel settore contiguo del concorso formale omogeneo con pluralità di eventi. Al proposito, si ritiene generalmente che la preclusione non possa operare, anche se le motivazioni addotte non appaiono sempre convergenti: affermandosi da taluno che la condotta debba venire 'integrata' dal richiamo all'oggetto materiale, e da altri che, di fronte a una pluralità di eventi, anche la condotta causalmente rilevante non possa che risentire di un legame destinato a reiterarsi per ciascuno di essi. Né può infine dimenticarsi che proprio nel contesto in esame ha fatto breccia la tendenza, dianzi richiamata, a postulare la rilevanza di elementi ulteriori rispetto alla condotta, ossia, per l'appunto, il nesso causale e l'evento costitutivo dell'offesa.

Ancor più accese sono poi le controversie in merito al concorso formale eterogeneo tra reati di pura condotta: dove riceve maggior credito l'opinione secondo la quale tale forma di concorso dovrebbe tradursi, in sede processuale, nel riconoscimento della preclusione ad un nuovo giudizio. Così, pur di fronte alla possibile obiezione in base alla quale – per citare un caso emblematico – l'uso della violenza o della minaccia verrebbe ad identificare un profilo della condotta ulteriore rispetto a quello del rapporto sessuale (di carattere incestuoso) oggetto di un precedente giudizio, si sottolinea come in sede processuale viga da tempo il principio alla cui stregua il giudicato è destinato a coprire 'il dedotto e il deducibile', non potendosi dunque procedere a valutare *ex novo* una circostanza suscettibile di venire già considerata all'interno del primo procedimento. Peraltro, è significativo notare come, tra coloro

che negano l'esistenza della preclusione, figurino studiosi di diritto sia sostanziale che processuale, variamente impegnati a definire i requisiti volti a comporre la c.d. 'fattispecie giudiziale', sul presupposto che il ricorso a tale specifico modello si riveli maggiormente compatibile con l'oggetto della *res iudicata*, evitandone arbitrarie dilatazioni.

Le perduranti incertezze concernenti lo stesso *ne bis in idem* processuale non si limitano, peraltro, alla casistica finora considerata. Ne fa fede il ciclico riproporsi di interrogativi riguardanti il regime da adottare in una serie di ipotesi – norme penali a più fattispecie, antefatto e postfatto non punibili, progressione criminosa – nelle quali alle tendenze di una parte della dottrina (sovente ispirata alla valorizzazione del criterio della 'sussidiarietà') fa riscontro l'impegno, in sede processuale, volto a riconoscere l'operatività della preclusione, malgrado, questa volta, l'indiscutibile presenza di una pluralità di condotte, e dunque il venir meno di quello stesso presupposto che viene generalmente invocato come asse portante della garanzia sancita dal codice di rito.

Nel complesso, è difficile negare come tra i due profili del *ne bis in idem* vengano ad essere sovente riconosciuti momenti di reciproca interferenza e correlazione dialettica; il che, peraltro, non riesce a fugare la sensazione che, ad onta degli argomenti spesi per garantire la plausibilità delle conclusioni, la sintesi tra le due prospettive venga a tradursi in un evidente 'sacrificio' delle esigenze e dei contenuti fondamentali che qualificano il loro riconoscimento all'interno del sistema (gli esempi non mancano: valga l'ultimo per il *ne bis* processuale, e, per quello sostanziale, la tendenza, per quanto minoritaria, favorevole ad 'attrarre' nell'ambito del concorso apparente le ipotesi di concorso formale di reati privi di un evento).

5. Orbene, è proprio in un simile crogiuolo sistematico di opinioni circa la portata del *ne bis in idem* a livello sostanziale e processuale – al quale fa talora difetto un'adeguata percezione dei riverberi collegati alle singole proposte ermeneutiche e agli argomenti addotti per suffragarle – che viene ad inserirsi, ancora una volta, il contributo chiarificatore di Marco Scoletta.

Anche alla luce di un'analisi comparatistica sagace ed accurata (riguardante, in particolare, le esperienze costituzionali statunitense, tedesca e spagnola), l'Autore ha cura di riassumere anzitutto le esigenze via via manifestatesi all'interno di un processo di sviluppo particolarmente complesso ed articolato. In primo luogo, largamente

diffusa è la convinzione secondo la quale il *ne bis* processuale dovrebbe venire comunque riconosciuto in presenza di uno stesso fatto ‘naturalisticamente’ inteso, essendo appunto il medesimo “episodio di vita” ad incarnare la garanzia costituzionale a non vedersi sottoposti ad una pluralità di iniziative giudiziarie. In secondo luogo, tuttavia, come testimoniano le stesse esperienze proprie degli ordinamenti considerati, lo stesso *ne bis in idem* processuale è stato non di rado ‘piegato’ e finalizzato a soddisfare esigenze rilevanti anche sul piano (sostanziale) delle conseguenze penali (o comunque ‘punitive’) collegate a forme di illecito ritenute variamente affini od interferenti sul piano teleologico-valutativo. Simili acquisizioni – chiaramente illustrate nei loro passaggi fondamentali – fungono peraltro, nell’economia dell’indagine, non tanto come una chiave di lettura definitiva della tematica in oggetto, quanto piuttosto come una base di partenza per sviluppare un approccio più consapevole e culturalmente attrezzato alla definizione dell’ambito di operatività delle garanzie di cui ci stiamo occupando.

In particolare, nella prospettiva dell’Autore, il *ne bis in idem* processuale verrebbe ormai a rivestire, al di là delle ipotesi oggetto di unanime riconoscimento, un ambito di operatività suscettibile di superare i confini di una necessaria corrispondenza con quello sostanziale: ipotesi tipica il concorso formale di reati, dove ad una plurima qualificazione penale non dovrebbe tuttavia accompagnarsi (salvo il caso di una pluralità di eventi) la possibilità di procedere nuovamente a carico del medesimo autore; data la presenza di un fatto dotato di una base naturalistica fondamentale ‘inscindibile’, la ripetizione del giudizio giungerebbe invero a tradire l’interesse del soggetto in questione a non vedere nuovamente ‘considerata’ (per usare la formula del nostro codice di rito) la propria posizione in ordine ad una vicenda già valutata (o che poteva comunque esserlo) nel processo penale subito in precedenza. Per altro verso, non vi sarebbero tuttavia ragioni preclusive a ritenere che il *ne bis* sostanziale possa spingersi anche oltre i confini dell’unità naturalistica del fatto; tale ultimo requisito, sebbene dotato d’importanza primaria nell’ambito del *ne bis* processuale, non sarebbe invero funzionale all’individuazione di quella nozione di *idem crimen* che richiede invece, sul terreno del concorso apparente, il ricorso ad un parametro di valutazione di carattere propriamente giuridico-*normativo*: un parametro, la cui rilevanza sul terreno delle ‘qualificazioni’ potrebbe invero consentire (ed anzi, a determinate condizioni, postulare necessariamente) una soluzione ‘unificatrice’ al di là del paradigma della ‘convergenza’ nella sua dimensione più restrittiva, non risultando

decisiva, per negare l'apparenza del concorso, la constatata presenza di una pluralità 'fattuale' di accadimenti e di condotte pur distinte tra loro.

Prima di entrare in *medias res* – ossia all' interno dell'analisi svolta dall' Autore per illustrare i tratti caratterizzanti una simile visione sostanziale dell'*idem crimen* – è necessario nondimeno avvertire come, ad avviso del Nostro, la presenza di un fenomeno 'sostanzialmente' unitario non si riveli indifferente ai fini delle soluzioni prospettabili sul terreno della disciplina processuale. Concludendo l'indagine circa i rapporti tra 'diritto e processo' nel concorso apparente di norme penali, l'Autore addita invero un percorso, che si fa ammirare per acume sistematico e finezza argomentativa, in grado di fronteggiare possibili rischi di una surrettizia moltiplicazione delle conseguenze penali. In buona sostanza, si tratta di rendere tra loro compatibili l'eventuale riconoscimento di un *idem crimen anche* in presenza del dato 'fenomenico' di condotte distinte con l'esigenza di non reiterare la punizione, trattandosi pur sempre di un concorso apparente, in un diverso procedimento penale.

E qui il nostro Autore, muovendo dal presupposto che l'art. 649 c.p.p. esige il riscontro di un *idem factum* in senso naturalistico, suggerisce di ampliare lo sguardo oltre l'ambito di previsione di tale disposto normativo: in ciò sostenuto dal rilievo incontestabile che, nell'ottica del profilo sostanziale dell'*idem crimen*, sarebbe irragionevole considerare indifferente l'esito del primo procedimento – se, cioè, di condanna o di proscioglimento (pur) divenuti irrevocabili -. Ad esempio, una volta ammessa la non punibilità di determinate ipotesi di 'postfatto' (caso tipico la ricettazione del responsabile di un furto), il divieto di reiterare la punizione dovrebbe essere fatto risalire, non più alla preclusione da giudicato, quanto piuttosto al tenore di una disposizione come quella relativa al 'proscioglimento immediato' ex art. 129 c.p.p.: il che potrebbe tuttavia avvenire soltanto nel caso in cui, per l'appunto, nel processo anteriore sia stata pronunciata condanna, non essendo ammissibile, nella logica del sistema, postulare una soluzione analoga in caso di assoluzione relativa all' 'antefatto'. Ed una prospettiva non dissimile verrebbe altresì a profilarsi nel settore delle c.d. 'norme a più fattispecie' riguardo alle diverse forme di condotta (si pensi all'art. 616 c.p.) che in esse figurano, nel senso che l'esclusione di una risposta penale in un secondo procedimento potrebbe (e dovrebbe) venire affermata a condizione che il precedente giudizio fosse sfociato in una condanna per una delle condotte alternativamente equivalenti.

6. Una volta chiariti i rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale – e dopo averne mostrati, seguendo il tracciato proposto dall'Autore, i risvolti sistematici (solo eventualmente convergenti) sul regime delle situazioni implicate dal loro riconoscimento – è giunto finalmente il momento di approfondire il 'cuore' della tematica cui è dedicata l'opera che si commenta: ossia, per l'appunto, il fondamento, i presupposti, la fisionomia e l'ambito di estensione dei fenomeni ritenuti suscettibili di integrare il paradigma sostanziale dell' *idem crimen*.

E qui, un primo profilo rilevante dell'impostazione dell'Autore concerne un atteggiamento di fondo che non appare facilmente rinvenibile nell'attuale panorama scientifico e più latamente 'culturale'. Si ha invero l'impressione che il confronto dottrinale registri sovente l'intento primario di dimostrare l'infondatezza delle concezioni avversate, con l'effetto di far assumere alle singole indagini un andamento 'a tesi' tale da costringerle in un percorso argomentativo eccessivamente angusto e pregiudicandone in tal modo il respiro sistematico e l'orizzonte comunicativo.

Tutt'altra la direzione in cui si muove Marco Scoletta. Egli si impegna fin dall'inizio nella ricerca del 'contributo' desumibile dalle pur diverse tendenze in materia, riconoscendo in esse l'esistenza di suggestioni e di spunti ricostruttivi in grado di favorire una più ampia visione della problematica che le accomuna, e dalla quale dovrà infine scaturire una soluzione, se non definitiva, quanto meno coerente al suo interno e funzionale alle esigenze della prassi. Così, ad es., alle c.d. teorie strutturali viene riconosciuto, da un lato, rigore metodologico e solidità di argomentazioni, dall'altro la capacità di evocare richiami e 'corrispondenze' con sottostanti contenuti assiologici, sia pure non adeguatamente sviluppati e programmaticamente tematizzati. Ed ancora: le tesi fondate sul 'fatto in concreto' o 'specialità in concreto', pur con il loro indubbio 'eclettismo', lasciano emergere la preoccupazione di conciliare i 'dati' normativi del sistema con le dinamiche che li vedono implicati nell' 'incontro' tra i fenomeni convergenti sul fatto destinato a racchiuderli: un fatto, a sua volta, capace di sprigionare, nella dialettica interna impressagli dalle scelte di tutela, una dimensione assiologica ancor più intensamente caratterizzante di quanto non accada nelle concezioni strutturali. Infine, le 'teorie valoriali' – ispirate ai criteri della sussidiarietà e della consunzione – ed alle quali, con le debite avvertenze, l'Autore riconosce un'importanza particolare, lascerebbero emergere una 'tensione ermeneutica', per così dire, che, una volta incanalata pur sempre entro i binari delle 'relazioni tra norme' (e dunque rese immuni dal rischio potenziale di derive soggettivistiche logicamente

incontrollabili), si presterebbero ad offrire le basi di riferimento per la costruzione di un' "area di tipicità" ragionevolmente ampia e sufficientemente 'inclusiva'. Si potrebbe aggiungere, per ricorrere ad una metafora, che l'Autore, nel valorizzare gli aspetti più fecondi delle concezioni in esame, mostri di guardare ad esse come altrettanti 'luoghi' di un viaggio ideale, dei quali serbare una traccia, un segno, una 'reminiscenza' in grado di trasmettere il 'senso' dell'esperienza acquisita e di farla filtrare, con spirito costruttivo, nel proprio bagaglio culturale e nelle risorse ermeneutiche che vi si trovano racchiuse.

Certo: un simile viaggio è ben lungi dall'apparire tranquillo e riposante. In primo luogo, tutt'altro che agevole è il compito di doversi orientare in una selva di opinioni diverse *già all'interno* delle singole visioni sistematiche (strutturali, valoriali, ispirate al fatto in concreto) ormai più volte richiamate. Un compito che, per quanto in certa misura ravvisabile anche nell'ambito di altri contesti normativi, viene ad assumere nel nostro caso delle proporzioni particolarmente accentuate, complice anche la possibilità di molteplici 'combinazioni' tra le forme d'illecito via via riscontrabili nell'esperienza applicativa, e di conseguenza anche di più frequenti occasioni per procedere ad 'aggiustamenti', ritocchi, affinamenti dei percorsi volti a legittimare determinati modelli ermeneutici.

Ma v'è di più. E' merito dell' Autore l'aver intrapreso un'analisi amplissima e dettagliata della giurisprudenza penale in materia di concorso di norme al fine – per dirla con le sue parole – di “testare l'impatto concreto dell'elaborazione dottrinale, individuare le cause” di una situazione di “altalenante funzionalità prima di proporre correttivi, soluzioni alternative, o semplicemente riproporre in modo più convincente e metodologicamente più chiaro teorie elaborate e non correttamente recepite dalla prassi”. L'attenzione viene essenzialmente rivolta alle pronunce delle Sezioni unite: un florilegio di vicende giudiziarie – in materia di truffa e reati tributari, truffa e reati di falso, porto d' armi clandestino e illegale, appropriazione indebita o truffa e bancarotta, frode, malversazione e indebita percezione di risorse, saccheggio e reati contro il patrimonio, commercio di sostanze dopanti, ricettazione e somministrazione di medicinali pericolosi, omicidio e atti persecutori, omessa corresponsione dell' IVA e omessi versamenti periodici, furto ed estrazione abusiva di arena, sottrazione di cose sequestrate e circolazione abusiva di veicolo, e molte altre ancora – viene sottoposto ad una verifica sottile e penetrante delle premesse, degli snodi argomentativi, delle soluzioni finali di volta in volta prospettate da quel Supremo Consesso: senza

trascurare, altresì, le molteplici 'letture' che di tali vicende hanno offerto numerosi e qualificati studiosi che, nel commentarle, ne hanno tratto motivi per ulteriori riflessioni, talora accompagnati da una censura più o meno radicale, ora delle conclusioni, ora del relativo apparato motivazionale.

Il risultato di una simile indagine appare al Nostro, se non del tutto inatteso, quanto meno singolare e certamente meritevole di approfondimento. Anzitutto, è difficile negare come la giurisprudenza venga, almeno di preferenza, ad utilizzare in maniera 'prosmicua' le varie concezioni più volte ricordate, sotto l'influenza di una logica di tipo 'casistico' funzionale alla ricerca della soluzione maggiormente adeguata rispetto al caso concreto: con l'effetto, tuttavia, di arrivare sovente a tradire quel ruolo 'nomofilattico' che, trattandosi di pronunce a Sezioni Unite, quest'ultime dovrebbero istituzionalmente esercitare, e che invece – nota ancora l'Autore – non pare chiaramente stagliarsi “neanche sul piano delle affermazioni teoriche e di principio che dovrebbero costituire la piattaforma comune dell'argomentazione giudiziaria”. Vero è che, pur non presentando un'evoluzione “diacronica” – tale, cioè, da escludere il 'ritorno' ad elaborazioni più risalenti – le stesse Sezioni Unite registrano, com'è ben noto, un più consistente avvicinamento alle soluzioni offerte dalle teorie strutturali, probabilmente anche in forza del carattere (almeno in apparenza) più rigoroso dell'itinerario logico-sistematico cui esse si affidano. E tuttavia, proprio a questo riguardo, dalla ricerca condotta 'sul campo' parrebbe emergere una scelta di fondo che, malgrado l'attenzione dedicata alle pronunce in materia, ha rischiato sovente di rimanere nell'ombra.

Lasciamo la parola all'Autore: “Ciò che la Corte pare condividere delle teorie strutturali sono soprattutto le “prospettive di risultato” – che corrispondono ai *desiderata* in termini di certezza e univocità applicativa”; mentre, “nella struttura argomentativa”, la stessa “relazione di specialità” non trova sovente “riscontro sul piano logico-formale”, denotando piuttosto un ruolo di “copertura del reale criterio decisorio, che rimane quello sostanzialistico, fondato su valutazioni assiologiche relative ai rapporti di disvalore tra fatto e diritto”, in ossequio ad un più comprensivo rapporto di “continenza” e di conseguente 'assorbimento' dell'una fattispecie nell'altra. Né appare trascurabile il legame più volte riconosciuto – quand'anche in forma implicita – con le dinamiche del 'fatto in concreto', sia ai fini di un concorso apparente, sia per poter configurare un concorso di reati: con la conseguenza di riferire anche gli estremi di quest'ultimo, non tanto ad una diversità sul piano strutturale, quanto invece



ad un rapporto di “eterogeneità naturalistica” tra i fatti sottoposti a giudizio. Ed infine, è dato talora constatare come, sia pure sotto l’usbergo del richiamo ad un rapporto di specialità o di continenza che dir si voglia, un concorso apparente venga ad essere riconosciuto persino con riguardo a figure di reato strutturalmente prive di elementi di ‘convergenza’, valorizzando, questa volta, il criterio della connessione di una serie di comportamenti con l’esplicazione di una condotta ulteriore in grado di ‘riassumerne’ la direzione sul piano teleologico, malgrado tale condotta venga ad integrare un’azione formalmente distinta da quelle che vi sono andate a confluire.

Le vicende esaminate farebbero, dunque emergere, ad un esame più attento, un profilo ben più complesso ed ‘intrigante’, a livello di tendenze di ‘politica giudiziaria’, rispetto alla sola utilizzazione in maniera promiscua, ora dell’una ora dell’altra concezione. In particolare: considerazioni ‘logico-strutturali’, apprezzamenti di carattere ‘valutativo’, riscontri relativi alla dimensione del fatto (o dei fatti) ‘in concreto’ sembrerebbero, piuttosto, destinati a ‘convivere’ (in tutto o in parte) tra loro, dando vita ad un modello di giudizio di tipo “sincretistico”, sia pur celato dietro il ricorso ad argomenti volti ad accreditare (all’interno della singola vicenda) una scelta ermeneutica (solo) apparentemente ‘unidirezionale’.

7. Quale posizione assumere nei confronti di un simile orientamento? Un dato appare difficilmente contestabile: la ‘commistione’ e sovrapposizione di piani rinvenibile nella giurisprudenza non favorisce una visione nitida e coerente dell’arsenale concettuale e dei referenti logico-giuridici mediante i quali offrire una risposta ai problemi dell’unità o pluralità di qualificazioni penali. Sembra difficile, in particolare, giustificare la tendenza, tutt’altro che infrequente, a ‘forzare’ determinate categorie, *in primis* quella della ‘specialità’, per ricomprendervi ipotesi che speciali non sono; né appare convincente invocare motivazioni assiologiche senza precisare a quali condizioni esse possano fungere da sicuri elementi di conferma dell’apparenza del concorso, come pure far leva sulle dinamiche ‘concrete’ degli accadimenti pretendendo allo stesso tempo di affermarne il fondamento normativo malgrado la scarsa attenzione dedicata ai vincoli di ‘tipicità’ postulati dal modello legale.

Lo stesso Autore mostra una chiara consapevolezza delle insufficienze e delle approssimazioni, sia nel merito che nel metodo, ravvisabili nelle vicende che hanno finora interessato la *law in action*: anche se, come si è già in precedenza accennato, egli nota ripetutamente come la stessa dottrina venga a muoversi, più o meno

esplicitamente, lungo percorsi ‘a geometria variabile’, come dimostra la presenza di profili assiologici nelle stesse concezioni strutturali, e il richiamo, viceversa, ad elementi strutturali pur nel quadro di visioni ispirate al disvalore sostanziale dei fatti in concorso (e parimenti dicasi per le altre teorie via via analizzate con paziente acribia).

Le difficoltà – ma anche gli stimoli – derivanti dal contesto complessivo delle tendenze in materia inducono quindi il nostro studioso ad elaborare una chiave di lettura del problema del concorso apparente volta a soddisfare, ad un tempo, le esigenze sistematiche e l’obiettivo di renderle compatibili con la dimensione ‘valutativa’ del giudizio sull’ *idem crimen*. Al centro dell’indagine viene a collocarsi, in particolare, la categoria fondamentale rappresentata dal c.d. ‘tipo’ di illecito: una categoria particolarmente cara al pensiero ermeneutico, e che trova ampio seguito presso un settore qualificato della dottrina penalistica, da tempo impegnato nel collegare l’esigenza della legalità e della ‘determinatezza’ delle previsioni normative alla possibilità di individuare un profilo di disvalore atto a dotare di significato e di spessore contenutistico i requisiti facenti parte del modello legale. L’idea di fondo è insomma quella di riferire la dimensione ermeneutica del *Typus* giuridico-penale all’apprezzamento dei requisiti atti ad attribuire un significato unitario all’accadimento lesivo oggetto del fenomeno ‘concorsuale’: con il corollario, per l’appunto, di escludere una pluralità di qualificazioni (e di conseguenze penali) laddove possa constatarsi l’“adeguatezza di una sola fattispecie a retribuire il completo disvalore del fatto storico, in quanto in grado di assorbire in sé quello” del reato astrattamente concorrente. Ed invero, la categoria in questione presenterebbe, a ben guardare, due fondamentali vantaggi, che ne consigliano e ne giustificano l’utilizzazione; da un lato, essa, per concorde riconoscimento, non rappresenta in alcun modo il frutto di un approccio meramente intuitivo, come tale foriero di soluzioni disparate (e sovente imprevedibili) in ragione dei differenti ‘punti di vista’ dei singoli interpreti; dall’altro lato, essa viene tuttavia a rivelarsi particolarmente sensibile – in forza del rapporto dialettico insito nel c.d. ‘circolo ermeneutico’ – al confronto del modello normativo con le dinamiche del fatto (e dei fatti) in concreto, con la conseguenza di poter ricavare da tale più ampio contesto dei profili di disvalore meritevoli di essere *pur essi* ricompresi, malgrado l’apparente rigidità della formula legale, all’interno dei contenuti di un (medesimo) ‘tipo’ criminoso.

Procedendo lungo tale direttrice, l'autore perviene, in ultima analisi, a sviluppare una linea di pensiero volta a promuovere una sorta di 'trasformazione funzionale', per così dire, dei dati emergenti dal profilo strutturale, allo scopo di farli interagire con il concreto atteggiarsi della vicenda che ha dato luogo agli illeciti corrispondenti: con l'obiettivo finale, tuttavia, di portare ad evidenza il profilo di maggiore importanza dell'intero procedimento, ossia quello consistente nella possibilità di riconoscere una sostanziale omogeneità sul piano valutativo atta a fondare i requisiti essenziali di un *idem crimen*, in conformità con le esigenze fondamentali insite nel rispetto del canone (anche costituzionale) del *ne bis in idem*.

In particolare, il confronto a livello strutturale verrebbe a rappresentare, non già un criterio 'risolutivo' del problema della convergenza apparente, quanto piuttosto un "indizio" a base formale della "possibile unità normativa del fatto" al quale dovrà tuttavia seguire "un'indagine ulteriore di "coerenza assiologica, teleologica", non meno che "sistematica", in grado di valorizzare "tutti gli interessi in gioco nella loro connessione reciproca": una connessione che, peraltro, alla luce della dimensione del fatto in concreto, farà da premessa per poter postulare quell'assorbimento tra fattispecie che già alcune tesi 'assiologicamente orientate' hanno lasciato non di rado filtrare nella tematica del concorso apparente.

La necessità di non arrestarsi di fronte alla squama formale della fattispecie legale astratta spingerebbe, d'altronde, verso un approdo ancor più esteso e 'comprensivo' della verifica dei rapporti tra i fatti concreti da valutare; non sarebbe indispensabile (come si è già accennato) neanche postulare l'esistenza di un medesimo accadimento naturalistico, né, correlativamente, una medesima condotta alla base di questo. Una pluralità di fatti sarebbe, in grado, per vero, di dar luogo pur sempre ad un concorso apparente, allorché – come si verifica nella progressione criminosa e nelle ipotesi di antefatto e postfatto 'normalmente' concatenati tra loro (e senza dimenticare il contributo esplicativo del richiamo alla c.d. *Aussenzione* di belinghiana memoria) – possa cogliersi quella "compenetrazione funzionale" tra i medesimi da cui poter desumere un disvalore 'tipologico' della vicenda tale da rendere, ancora una volta, ingiustificata una molteplicità di qualificazioni penali. Né si manca, a tale proposito, di rievocare le suggestioni derivanti dai 'classici' paradigmi della sussidiarietà e della consunzione, allo scopo di mostrarne la perdurante vitalità, e di finalizzarli (con gli opportuni 'aggiornamenti') ad una soluzione più aperta e lungimirante della problematica dell'*idem crimen*.

Nella prospettiva ‘allargata’ della connessione – ‘strumentale’ o di altro tipo – tra fatti meritevoli di un trattamento unitario, l’Autore (facendovi peraltro seguire una puntuale rimediazione critica delle pronunce a Sezioni Unite già illustrate in precedenza) giunge infine a sintetizzare il proprio pensiero nel modo seguente: “le concrete modalità di manifestazione del fatto tipico, che normalmente rilevano ‘tipicamente’ nell’ottica della graduazione della pena, possono attribuire rilevanza normativa ad elementi fattuali non presenti nella struttura legale astratta, ma che comunque entrano nel confronto con fattispecie eventualmente concorrenti ai fini del giudizio di assorbimento. Così, esemplificando: le percosse entrano tipologicamente nella fattispecie di violenza sessuale; la malversazione può entrare tipologicamente nella fattispecie di truffa ai danni dello Stato; la falsificazione del bilancio entra tipologicamente nella fattispecie di frode fiscale; una certa manipolazione del valore degli strumenti finanziari entra tipologicamente nella falsificazione dei bilanci di società quotate”; “conclusivamente, attraverso il riferimento al “tipo penale” trova piena giustificazione dogmatica la valutazione e la estensione del concorso apparente anche rispetto a “fatti concreti” (corrispondenti comunque a determinate ‘tipologie’ di fatti) perché il contenuto normativo di disvalore della fattispecie penale – intercettato dalla dimensione tipologica e ordinatoria – risulta funzionale a calare più specificamente la norma nelle sfaccettature della realtà, quindi a selezionare fatti sulla base della loro concreta fisionomia”.

8. Nel valutare nel suo insieme un’opera monografica di tale ampiezza e profondità sul piano analitico e teorico-ricostruttivo, chi va stilando questo breve commento non può non esprimere anzitutto un particolare apprezzamento per il contributo che ne deriva al dibattito scientifico su una materia tra le più rilevanti e dense di prospettive, anche a livello comparato e sovranazionale, nell’orizzonte del diritto penale contemporaneo. In essa, per vero, al rigore logico delle argomentazioni si affianca la sensibilità per i loro risvolti teleologici e politico-criminali; alla puntualità dei richiami alla dottrina e alla giurisprudenza si unisce la capacità di penetrarne e indagarne gli obiettivi di fondo e le implicazioni sottostanti; alla consapevolezza che il primo ‘segno di qualità’ di uno studioso è quello di far precedere alla critica la conoscenza completa ed esaustiva degli scritti dedicati all’argomento fa seguito l’impegno, anch’esso ineludibile, ad elaborare una soluzione in grado di esprimere un contenuto originale,

non potendo definirsi un ‘contributo’ uno studio, per quanto erudito, che si limiti a fotografare l’esistente.

Ci sia consentito, giunti a questo punto, sviluppare qualche breve riflessione sull’indagine del nostro Autore, che, certamente, il sagace lettore non vorrà interpretare come una critica di principio, quanto piuttosto come un’ulteriore dimostrazione dell’interesse suscitato da un lavoro scientifico ricco di stimoli e di suggerimenti per chiunque intenda approfondire la controversa tematica del *ne bis in idem*.

In particolare, nella prima parte della trattazione, Marco Scoletta manifesta più volte la convinzione secondo la quale la materia del concorso apparente non si lascia ricondurre ad una disciplina univocamente espressiva di una esplicita e puntuale regolamentazione. In sostanza, le teorie in materia, pur presentando alcuni ‘appigli’ all’interno del sistema, non potrebbero trovare in esso le basi per poter riconoscere *illico et immediate* un contenuto di disvalore omogeneo e fundamentalmente unitario. In linea di massima, nessuna concezione – isolatamente considerata – potrebbe dunque ritenersi “maggiormente legittimata”; e tali non potrebbero venire repute neanche le correnti di pensiero ispirate al paradigma ‘strutturale’, ad onta dei riferimenti normativi invocati per corroborare le proprie conclusioni. Nasce da tale constatazione la stessa idea di fondo secondo la quale simili teorie verrebbero a fornire soltanto degli ‘indizi’ per poter poi enucleare le basi valutative da cui poter desumere l’apparenza del concorso; emblematica, in questa prospettiva, si rivelerebbe la figura della specialità bilaterale, la quale, difficilmente giustificabile in un’ottica logico-strutturale, verrebbe a denotare, per l’appunto, soltanto un primo passo per arrivare a sviluppare in maniera più compiuta il *nisus* sul piano teleologico che ne ispira il riconoscimento.

Orbene, pur senza sottovalutare le indubbie suggestioni di tale approccio ermeneutico, non ci sentiremmo, tuttavia di sottoscriverne sino in fondo gli snodi argomentativi. Invero, nella prima parte dell’esposizione, abbiamo già avvertito come la prospettiva strutturale vanti dei fondamenti normativi tutt’altro che trascurabili; e come anche la dimensione assiologica che dovrebbe illuminarla trovi pur essa dei riconoscimenti sul piano del diritto ‘positivo’ (come accade nel settore, non sempre adeguatamente valorizzato, delle c.d. clausole di riserva).

Quanto, poi alla specialità bilaterale, al di là del profilo ‘patologico’ della sua imponente diffusione, sembra difficile condividere l’opinione dell’Autore, laddove egli

pone in dubbio che “il legislatore storico avesse in mente la complessa impalcatura sistematica” postulata da dette teorie già a partire dal tenore normativo dell’art. 15 c.p. A parte, invero, la scarsa importanza del richiamo all’influenza, mai decisiva (ed anzi, per lo più di rilievo secondario, come insegna la teoria generale dell’interpretazione), della originaria *voluntas legis*, v’è infatti da ribadire la circostanza che la suddetta forma di specialità non può non apparire legittimata, oltre che dal riferimento alle “leggi”, da quanto stabilito nell’inciso finale del medesimo art. 15 c.p.: essendo difficile negare come quest’ultimo (non potendo alludere, come si è già detto, ad una deroga a favore del concorso di reati) presupponga necessariamente il riconoscimento di fattispecie bilateralmente speciali, non essendo concepibile, in un rapporto di specialità unilaterale, che a prevalere sia la disposizione di carattere generale.

In realtà, se è pur vero che il sistema dovrebbe, con ben maggiore coerenza, fare un uso assai più ‘parco’ (ed anzi, assolutamente marginale) di fattispecie reciprocamente speciali, è altrettanto vero che non è sul terreno dell’attuale sistema normativo che la rilevanza di tale categoria – anche ai fini del concorso apparente – può essere messa ragionevolmente in discussione. E del resto, come abbiamo osservato, le stesse ipotesi di specialità unilaterale – pur rivelandosi, questa volta, essenziali nell’economia del sistema delle incriminazioni – dovrebbero venire anch’esse previste con la dovuta ‘parsimonia’, ossia evitandone una moltiplicazione ingiustificata, vuoi in ossequio al principio dell’*extrema ratio*, vuoi per evitare il rischio di disparità di trattamento e di assenza di ‘proporzione’ (magari del tutto casuale) tra le conseguenze ricollegabili ai rispettivi modelli ‘speciali’. Non senza avvertire, tuttavia, come il rapporto di specialità unilaterale, secondo quanto un recente indirizzo ha avuto modo di rilevare, dovrebbe assumere un ruolo di particolare importanza nel campo dei rapporti tra illeciti penali e amministrativi, sì da consentire, prevenendo il rischio di irragionevoli duplicazioni, di riservare la qualifica di previsione speciale alla fattispecie penalmente sanzionata, in ragione della presenza di requisiti ulteriori tali da incarnare un profilo di disvalore più elevato rispetto a quello ricollegabile agli illeciti di natura amministrativa; una soluzione, d’altronde, che, pur con le cautele suggerite dalla complessità dell’argomento, parrebbe giustificata anche in presenza di sanzioni amministrative suscettibili di ricadere nella sfera d’influenza della c.d. *matière pénale*, dal momento che, ad uno sguardo complessivo delle tendenze (anche europee) in merito a simili tematiche, sembra emergere pur sempre la consapevolezza del divario esistente tra i due ordini di illeciti a carattere punitivo.

Il concorso apparente di norme, come tutto sembra dimostrare, si rivela, a conti fatti (ed almeno nei suoi aspetti salienti) come un *problema di parte speciale*. E' un problema, ad un tempo, di 'selezione' della tutela e di 'tecniche' di previsione – il più possibile 'sobrie' ed essenziali – adeguate ad esprimere il corrispondente disvalore. E da questo punto di vista, ben venga anche il richiamo a tener conto del ruolo rivestito dal c.d. 'tipo' criminoso: con la sola riserva che, una volta calato nella problematica 'concorsuale', la sua vocazione 'limitativa' e 'restrittiva' del contenuto di disvalore che lo caratterizza dovrebbe scongiurare un'eccessiva propensione ad 'attrarre' ed inglobare al suo interno forme di illecito dotate di una fisionomia difficilmente 'omologabile'. Ed allora: al fine di evitare il ricorso oltre misura alle 'virtualità espansive' del tipo per assorbire la portata delle fattispecie interessate – rischiando in tal modo di renderle disponibili ad una dilatazione della loro sfera di rilevanza, come tale suscettibile di riaffacciarsi anche in assenza di un concorso – sarebbe forse opportuno, ove possibile, valorizzare maggiormente il criterio fondato sull'esistenza di una relazione di 'incompatibilità' tra le previsioni in materia, come suggerito in una serie di ipotesi (ad es., relative ai già menzionati fenomeni di antefatto e postfatto) nel fondamentale contributo di Mantovani tuttora prodigo di indicazioni al riguardo.

Le 'regole generali' – comprese quelle sottese ai parametri della sussidiarietà e della consunzione (con l'auspicio, che sembra aleggiare sulla stessa opera del Nostro, di venire meglio 'puntualizzate') – possono certo contribuire, se del caso opportunamente 'riformate' rispetto a quelle in vigore, ad indicare determinati percorsi ermeneutici, allo scopo di garantire una sufficiente omogeneità e proporzionalità nelle scelte sul piano applicativo. Ma rimane il fatto che è dalla parte speciale che si irradiano le prospettive di soluzione dei fenomeni di concorso tra più fattispecie, quand'anche, come avverte il nostro Autore, non necessariamente incentrati su di un'unica condotta, e tuttavia pur sempre suscettibili di rendere ragionevole una considerazione unitaria; un'eventualità, quest'ultima, che dovrebbe essere, tuttavia, preferibilmente riconosciuta mediante una previsione espressa, maturata nel contesto di un approccio più evoluto ai metodi di 'collegamento' tra fattispecie pur strutturalmente separate, in linea, anche questa volta, con la 'migliore' elaborazione a livello scientifico e di tecnica normativa riguardo al delicato settore delle clausole di riserva.

Ad essere interessata dai vantaggi ottenibili mediante più accurate soluzioni normative è, del resto, anche la materia del *ne bis in idem* processuale: in questo caso,

dovendo procedersi, com'è ovvio, alla previsione di modelli di carattere generale, ma tuttavia dal contenuto meno incerto e 'generico' rispetto a quelli attualmente disponibili. In uno scritto qui pubblicato anni addietro, si era cercato di avanzare alcune proposte di 'codificazione' dei requisiti atti ad esprimere l'esistenza di uno 'stesso fatto' preclusivo di un nuovo procedimento: e, più in particolare, si era ritenuto di dover privilegiare il riferimento al requisito della 'condotta', sia pur corredandolo di ulteriori precisazioni e specificazioni a seconda dei fenomeni considerati. Simili riflessioni, prevalentemente dedicate (considerata l'origine dello scritto) alla problematica europea della garanzia processuale, offrono il destro per riconsiderare due profili di non poco momento.

Il primo, che ha ricevuto di recente una rinnovata attenzione, concerne l'interrogativo se la suddetta garanzia venga ad integrare, a livello europeo, una 'regola' od un 'principio'. Certo: il tenore, estremamente laconico, delle ben note disposizioni convenzionali o sovranazionali, farebbe propendere per la seconda alternativa; ed è difficile negare, d'altronde, che il giudizio volto a stabilire se le soluzioni nazionali possano risultare soddisfacenti sia stato per lo più condotto – nonostante le differenze tra Stato e Stato – valutandone la conformità o meno alla 'sostanza' della garanzia di fonte europea, vale a dire, per l'appunto, agli obiettivi e allo 'spirito' di fondo del principio sinteticamente evocato. Né può dimenticarsi come gli studiosi più sensibili alla prospettiva europea abbiano fatto non di rado osservare come i criteri adottati a proposito dell'*idem factum* presentino un grado di 'flessibilità' difficilmente riconducibile ad una dimensione 'prelettiva' univocamente determinata. Tutto ciò considerato, non sembrano tuttavia sussistere ostacoli decisivi ad un progetto di più rigorosa definizione della categoria del 'medesimo fatto': un'operazione senza dubbio impegnativa, ma alla quale (a parte gli indubbi vantaggi che ne deriverebbero) non potrebbe in ogni caso obiettarsi una sorta di 'degradazione' – da principio a regola – della disciplina in materia; è appena il caso di osservare, in effetti, come quella regola continuerebbe ad occupare, nell'ordinamento multilivello, lo stesso rango proprio del principio, con l'ulteriore beneficio di assumere un ruolo più vincolante in un settore tecnicamente delicato.

Il secondo aspetto cui si alludeva poc'anzi ci riporta più direttamente al pensiero di Marco Scoletta. Chi scrive ha da sempre condiviso l'idea che le logiche del concorso apparente non possano essere trasposte *sic et simpliciter* nella dimensione processuale del *ne bis in idem*; e tuttavia, nell'avanzare alcune proposte ermeneutiche all'interno



dello scritto già citato, non ci eravamo sottratti alla tentazione di porre al riparo i due settori disciplinari da una totale indifferenza reciproca tra le soluzioni applicabili nell'ambito di ciascuno. Sennonché, l'indagine del nostro Autore ci induce adesso ad un sia pur parziale ripensamento; giunge invero quanto mai opportuna l'avvertenza secondo la quale l'obiettivo di evitare la duplicazione degli illeciti attraverso una pluralità di procedimenti deve essere perseguito, non già 'forzando' la preclusione ad un nuovo giudizio, bensì facendo leva su altre risorse offerte dalla disciplina processuale, sì da preservare l'autonomia dei due divieti di *bis in idem*, e di valorizzarne 'al meglio' la portata garantistica. *Distingue frequenter*: una direttiva che non implica la sconfessione del monito a non 'moltiplicare' categorie ed istituti *sine necessitate*, ma che suona come un invito a differenziare – senza tema di cadere nell'eccesso – non appena quella necessità venga ad imporsi con la chiara luce dell'evidenza.