

IL REATO EVENTUALMENTE COMPLESSO COME (UNICA) IPOTESI DI CONCORSO APPARENTE ULTERIORE RISPETTO ALLA SPECIALITÀ'. L'ESEMPIO DEL RAPPORTO TRA INCENDIO E DISASTRO AMBIENTALE

di Ludovico Bin

(*Ricercatore in diritto penale, Università del Salento*)

Sommario: 1. La fisionomia attuale del dibattito sulla categoria del concorso apparente di norme. – 1.1. I tentativi in dottrina di ampliare la categoria del concorso apparente di norme. – 1.2. Il tradizionale (ma non univoco) orientamento restrittivo della giurisprudenza e il parziale recepimento del criterio strutturale. – 2. Alcuni spunti critici sui criteri proposti in dottrina. – 2.1. La natura “preterlegale” dei criteri valoriali, tra ne bis in idem sostanziale e prospettive comparate. – 2.2. La difficile gestione logico-formale dei criteri strutturali. – 3. Una “vecchia” nuova ipotesi di concorso apparente: il reato eventualmente complesso. – 3.1. La base legale: l’inutilità dell’art. 84 Cp se interpretato come reato “necessariamente complesso”. – 3.2. La legittimità di un criterio basato sul fatto concreto: la previa selezione dei fatti storici quale giudizio preliminare comune anche a concorso formale e specialità. – 3.3. La struttura: il rapporto di continenza tra fatti storico-concreti. – 4. Un caso di studio: il rapporto tra incendio e disastro ambientale (ex art. 452-*quater* Cp).

1. Il concorso apparente di norme è tema notoriamente complesso – «un autentico ginepraio»¹ – rispetto al quale «anche le menti più dotte ed erudite sonosi spesso intorbidate»². Esso vede tradizionalmente contrapposte dottrina e giurisprudenza e ancora si avverte l’esigenza di una revisione critica di molti concetti in passato ritenuti addirittura verità ontologiche³.

¹ Così F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, I, Milano 1943, 275.

² F. Carrara, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*³, Lucca 1878, 154.

³ A partire dall’Ottocento, infatti, molte soluzioni nella materia *de qua* sono state proposte come verità scientifiche universali (in questo senso v. già D. Brunelli, *Azione unica e concorso di reati nell’esperienza italiana*, Torino 2004, 7 ss.). Nell’unità del *fine*, ad esempio fu individuato un fattore ontologico di unificazione di atti materialmente distinguibili in un fatto unitario (cfr. ad es. A.F. Mori, *Teorica del penale toscano*, Firenze 1854, 106; F. Carrara, *Pensieri sul progetto*, cit., 145 ss.), e così anche il reato continuato, elevato a limite naturale al diritto in quanto l’unità della volontà criminosa non può che rendere unico anche il reato: cfr. L. Masucci, voce *Concorso di reati e di pene*, in *DigIt*, VIII, Torino 1896, 419 ss.; G.B. Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale di reati*, Catania 1884-1885, 21; B. Alimena, *Del concorso di reati e di pene*, in E. Pessina (diretta da), *Enc. dir. pen. it.*, V, Milano 1904, 403 ss. e 452.

Questo scritto, che poggia su uno studio più approfondito⁴, ha una doppia finalità: una volta sinteticamente descritti quali siano, secondo dottrina e giurisprudenza più accreditate, i criteri validi a rendere solo apparente il concorso di norme (§ 1), si cercherà, da un lato, di fornire ulteriori argomenti critici rispetto ad essi (§ 2); dall'altro, si tenterà di proporre una soluzione che rifugga il più possibile dall'arbitrarietà e resti aderente al diritto positivo (§ 3). Infine, sarà proposto un "caso di studio" (§ 4): un banco di prova per testare la bontà della soluzione proposta.

1.1. Tra i criteri oggi più ricorrenti in dottrina figurano anzitutto quelli, di origine tedesca⁵, cc.dd. valoriali o sostanziali, che hanno avuto larga diffusione in Italia sin dagli inizi del Novecento⁶.

⁴ Si tratta del lavoro monografico L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino 2022, che sarà ampiamente ripreso e citato nel prosieguo.

⁵ L'invenzione di tali criteri è tradizionalmente attribuita a K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, 527 ss. (che sviluppò intuizioni già presenti in J. Von Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*², Berlin 1883, § 73, anm. 12). Tra i primi e principali sostenitori di tali criteri cfr. A. Hill, *Der subsidiäre Charakter der Nötigung*, Marburg 1895, 17 ss. F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*³, Berlin-Leipzig 1888, 229 ss.; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 282 ss.; M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*², Heidelberg 1923 (rist. 1997), 500 ss.; R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, I bd., Berlin 1932 (rist. 1971), 523 ss.; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*², Berlin 1933, 467 ss.; F. Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und in Zivilprozess*, Bd. I, Leipzig 1912 (rist. Aalen, 1970), 17 ss.; R. Honig, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig 1927 (rist. 1978), 4 ss.; R. Hirschberg, *Zur Lehre von Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW* 1933, 34 ss., spec. 46 ss. Seppure con diverse definizioni e strutture, i criteri valoriali hanno avuto successo in dottrina per tutto il corso del Novecento: cfr., *ex multis*, H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*¹, Berlin 1969, 234 s.; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Tübingen 1975, 730 ss.; G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Berlin 1976, 320 ss.; R. Maurach-K.H. Gössel-H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁷, II, Heidelberg, 1989, 434 ss.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York 1983, 710 ss. (pur riconducendo tutti i casi alla specialità in senso ampio); W. Stree, *vorbem §§ 52 ff.*, in A. Schönke-H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*²⁵, München 1997, 691 ss.

⁶ La prima importazione delle fondamentali e fortunate categorie della *consunzione* e della *sussidiarietà* si devono a F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932, 502 ss., e Id., *Diritto penale italiano*², I, Milano 1947 (rist. 1952), 415 ss. Tra i principali sostenitori di tali criteri, con varietà di forme ed etichette, cfr. U. Ferrari, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *RIDP* 1933, 533 ss.; E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, in E. Florian (coord. da), *Trattato di Diritto Penale*⁴, I, Milano 1934, 194; N. Levi, *Titolo primo, secondo e terzo del libro primo*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la guida del Prof. Ugo Conti*, I, Milano 1934, 143; G. Delitala, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *RIDP* 1934, 109 ss.; Id., *Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati?*, in *RIDP* 1934, 250 ss.; V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine, 1937, 235; G. Maggiore, *Principi di diritto penale*³, I, Bologna 1939, 172 e 491 ss.; R. Pannain, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma 1942, 434; S. Ranieri, *Il reato complesso*, Milano 1940, 152; Id., *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano 1942, 45 ss.; e Id., *Diritto penale. Parte generale*, Milano 1945, 65 ss.; G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo 1945, 419 ss. (per cui sussidiarietà e consunzione avrebbero ormai raggiunto – nel 1945! – un sufficiente stadio di cristallizzazione per poter essere applicati con "sufficiente tranquillità"); P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 448 ss.; Id., *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975, 365 ss.; G. Vassalli, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *ED*, II, Milano 1958, 505 ss.; Id., voce *Progressione criminosa e reato*

Tali criteri, non trovando espressa menzione nella legge, né dunque alcun sicuro appiglio di tipo nominalistico né contenutistico, sono stati oggetto di ricostruzioni assai variegata, dando vita a uno dei dibattiti più variopinti e confusi nella penalistica moderna⁷. Si trattava, però, di un'operazione politicamente ritenuta dai più assolutamente necessaria, a fronte di un dato legislativo, quello del Codice del '30, che nella sua versione originale aveva sostanzialmente deprivato di rilevanza la tradizionale figura della pluralità di reati realizzati con una sola azione od omissione⁸ (originariamente assoggettata, com'è noto, alla disciplina del cumulo materiale). L'alternativa tra concorso apparente e concorso effettivo ne era dunque uscita notevolmente radicalizzata, soprattutto nell'ambito di una legislazione autoritaria, conseguentemente caratterizzata da cornici edittali assai aspre: il cumulo materiale

progressivo, in *ED*, XXXVI, Milano 1987, 1150 ss.; Id., voce *Reato complesso*, in *ED*, XXXVIII, Milano 1987, 816 ss.; U. Pioletti, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Napoli 1969, 84 ss.; G.D. Pisapia, *Istituzioni di diritto penale*², Padova 1970, 195.

⁷ Giusto per rendere un'idea di tale varietà di posizioni nella dottrina più recente, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano 2004, 179 ss., ritiene validi sia la consunzione che la sussidiarietà; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 257 ss., ammette sussidiarietà e alternatività, come estensione "valutativa" rispetto alla continenza logica della specialità; V.B. Muscatiello, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova 2002, 462 ss., accoglie, nel quadro di una rilettura "subiettiva", sussidiarietà e consunzione; L. Maserà, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 1162 ss., preferisce utilizzare terminologicamente soltanto la consunzione, comprensiva però anche dei casi tradizionalmente ricondotti alla sussidiarietà tacita; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 727 ss., ritengono ammissibile assorbimento (comprensivo delle ipotesi di *id quod plerumque accidit*) e sussidiarietà tacita; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2020, 586 ss., ammettono la sussidiarietà e la consunzione; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, Torino 2021, 399 s., sembra ammettere diverse casistiche tipicamente preterlegali nella categoria dell'assorbimento; I. Giacona, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*, in *CP* 2011, 11, 3853 s.; Id., *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, 15 ss. e 125 ss. ripropone la consunzione come *id quod plerumque accidit*; D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2013, 245 ss., pur accogliendo le tesi strutturali ammette anche la praticabilità di sussidiarietà e consunzione per i casi di interferenza e progressione criminosa; S. Finocchiaro, *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *DPC* 5.12.2016, propone un criterio dell'assorbimento legato all'unità dell'offesa, e in senso analogo anche C. Colucci, *Le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, in *DPC* 2017, fasc. 12, 53 ss.; C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018, 198 ss., infine, rilancia un criterio di consunzione legato anch'esso all'unità dell'offesa.

⁸ Si tratta, evidentemente, del concorso ideale (o formale), che, come noto, prima del 1930 identificava proprio le ipotesi di concorso apparente, sulla base del dogma *hegeliano* per cui ad una sola azione non può corrispondere che un solo reato. Tale dogma fu alla base dell'impostazione di P.J.L. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1801, § 151 ss. e ancora oggi condiziona notevolmente la dottrina tedesca: la categoria della *bloße Gesetzeskonkurrenz* (cioè il concorso apparente) è infatti nata proprio per liberarsi dell'unità dell'azione od omissione, che lo *StGB* (§ 73) continua a richiedere quale presupposto necessario per l'applicazione della sola sanzione più grave.

diveniva infatti la regola di base, applicabile in tutte le ipotesi in cui non fosse riscontrabile un concorso apparente (o, naturalmente, un reato continuato, aggiunto *in extremis* nell'art. 81 Cp⁹, e comunque limitato al solo concorso omogeneo e ai soli casi di pluralità di azioni od omissioni). Di qui la comprensibile esigenza pratica di ampliare il campo applicativo di quest'ultima categoria.

Semplificando, si possono ricondurre i vari criteri proposti dalla dottrina a due macro-categorie: o si fondano sul presupposto per cui, se i più reati rappresentano stadi diversi di aggressione al medesimo bene o a beni omogenei (tentativo-consumazione; pericolo-danno; pericolo-maggior pericolo; progressione criminosa), si deve applicare solo il reato che sanziona la lesione più grave¹⁰; oppure traggono fondamento da un nesso di frequenza statistica tra diversi reati, per cui se l'uno è solitamente realizzato – secondo la logica dell'*id quod plerumque accidit* – insieme ad un altro, si dovrà applicare solo quello più grave dei due.

Di queste due categorie, è la prima ad avere riscosso il maggiore successo in Italia, benché la seconda vanti ancora comunque un seguito¹¹. Le ragioni si devono probabilmente al fatto che, mentre il criterio dell'*id quod plerumque accidit* non gode nemmeno di un minimo appiglio legislativo ed affida al giudice una valutazione discrezionale priva di parametri di qualsiasi giudizio, quelli legati all'offesa da un lato ricalcano sostanzialmente il funzionamento delle clausole di riserva disseminate nella parte speciale, costituendone un'applicazione analogica, e dall'altro utilizzano come

⁹ Cfr. la *Relazione sul libro I del Progetto*, nei *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V, Parte I, Roma 1929, 133.

¹⁰ Si tratta di una impostazione risalente ai fondamentali studi sulla "sussidiarietà tacita" di Frosali e Moro: cfr. R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello 1936 (rist. Milano 1971), 513 ss., 729 ss.; A. Moro, *Unità e pluralità di reati*², Padova 1959, 5 ss. Nello stesso solco si è successivamente posto l'importante contributo di Pagliaro, sebbene con inversione terminologica (dalla sussidiarietà alla consunzione) e ampliando la categoria anche alle casistiche dell'*id quod plerumque accidit* (escluse invece da R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 515 ss.): cfr. A. Pagliaro, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *ED*, VIII, Milano 1961, 545 ss.; Id., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *IP* 1976, 217 ss.; Id., *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *RIDPP* 2013, fasc. 3, 1386 ss.).

¹¹ Di recente la tesi è stata rilanciata, a livello monografico, da I. Giacona, *Concorso apparente di reati*, cit., 125 ss., ove l'A. propone una versione più determinata del criterio, legata a un «livello di frequenza particolarmente elevato», tentando di leggerne un'enunciazione "esplicita" nell'art. 84 Cp (v. *ivi*, 139 ss.), nella misura in cui ogni reato complesso richiederebbe sempre uno specifico nesso tra i reati componenti. Quest'ultima tesi, tuttavia, presta il fianco a un'obiezione che pregiudica l'accoglimento di tale criterio, sia pure in una versione più determinata di prima, ma comunque privo di base legale: il fatto stesso che solo in alcuni specifici casi il legislatore abbia inteso creare una fattispecie complessa rende infatti il discorso analogo a quello che i sostenitori della sussidiarietà tacita propongono rispetto alle clausole di riserva, di cui si dirà *melius infra*, § 2.1.

parametro di giudizio una categoria – quella del bene giuridico – che gode notoriamente di largo consenso¹².

Meno fortuna ha invece avuto la teoria della c.d. specialità in concreto, secondo cui la «stessa materia» cui si riferisce l'art. 15 Cp dovrebbe essere intesa come “stessa situazione di fatto”¹³, così che, se ad integrare più fattispecie è lo stesso fatto materiale, si dovrebbe applicare la disposizione che “rispetto all'ipotesi concreta ha carattere di maggiore aderenza”, cioè quella che descrive la parte di fatto comune in modo più specifico dell'altra; in mancanza di un simile rapporto, si dovrebbe invece applicare quella che prevede il trattamento sanzionatorio più severo. Tale teorica godrebbe peraltro di un espresso riconoscimento legislativo, posto che la regola *lex specialis derogat generalis* sarebbe già derivabile dai principi interpretativi che reggono l'ordinamento, e pertanto la disposizione di cui all'art. 15 Cp dovrebbe essere letta nel senso anzidetto, onde non risolversi in una norma inutile¹⁴.

Nonostante la riforma del 1974 – che ha ridato vita al concorso formale, trasformandolo però in un *tertium genus* tra concorso apparente e concorso materiale – abbia evidentemente affievolito le esigenze di mitigazione del sistema per via

¹² Tali criteri, peraltro, dal momento che presuppongono una *progressione* offensiva, consentono di sfondare le rigide barriere dell'unità materiale del fatto, ammettendo ipotesi di concorso apparente anche là dove i più reati siano stati realizzati con fatti materialmente distinti: cfr. R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 477 s.; A. Pagliaro, voce *Concorso di norme*, cit., 552; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 729; C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 205; F. Consulich, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *RTDPE* 2015, fasc. 1-2, 74, 83 s.

¹³ La teoria della specialità in concreto è stata proposta nei suoi contenuti essenziali anzitutto da F. Antolisei, *Sul concorso apparente di norme*, in *RIDP* 1948, 1 ss., anche in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, 245 ss.; Id., *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *AP* 1949, I, 67 ss. (nel fortunato manuale, questa impostazione è riportata a partire dalla seconda edizione: v. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Milano 1949, 281 ss.), che sviluppò un'intuizione già di Delitala (cfr. G. Delitala, *Concorso di norme*, cit., 108 ss.). In Germania, una nozione simile era già stata proposta da R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, cit., 523 s.

¹⁴ La teoria è stata rielaborata in questi termini da L. Conti, voce *Concorso apparente di norme*, in *NssDI*, III, Torino 1959, 1013 s. Nonostante un discreto successo nella dottrina di metà Novecento (cfr. G. Lozzi, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *RIDPP* 1959, 940 ss.; Id., *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano 1974, 73 ss.; G. Neppi Modona, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *RIDPP* 1963, 873 ss.; Id., *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, ivi, 1964, 522 ss.; Id., *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, ivi, 1966, 200 ss.; M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano 1961, 104 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, Torino 1960, 73 ss.; Id., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*³, Torino 2020, I, 157 ss.; I. Caraccioli, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Scritti in onore di Francesco Antolisei*, I, Milano 1965, 121 ss.), in giurisprudenza la tesi non ha mai raccolto grandi consensi (per una applicazione recente v. però Cass. 5.12.2014 (dep. 27.1.2015), n. 3824) ed è stata espressamente ripudiata da Cass. S.U. 28.10.2010, n. 1963, Di Lorenzo.

ermeneutica¹⁵, la gran parte della dottrina italiana non ha smesso di propugnare l'esistenza di ipotesi di concorso apparente ulteriori rispetto a quelle positivizzate nel Codice. Ciò si spiega, anzitutto, con la contestuale e inarrestabile espansione del diritto penale, che ha allargato notevolmente il suo campo d'azione, moltiplicando a dismisura le fattispecie presenti nell'ordinamento. Ma anche l'erompere dell'approccio costituzionale in materia penale ha fornito nuova linfa per i sostenitori dei criteri "preterlegali" legati all'unità dell'offesa: in particolare, si è tentato di fondarne la legittimità sulla base del principio di *ne bis in idem* sostanziale, che sarebbe implicitamente desumibile dal testo Costituzionale.

Si tratta di un principio la cui elaborazione si deve, ancora una volta, alla dottrina tedesca¹⁶, e che nelle sue prime apparizioni costituiva più un argomento di convalida *ex post*, che di fondazione *ex ante*, dei criteri ulteriori rispetto alla specialità¹⁷: un principio cioè di legislazione ordinaria¹⁸.

La sua elevazione a vero e proprio principio costituzionale è stata favorita anche dall'impatto della giurisprudenza delle due Corti europee. Esse hanno innestato, sull'omologo e ben più antico principio processuale, valutazioni evidentemente sostanzialistiche, legate alla proporzionalità del carico sanzionatorio¹⁹, rianimando

¹⁵ In questo senso, espressamente, G. De Vero, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 348.

¹⁶ Tale principio – definito in termini di *Doppelbewertungsverbot* o *Doppelverwertungsverbot* – sarebbe l'opposto del principio dell'integrale valutazione del fatto (*Ausschöpfungsgebot*), che giustificerebbe invece le ipotesi di concorso effettivo (formale o materiale): cfr., *ex multis*, F. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg 1961, 161 ss.; I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin 1979, 19 ss., 191; M. El-Ghazi, *Revision der Konkurrenzlehre*, Tübingen 2020, 73 ss. Nella dottrina italiana v., in questi termini, F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 374 ss.; più di recente F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, Torino 2021, cit., 525 ss. In quella spagnola, R. García Albero, "Non Bis in Idem" *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona 1995, 79, 261 e 369; E. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada 2004, 433 ss.

¹⁷ Cfr. F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 72; S. Piacenza, *Rilievi e proposte sui rapporti fra concorso di reati e concorso di norme*, in *GP* 1947, II, 134; L. Conti, voce *Concorso apparente*, cit., 1013; G. Neppi Modona, *Inscindibilità*, cit., 204; più di recente M. Romano, *Commentario*, cit., 183.

¹⁸ Così, ad es., F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 71 e 392, peraltro nel quadro di una teoria contraria ai criteri valoriali; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 837, che lo desume dall'art. 84 Cp, così come O. Vannini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Firenze 1954, 259; e U. Pioletti, *Profili del reato complesso*, in *RP* 1937, 1195; Id., *Manuale*, cit., 255 ss. Cfr. anche A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano 2003, 202 ss., che lo fa discendere da esigenze di giustizia sostanziale, ma poi ne ricava l'operatività dalle clausole di riserva. Sul punto v. anche M. Mantovani, *Ne bis in idem sostanziale e autoriciclaggio*, in *AA.VV., Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna 2016, 238. Sostiene invece che il diritto positivo si ponga in contrasto con la trasportabilità del *ne bis in idem* dal piano processuale a quello sostanziale M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 62 s.

¹⁹ Si permetta il rinvio, per una analisi di tale commistione tra elementi processuali e sostanziali nella giurisprudenza delle due Corti, a L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *DPCRTrim* 2020, fasc. 3, 98 ss. Sull'attuale dimensione del *ne bis in idem* v., da ultimo, A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino 2022, 117 ss.

così i sostenitori delle teorie valoriali²⁰ e addirittura propiziando soluzioni avveniristiche, secondo le quali i *dicta* europei impedirebbero già oggi di applicare più norme penali a fronte di un episodio storico sostanzialmente unitario²¹ (a prescindere cioè da una previa delimitazione dell'unità del fatto materiale secondo parametri giuridici)²².

Frattanto, però, nell'ultima parte del secolo scorso si è progressivamente affermata, nella dottrina italiana, una nuova e inedita criteriologia, di taglio non sostanziale ma logico-formale, basata sui rapporti strutturali tra le fattispecie astratte e in grado di

²⁰ Cfr., *ex multis*, G.M. Flick-V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC* 2015, n. 3, 27; A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, "ne bis in idem" e proporzionalità*, in *RIDPP* 2017, fasc. 3, 1080 s.; C. Silva, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *AP* 2019, fasc. 1, 30 ss.; N. Madia, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *CP* 2019, fasc. 2, 683; Id., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Milano 2020, 201 ss. e 211 ss. In senso analogo, ma prospettando una riesumazione della specialità in concreto, O. Mazza, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rtrib* 2015, fasc. 4, 1042; E. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *AP* 2018, fasc. 2, 398.

²¹ In questo senso N. Madia, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione*, cit., 682 ss.; Id., *Il ne bis in idem europeo nella sua "nuova" veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *AP* 2019, fasc. 3, 34 ss.; Id., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, cit., 135 ss., 201 ss. e 211 ss.; E. Penco, *Il principio di specialità "amministrativa"*, in *DPCRTrim* 2015, fasc. 3, 68 ss.; E. Pezzi, *I due volti*, cit., 395 ss. Nello stesso senso, ritiene quantomeno plausibile un'illegittimità convenzionale (e, a cascata, costituzionale) dell'art. 648-ter.1 Cp (autoriciclaggio) per violazione diretta del *ne bis in idem* sostanziale F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 80 ss. In termini analoghi, ma limitatamente alle ipotesi di concorso tra fattispecie penale e fattispecie amministrativa (sostanzialmente penale), M. Bontempelli, *Il doppio binario in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *AP* 2015, fasc. 1, 118 ss.; Id., *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *AP* 2016, fasc. 2, 389 ss.; Id., *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rtrib* 2017, fasc. 2, 562 ss.; Id., *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *RIDPP* 2015, fasc. 3, 1333 s.; Id., *La litispendenza penale*, Milano 2017, 64 ss.

²² Come noto, il criterio dell'*idem factum* utilizzato dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia prescinde dall'inquadramento normativo del fatto stesso, basandosi piuttosto su una valutazione in termini sostanziali circa l'unità dell'episodio storico. Proprio in questo sta la differenza rispetto a come la Corte costituzionale, nella nota sentenza sul processo Eternit (C. Cost. 21.7.2016, n. 200 in *GCoS* 2016, fasc. 6, 2447 ss., con nota di D. Vicoli, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, *ivi*, 2466 ss.), ha recepito tale categoria: in tale sentenza, infatti, la Corte ricostruisce l'*idem factum* a partire sì dal fatto materiale, ma così come selezionato dalle norme incriminatrici, mentre la giurisprudenza europea prescinde da tale filtro. In argomento v. *amplius* S. Quattrocchio, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Torino 2018, 135 ss.; D. Falcinelli, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, in *AP* 2017, fasc. 1, 63 ss.; R.A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *CP* 2017, fasc. 10, 3819; e, già prima della sentenza, N. Galantini, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *RIDPP* 2015, fasc. 3, 1205 ss.

estendere l'area operativa del concorso apparente anche a diverse ipotesi di c.d. specialità reciproca²³.

Secondo tale teoria, in estrema sintesi, il confronto tra fattispecie, per capire se esse contemplano la «stessa materia», dovrebbe essere tarato non sulla loro interezza, ma sui loro singoli elementi costitutivi, per comprendere se due elementi omologhi (es. i due eventi di ciascuna fattispecie) siano identici, incompatibili, in rapporto di specialità o di eterogeneità²⁴.

A seconda di come si configurano tali rapporti, le due fattispecie potranno così risultare in rapporto di perfetta identità, di specialità unilaterale, di eterogeneità, di incompatibilità oppure di specialità reciproca. All'interno di tale ultima categoria, si possono poi distinguere relazioni di specialità reciproca che determinano il concorso apparente e relazioni di specialità reciproca che determinano l'applicazione del concorso formale (relazione di interferenza). Tale alternativa, secondo le formulazioni più compiute della teoria²⁵, si fonda sulla distinzione tra specialità per specificazione, che si ha quando l'elemento di una fattispecie è speciale rispetto all'omologo elemento dell'altra fattispecie (ad es. perché l'una prevede un soggetto attivo qualificato mentre l'altra può essere realizzata da «chiunque») e specialità per aggiunta, che si ha quando una fattispecie contiene un elemento «eterogeneo», che non ha corrispondenze nell'altra (ad es. perché una descrive un reato di evento, l'altra un reato di mera condotta). Possono infatti darsi sostanzialmente tre ipotesi di specialità reciproca: entrambe le fattispecie sono speciali solo per aggiunta, entrambe sono speciali solo per specificazione oppure una delle due è speciale solo per specificazione e l'altra anche o solo per aggiunta. Nel primo caso, che dà corpo alla relazione di interferenza, il concorso è effettivo, perché la presenza di elementi in aggiunta in entrambe le fattispecie segnala che esse regolano una materia diversa. Negli altri due casi, invece, le due fattispecie cadono sulla «stessa materia», e dunque il concorso è apparente; tuttavia, per decidere quale delle due debba prevalere sono necessari ulteriori criteri, tratti per analogia dalla regola della specialità: si applicherà cioè quella eventualmente

²³ Sebbene alcuni sviluppi embrionali del metodo strutturale siano già visibili nei lavori di U. Klug, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW*, 1956, 68 399 ss.; R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., spec. 18 ss., 50 ss., 60 ss., 249 ss.; e M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 88 ss. e 107 ss., la prima teorizzazione compiuta su base puramente strutturale si deve a F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., spec. 206 ss.

²⁴ Aggiungeva anche il rapporto di interferenza (che rimane solo come relazione tra fattispecie, e non tra elementi, nella trattazione di De Francesco) F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 211.

²⁵ Si tratta della rielaborazione compiuta da G. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 45 ss.; Id., voce *Concorso apparente di norme*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 416 ss.

contenuta in una legge speciale, se l'altra è contenuta nel Codice penale (che si assume come legge generale), oppure quella che eventualmente contenga un soggetto attivo più specifico, o infine quella che contiene un numero maggiore di elementi specializzanti rispetto all'altra²⁶.

Le teorie strutturali hanno riscosso grande successo nella dottrina del nuovo millennio²⁷ e rappresentano oggi il principale *competitor* per i criteri sostanziali: una competizione, però, ormai e da tempo solo dottrinale, perché la giurisprudenza continua a seguire una propria via.

1.2. Come noto, la giurisprudenza italiana si è sempre dimostrata assai restia a recepire integralmente i criteri proposti in dottrina, ammettendo tradizionalmente soltanto il criterio legislativamente previsto della specialità, ma con atteggiamento decisamente ondivago e altalenante. Nel momento infatti in cui in dottrina si dibatteva tra monisti e pluralisti, la giurisprudenza accolse un concetto di specialità assai restrittivo, in quanto subordinato all'identità/omogeneità del bene protetto (questo il significato di «stessa materia»)²⁸, che è stato pedissequamente utilizzato sino a tempi molto recenti²⁹, e ancora oggi talvolta riaffiora, quantomeno *ad adiuvandum*³⁰, nelle

²⁶ Qualora poi nessuno di questi risulti decisivo, si esce dalla sfera di applicabilità dell'art. 15, e dunque la convergenza non si risolve con le logiche sottese al principio di specialità ma attraverso l'interpretazione. Il criterio "finale" risulta così quello della pena più grave: cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 480 e 660 ss.

²⁷ Tra i principali Autori che hanno accolto il criterio strutturale cfr. A. Fiorella, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli 1979, 24 ss.; S. Camaioni, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in GP 1992, II, 230 ss.; A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino 2011, 263 ss.; Id., *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in DPP 2011, fasc. 7, 848 ss.; Id., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in DPP 2018, fasc. 4, 525 ss.; Id., *Lo stalking finito in tragedia e il reato complesso: un'altra "prova tecnica" di ne bis in idem sostanziale*, in GI 2022, fasc. 5, 1218 ss.; Id., *Un caso complesso di "ragion fattasi" e un metodo in tema di concorso di norme e reati*, in GI 2023, fasc. 1, 182 ss.; D. Brunelli, *Il diritto penale*, cit., 190 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*², Milano 2019, 474 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 525 ss., il quale ammette però (pur con qualche riserva: *ivi*, 542) anche il ricorso a criteri di natura valutativo-sostanziale; C. Sotis, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in GI 2020, I, 187 ss.

²⁸ Va però detto che tale criterio era accolto da buona parte della dottrina subito successiva all'entrata in vigore del Codice Rocco, e non soltanto tra i c.d. "pluralisti", che tentavano così di giustificare in un sol colpo la rilevanza dell'unità dell'offesa e la necessità di criteri ulteriori rispetto alla specialità (in questo senso, acutamente, F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 79). La tesi è stata recepita in Spagna da F. Puig Peña, *Colisión de normas penales. Concorso aparente de leyes punitivas*, Barcellona 1955, 99.

²⁹ Cfr. ad es. Cass. S.U. 24.4.1976, n. 10 Cadinu, e Cass. S.U. 21.4.1995, n. 9568, La Spina. Sebbene tale orientamento sia da ritenersi oggi ampiamente superato, esso nondimeno spesso riaffiora nella giurisprudenza di legittimità: si consenta il rinvio alla rassegna compiuta in L. Bin, *sub art. 15*, in *Codice penale*⁷, a cura di T. Padovani, Milano 2019, 143 s.

³⁰ Per una ricostruzione v. L. Bin, *sub art. 15*, cit., 143 ss.

sentenze che decretano l'applicabilità del concorso formale. I criteri preterlegali sono invece tendenzialmente sempre stati ostracizzati, ma con importanti e non infrequenti eccezioni³¹.

Complice l'emersione dei criteri strutturali, nell'ultimo ventennio le Sezioni Unite sono state chiamate più volte a dirimere contrasti relativi alla fisionomia del concorso apparente di norme e hanno così avuto l'occasione di fissare una linea di indirizzo che oggi appare piuttosto univoca e stabile³²: è stata infatti perentoriamente sancita l'illegittimità dei criteri preterlegali, mentre sono state solo parzialmente accolte le teorie strutturali.

In particolare, da un lato la Suprema Corte ha più volte ritenuto insanabile il difetto congenito dei criteri preterlegali, cioè proprio l'assenza di una base legale³³; dall'altro, dei criteri strutturali sono state accolte alcune premesse teoriche (soprattutto, la necessità di impostare il problema su basi puramente logico-formali) e alcuni strumenti concettuali (soprattutto, la distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione), ma il resto della teoria è rimasta sostanzialmente inapplicata e pertanto i risultati sono spesso opposti a quelli raggiunti dagli strutturalisti. Di fatto, la giurisprudenza di legittimità ha in realtà accolto il metodo strutturale soltanto sul piano della specialità unilaterale, svincolandola dal giogo della necessaria identità-omogeneità del bene protetto, ma senza spingersi realmente oltre. Al riconoscimento di un rapporto di specialità reciproca, infatti, segue sempre l'applicazione del concorso formale³⁴. Inoltre, la stessa gestione del confronto

³¹ Per alcuni esempi si permetta ancora il rinvio a L. Bin, *sub* art. 15, cit., 138 ss.

³² Benché tale critica sia stata sin da subito sollevata in dottrina (cfr. F. Antolisei, *Concorso formale e conflitto apparente di norme*, in *GP* 1942, II, 611), a livello giurisprudenziale tale orientamento ha guadagnato stabilità a partire da Cass. S.U. 20.12.2005, n. 47164 Marino; Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 19.1.2011), n. 1235 Giordano; Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 21.1.2011), n. 1963 Di Lorenzo. Esso è stato poi più recentemente confermato da Cass. S.U. 23.2.2017, n. 20664, Stalla, in *DPC* 2017, fasc. 5, 344 ss., con nota di S. Finocchiaro, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione* (v. anche C. Colucci, *Le Sezioni Unite*, cit., 43 ss.); e Cass. S.U. 22.6.2017, n. 41588, La Marca, *ivi*, 2017, fasc. 11, 242 ss., con nota di D. Sibilio, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*).

³³ V. infatti il § 2.1 del considerato in diritto della sentenza Marino; il § 2 del considerato in diritto della sentenza Giordano; e il § 1.2 del considerato in diritto della sentenza Di Lorenzo.

³⁴ Ad esempio, è stata applicata la disciplina del concorso formale, nonostante il riconoscimento di un rapporto di specialità reciproca per specificazione (che avrebbe invece richiesto l'applicazione degli ulteriori criteri di prevalenza), da Cass. 10.6.2016 (dep. 11.1.2017), n. 1086, rispetto ai reati di cui agli artt. 73 e 75 del d.lgs. n. 159/2011 (guida senza patente e violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale); in Cass. 30.11.2015 (dep. 9.5.2016), n. 19230, riguardante il rapporto tra il reato di cui all'art. 416-ter Cp (scambio elettorale politico-mafioso) e quello previsto dall'art. 86 d.P.R. n. 570/1960 (c.d. corruzione elettorale); in Cass. 15.4.2015, n. 34208, relativamente al reato previsto dal combinato disposto degli artt. 46, comma 2, e 55, comma 5, d.lgs. n. 81/2008

strutturale ha dato esiti talvolta assai poco convincenti circa il tipo di rapporto riscontrabile tra due fattispecie³⁵.

Allo stato attuale del dibattito, che si attesta dunque su una lenta ma non ancora del tutto consumata crisi dei criteri valoriali e su un recepimento solo molto parziale dei criteri strutturali, la possibilità di riconoscere un criterio generale di concorso apparente anche al di fuori della specialità unilaterale appare ancora sostanzialmente respinta dalla giurisprudenza di legittimità.

2. Fermo quanto detto del *trend* stabilito dalle ultime sentenze delle Sezioni Unite, va però rilevato che le relative motivazioni non analizzano espressamente se il *ne bis in idem* sostanziale, quale principio costituzionale inespresso, imponga di utilizzare i criteri preterlegali di stampo valoriale, né è dato conto del motivo per cui, seguendo il criterio strutturale, le ipotesi di specialità reciproca non dovrebbero mai essere ricondotte all'area del concorso apparente. Si tratta dunque di teorie che potrebbero eventualmente ancora ambire a conquistare la rocca della nomofilassi, o ancor meglio a ottenere l'incoronazione da parte della Corte costituzionale. Ragioni di spazio ne precludono qui una critica approfondita: si tratta del resto di un'operazione già compiuta in altra più idonea sede³⁶. Basti pertanto solo qualche breve cenno.

(responsabilità del datore per non aver adottato idonee misure per prevenire gli incendi e per tutelare l'incolumità dei lavoratori) e al reato di apertura abusiva di luoghi di pubblico spettacolo o trattenimento (art. 681 Cp); e in Cass. 20.6.2017, n. 35591, rispetto alla bancarotta fraudolenta (art. 216 c. 1, n. 2, l. fall.) e alla sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74/2000).

³⁵ Ad esempio, le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto in materia di concorso tra le frodi fiscali di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000 e la truffa ai danni dello Stato (art. 640, comma 2, Cp) sostenendo che esse si trovassero in rapporto di specialità unilaterale, in ragione del fatto che la condotta della frode fiscale sarebbe una *species* di quella della truffa (Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 19.1.2011), n. 1235 Giordano), ma omettendo di attribuire rilievo alla presenza in quest'ultima fattispecie di ulteriori elementi costitutivi non previsti dalle frodi fiscali (l'ingiusto profitto con altrui danno, nonché l'induzione in errore), che avrebbero convertito il rapporto in specialità reciproca bilateralmente per aggiunta (un'ipotesi dunque di concorso effettivo): cfr. I. Giacona, *Il concorso apparente*, cit., 3849; C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 147 s. Addirittura, nel caso del rapporto tra l'illecito amministrativo di circolazione abusiva con un veicolo sottoposto a sequestro previsto dall'art. 213, comma 8, Codice della Strada ed il reato di cui all'art. 334 Cp (danneggiamento di cose sottoposte a sequestro da parte del proprietario non custode), la Suprema Corte ha affermato che la più ampia cerchia di soggetti attivi previsti dalla prima norma costituirebbe una specialità per aggiunta rispetto alla seconda, che descrive un reato proprio, così evitando di riconoscere invece una specialità reciproca (Cass. S.U. 28.10.2010, n. 1963 Di Lorenzo): cfr. ancora I. Giacona, *Il concorso apparente*, cit., 3850 (v. anche, per una analisi più approfondita della giurisprudenza recente delle Sezioni Unite, Id., *Concorso apparente di reati*, cit., 36 ss.); C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 148 ss. Proprio in relazione alla giurisprudenza relativa alla sovrapposizione di illeciti amministrativi e penale, intravede un utilizzo "politico" dello strutturalismo, finalizzato a giustificare la scelta della sanzione da applicare operata "a monte", E. Penco, *Il principio di specialità*, cit., 65 ss.

³⁶ Cfr. L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 160 ss. e 211 ss.

2.1. Per quanto riguarda i criteri valoriali, si è detto che l'assenza di una base legale costituisce storicamente il principale motivo che ne ha ostacolato l'accoglimento. Come anticipato, a tale peccato originale si è tentato di rimediare attraverso una analogia volta a estrapolare dalle clausole di riserva, presenti nella legislazione penale, un principio generale in grado di applicarsi anche ai reati che di tali clausole risultano formalmente privi, ma che si pongono in rapporto di progressione offensiva ad altre fattispecie (che sarebbe appunto la *ratio* sottesa al ricorso alle clausole di riserva)³⁷. Tuttavia, se tale principio generale rimane confinato al rango di principio di legislazione ordinaria, si dovrebbe sostenere che l'assenza di una clausola di riserva tra i reati che si vorrebbero in concorso apparente costituirebbe una lacuna non intenzionale da parte del legislatore, conclusione non priva di imbarazzi al cospetto di una legislazione importante, meditata e longeva come quella del Codice penale.

Evidentemente diverso è invece il discorso se a tale principio si riconosce un rango costituzionale, come è stato in effetti sostenuto rispetto al principio del *ne bis in idem* sostanziale³⁸: una tesi che è ancora in attesa di una seria verifica critica.

Chiarito che tale principio non va confuso con quello omonimo ricostruito dalle Corti europee e recentemente applicato anche dalla Corte costituzionale³⁹, che ha venature processuali ed entra in campo soltanto nel caso in cui più illeciti sul medesimo fatto siano o siano stati oggetto di procedimento da parte di autorità diverse⁴⁰, la questione si pone in questi termini: se tale *principio* sia direttamente in

³⁷ Cfr., per tutti, A. Pagliaro, voce *Concorso di norme*, cit., 548.

³⁸ Cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 186 ss.

³⁹ Il riferimento è alla sentenza in materia di diritto d'autore Corte Cost. n. 149/2022, in *GCos* 2022, fasc. 3, 1553 ss., con note di C. Pinelli, *Ma cosa ha detto "un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale"? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 1574 ss.; F. Pepe, *Prime "breccie" del ne bis in idem "europeo" nell'ordinamento italiano: quali implicazioni sul sistema sanzionatorio tributario?*, 1578 ss.; A. Procaccino, *Illegittimità dell'art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d'autore. La spinta gentile e i caveat*, 1590 ss.; L. Bin, *Ne bis in idem europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio*, 1599 ss.; F. Medico, *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU*, 1609 ss.; v. anche S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *DPP* 2022, fasc. 11, 1381 ss.; J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in www.sistemapenale.it 24.11.2022; R.M. Vadalà, *L'impianto sanzionatorio "punitivo" della legge sul diritto d'autore: il diritto al ne bis in idem nella permanenza del doppio binario*, in www.lalegislazionepenale.eu 15.4.2023.

⁴⁰ La natura ibrida del *ne bis in idem* europeo e soprattutto la sua diversità rispetto sia al *ne bis in idem* "classico", processuale, sia a quello puramente penale sostanziale, è generalmente riconosciuta dalla dottrina: oltre a L. Bin, *Anatomia*, cit., 98 ss., v., da ultimo, M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *DPCRTrim* 2021, fasc. 4, 180 ss.; L. Barontini, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in www.lalegislazionepenale.eu 26.11.2021; J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem*, cit.,

grado di imporre alcune *regole*, anche a prescindere da un'espressa previsione legislativa; e se tali *regole* coincidano proprio con i criteri valoriali.

Ebbene, se una risposta affermativa al primo quesito può anche ammettersi, ma solo in certa misura e con le precisazioni di cui si dirà, rispetto al secondo ciò risulta invece attualmente impossibile.

Se è chiaro infatti che nessuna regola può essere seriamente dedotta per via interpretativa se il principio è esso stesso indeterminato, va rilevato come il *ne bis in idem* sostanziale sia spesso enunciato proprio in termini generici, in quanto giustificato sulla base di altri macro-principi come la giustizia sostanziale⁴¹ e l'equità⁴², o direttamente sulla logica⁴³, o ancora – più recentemente, e complice la giurisprudenza sovranazionale – agganciandolo al principio di proporzionalità della pena⁴⁴. In tal modo, evidentemente, si arriva soltanto a dimostrare che deve essere previsto un *qualche* criterio volto ad assicurare, almeno in *qualche* caso, che il concorso sia solo apparente, mentre rimane aperto il problema su *quale* sia tale criterio che sarebbe giusto, equo, logico o proporzionato: perché non è *giusto* che sia prevista solo la specialità? È *equo* accogliere solo la sussidiarietà tacita o è necessaria anche la consunzione? Soltanto precisando quale sia il contenuto del divieto – che cosa sia il “*bis*” di cui si predica il “*ne*” – e quale ne sia l'oggetto – l'“*idem*” – è possibile costruire

3 ss. Il tema è compiutamente sviluppato nella recente monografia di A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo*, cit., spec. 177 ss. e 180 ss.

⁴¹ Così A. Moro, *Unità e pluralità*, cit., 76, 81, 84; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*², Milano 1976, 244 s.; C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Milano 2017, 561; A. Pagliaro, *Concorso apparente*, cit., 1392. Nello stesso senso, passando per un intendimento “assoluto” della proporzionalità, A. Cuerda Riezu, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc. 3, 1992, 845 s.

⁴² Cfr. ad es. G. Neppi Modona, *Inscindibilità*, cit., 204; M. Romano, *Commentario*, cit., 179; L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 1160; F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 73. Riconosce esigenze di equità e proporzionalità alla base del versante sostanziale anche A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi*, cit., 1049.

⁴³ A. Merkel, *Die Strafanwendung durch den Richter*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, a cura di F. von Holtzendorff, IV, Berlin 1877, 225; O. Vannini, *Manuale di diritto penale*, cit., 259; S. Camaioni, *Specialità ed interferenza*, cit., 240. Nella dottrina spagnola v. R. García Alberó, “Non Bis in Idem”, cit., 217 e 228.

⁴⁴ Tra i più recenti, cfr. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 297 ss.; C. Sotis, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *IP* 2017, fasc. 2, 461 ss.; A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 525 ss.; E. Pezzi, *I due volti*, cit., 390 ss.; L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *AP* 2019, fasc. 3, 9; A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*⁸, Milano 2021, 528; S. Finocchiaro, *Concorso di reati*, cit., 10. Rivendica invece l'autonomia del *ne bis in idem* rispetto alla proporzionalità della pena C. Silva, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *AP* 2019, fasc. 1, 35 s.

un principio determinato e dunque potenzialmente in grado di imporre immediatamente delle regole.

Non si tratta naturalmente di tentativi rimasti inesperti. Nella dottrina tedesca, la questione è stata ad esempio impostata soprattutto ricostruendo il principio – espressamente costituzionalizzato, in termini generali, dal § 103.3 GG – come divieto di doppia *valutazione (bis)* dei medesimi *elementi* del fatto in quanto espressivi della lesione giuridica (*idem*)⁴⁵. Il principio assumerebbe così la veste di un *Doppelverwertungsverbot*, in linea con il § 46 Abs. 3 StGB, che stabilisce il divieto di valutare come elemento circostanziale un elemento che sia già stato valutato all'interno del fatto tipico. Tuttavia, la conclusione cui arriva chi ha proposto tale ricostruzione, se esportata in Italia, avrebbe effetti clamorosamente opposti a quelli che ci si potrebbe attendere: secondo tale teoria, infatti, ogni qual volta non sia possibile ravvisare un rapporto di specialità, perché ciascuna fattispecie ha anche elementi autonomi, oltre a quelli comuni, non si tratterebbe di concorso apparente, né di concorso materiale (perché comunque alcuni elementi sono comuni), ma di *Idealkonkurrenz*⁴⁶. Il *ne bis in idem*, così come ricostruito, imporrebbe dunque di prevedere un sistema intermedio tra assorbimento e cumulo materiale: sistema intermedio che in Germania è poco diverso dall'assorbimento, ma che in Italia coinciderebbe con quello previsto dall'art. 81 Cp: il *ne bis in idem* imporrebbe dunque di applicare, nei casi diversi dalla specialità, proprio la disciplina del concorso formale.

Non stupisce dunque il maggior successo, nella nostra dottrina, della variante proposta dalla dottrina spagnola⁴⁷, secondo cui l'*idem* dovrebbe essere ancorato all'offesa interamente considerata, e non ai singoli elementi che la esprimono⁴⁸. Secondo tale ricostruzione, infatti, il concorso dovrebbe essere apparente ogni volta che l'offesa riguarda il medesimo bene giuridico, beni giuridici omogenei o beni in rapporto di continenza: si tratta dunque di una proposta pienamente in grado di sostenere quantomeno un criterio legato all'unità dell'offesa.

Tale soluzione, tuttavia, si scontra con due obiezioni.

⁴⁵ Si tratta, in estrema sintesi, della proposta di I. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., *passim*.

⁴⁶ La conclusione ha ovviamente tutt'altro sapore in Germania, dove il § 73 StGB prevede comunque l'applicazione della sola pena più grave, con la precisazione che essa non potrà essere inferiore al minimo edittale della fattispecie soccombente.

⁴⁷ Cfr. R. García Albero, "Non Bis in Idem", cit., 339 ss.; ma anche la consunzione potrebbe essere in qualche modo derivata da tale principio: cfr. *ivi*, 384 ss.

⁴⁸ Cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 186 ss., che in questo modo tenta di rilegittimare l'impostazione di Pagliaro (v. *ivi*, 202).

In primo luogo, risulta difficile spiegare perché, di fronte ad un principio costituzionale di cui si predica la violazione, la questione non sia risolta sul piano, ben più ortodosso, della questione di legittimità costituzionale⁴⁹. Se infatti è in virtù di un principio costituzionale che si reclama la necessaria applicazione di un solo reato per ogni offesa al medesimo bene, la soluzione dovrebbe essere quella di una dichiarazione d'incostituzionalità della singola fattispecie che dovrebbe soccombere e che non contiene una clausola di riserva a ciò determinata, o al limite di uno degli artt. 71 ss. Cp nella parte in cui obbligano all'applicazione di tutti i reati integrati pur a fronte di una sola offesa. Creare invece per via interpretativa regole evidentemente contrarie alla *littera legis* costituisce un'operazione chiaramente al di fuori dei limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

In secondo luogo, va ricordato che evidenti ragioni di coerenza interna della teorica impongono di verificare che anche il criterio sulla cui opportunità nessuno dubita, cioè quello della specialità, sia direttamente derivabile dal *ne bis in idem* sostanziale⁵⁰. Tuttavia, il criterio basato sull'unità dell'offesa, nel momento in cui intrinsecamente sancisce l'applicabilità della sola fattispecie sanzionata più gravemente⁵¹, rischia di contraddire il criterio della specialità. Quest'ultimo potrebbe infatti imporre, rispetto a due reati offensivi del medesimo bene, l'applicazione della fattispecie meno grave (è quel che avviene, ad esempio, nel caso dell'infanticidio rispetto all'omicidio), tanto che chi sostiene la praticabilità di tale criterio valoriale è costretto ad aggiungere che esso vale soltanto quando non si tratti di norme poste in rapporto di specialità⁵². Inoltre, analoga frattura si produce rispetto al caso in cui due norme poste in rapporto di genere a specie tutelino beni giuridici diversi⁵³: l'art. 15 Cp imporrebbe l'applicazione della norma speciale, ma a prescindere da considerazioni sull'offesa, operando dunque al di fuori del *ne bis in idem*.

⁴⁹ Prospetta questa ipotesi, ma parallelamente a una applicazione per via interpretativa dei criteri valoriali, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 328.

⁵⁰ V. infatti C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 195 e 199.

⁵¹ C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 204. Evidenzia questa capacità della consunzione (assunta come criterio valoriale unitario) di andare "oltre" al dettato del principio, indicando anche quale norma debba prevalere, F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 75.

⁵² V. ad es. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 199 e 205; M. Romano, *Commentario*, cit., 183.

⁵³ Si tratta di una nota critica rivolta contro coloro che sostenevano l'applicabilità della *lex specialis* in luogo della *lex generalis* soltanto nel caso di identità di bene protetto: v., per tutti, G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 7; M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 79 s.

Il criterio della specialità, in ben due ipotesi, confligge dunque con quello valoriale che si vorrebbe “imposto” dal *ne bis in idem* sostanziale, e quindi con il *ne bis in idem* stesso. Due allora le alternative.

O il *ne bis in idem* obbliga ad adottare la regola della prevalenza della fattispecie più grave ogniqualvolta sia leso il medesimo bene (o un bene omogeneo), e allora esso stride con l'art. 15 Cp, che dovrebbe essere invece la principale prova di una sua esistenza inespressa⁵⁴, e finirebbe invece col doversi dichiarare incostituzionale (nella parte in cui non prevede che, se la norma generale tutela il medesimo bene di quella speciale ed è sanzionata più gravemente, non sia questa a prevalere) per contrasto con esso. Oppure il *ne bis in idem* non obbliga a tale regola, l'art. 15 Cp è salvo, ma i criteri valoriali perdono la loro diretta deducibilità per via interpretativa dalla Carta costituzionale.

A questo punto del discorso si impone qualche considerazione di diritto comparato. Infatti, al contrario delle teorie strutturali, che sono nate e sostanzialmente rimaste confinate in Italia⁵⁵, i criteri valoriali godono tutt'ora di consolidata applicazione e addirittura espresso riconoscimento, rispettivamente, in Germania e in Spagna, proprio in virtù del *ne bis in idem*, cosicché parrebbe potersi trarre da questo dato una conferma circa la loro ammissibilità anche nel nostro ordinamento⁵⁶. Tuttavia, un'analisi più approfondita restituisce argomenti di senso opposto.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, infatti, non si può trascurare il dato che, se da un lato la *Grundgesetz* prevede espressamente il menzionato principio, dall'altro lo *StGB* non prevede alcuna ipotesi di concorso apparente – nemmeno la specialità! – limitandosi a disciplinare solo la *Idealkonkurrenz*. Ciò ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche di ricostruire la categoria della (*bloße*) *Gesetzeskonkurrenz* senza vincoli politici di diritto positivo; ma, significativamente, gli effetti riconosciuti al verificarsi di un concorso apparente sono del tutto sovrapponibili a quelli che produce proprio la *Idealkonkurrenz*, con la conseguenza che la distinzione tra le due

⁵⁴ Sull'incompatibilità tra specialità e criterio della sanzione più grave v. già G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 13 s. Manifestano perplessità anche B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 205 ss.; V.B. Muscatiello, *Pluralità e unità*, cit., 418 ss. Significativo appare inoltre l'esempio della dottrina spagnola, che sotto la vigenza del Codice previgente, in cui l'art. 68 prevedeva soltanto il criterio dell'applicazione della norma più grave, riteneva mancasse una codificazione espressa della specialità: cfr. A. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992, 214 s.

⁵⁵ In Spagna, la tesi è stata respinta da E. Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes, error y participation en el delito*, Madrid 1991, 45 ss.; R. García Albero, “*Non Bis in Idem*”, cit., 160 ss.

⁵⁶ Sostanzialmente in questi termini M. Mantovani, *Ne bis in idem sostanziale e autoriciclaggio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna 2016, 240.

categorie è oggi puramente classificatoria⁵⁷. Pertanto, è vero che sono applicati sia la specialità che i criteri valoriali, ma anche che la specialità non funziona allo stesso modo che in Italia.

In primo luogo, infatti, la pena inflitta in applicazione della fattispecie speciale non può essere inferiore a quella minima eventualmente più alta prevista dalla fattispecie generale, mentre le pene accessorie previste per la sola fattispecie generale si applicano anche per quella speciale (*Kombinationstheorie*); inoltre, se la fattispecie speciale non può essere applicata (per difetto di una condizione di procedibilità, per la presenza di una causa di non punibilità, ecc.) quella generale torna in vita (*Wiederaufleben*)⁵⁸.

Ciò sembra dunque confermare che il *ne bis in idem*, nella sua versione sostanziale e generale, è un principio argomentativo, di politica criminale, la cui traduzione in regole per via interpretativa deve necessariamente confrontarsi con le regole eventualmente già positivizzate dal legislatore. In Germania, il legislatore sembra aver lasciato campo libero nella strutturazione dei criteri che rendono apparente il concorso, ma la disciplina positiva della *Idealkonkurrenz* ne ha di fatto vincolato gli effetti, trasformandoli in criteri non realmente assimilabili, per via dei loro effetti, a un concorso apparente “all’italiana”. In Spagna, il legislatore ha previsto espressamente ben tre criteri ulteriori rispetto alla specialità, obbligando, tutt’al contrario, a notevoli sforzi creativi per dare un contenuto autonomo a ciascuno di essi⁵⁹. Nel nostro ordinamento, invece, il legislatore ha espressamente strutturato solo il criterio dell’art. 15 Cp (ma in realtà anche, come a breve si dirà, quello insito nell’art. 84 Cp). Pertanto, il *ne bis in idem* è stato effettivamente attuato nel nostro ordinamento, sebbene in misura minore – per via di legittime scelte politico-criminali – rispetto a quanto avvenuto in Spagna; e allora, eventuali ulteriori criteri di creazione interpretativa dovrebbero essere quantomeno compatibili con l’unica forma di attuazione (la specialità), se non si vuole violare la separazione dei poteri⁶⁰.

⁵⁷ Si tratta della c.d. *Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*: cfr. V. per tutti W. Stree, *vorhem §§ 52 ff.*, cit., 691; P. Abels, *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Marburg 1991, *passim*; M. El-Ghazi, *Revision*, cit., 75 e 154.

⁵⁸ Per una ricostruzione critica di tali effetti, talvolta accolti anche dalla dottrina spagnola, si permetta il rinvio a L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 163 ss.

⁵⁹ V. infatti gli sforzi di R. García Albero, “*Non Bis in Idem*”, cit., 333 ss., 382 ss. e 401 ss.; E. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso*, cit., 267 ss., 297 ss., 325 ss.

⁶⁰ Che poi ciò sia effettivamente possibile, sembra però lecito dubitare, se la pretesa insufficienza della specialità unilaterale si fonda su valutazioni di sproporzione della pena che sono del tutto arbitrarie: questo discorso è approfondito in L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 198 ss.; v. anche, da ultimo, A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo*, cit., 177 ss. Lo stesso discorso vale per le teorie strutturali: benché nelle loro prime formulazioni il *ne bis in idem* sostanziale risulti più che altro desunto dalla legislazione vigente (cfr. M. Donini, *Teoria del reato. Una*

2.2. Anche i criteri strutturali, per quanto apparentemente più solidi e convincenti, in quanto fondati sul confronto logico-formale tra fattispecie, sembrano presentare alcuni inconvenienti che ne pregiudicano il pieno accoglimento: l'uno riguarda i criteri di selezione della norma da applicare nei casi in cui dall'analisi strutturale emerga un concorso apparente ma non anche quale norma debba prevalere sull'altra, nelle ipotesi cioè di specialità reciproca per specificazione (o relazione di interferenza); l'altro la possibilità stessa di impostare su basi logiche un confronto tra frammenti di enunciati linguistici (quali sono le fattispecie penali).

Quanto al primo profilo, si può rinviare ad altra sede una critica più approfondita dei menzionati criteri. Qui basterà accennare al fatto che la loro deduzione per via analogica dalla specialità *ex art. 15 Cp* (o meglio, dalla logica della specificazione⁶¹) sembra basarsi su un'operazione non priva di aspetti di arbitrarietà⁶² e che la loro conformazione sembra talvolta incoerente o comunque non ottimale, soprattutto considerando che anche dopo l'utilizzo di ben tre criteri per determinare la prevalenza di una norma sull'altra tale individuazione potrebbe comunque non essere risolta⁶³ (non è infatti inimmaginabile che due fattispecie in relazione di interferenza siano entrambe previste dal Codice penale o da una legge speciale e abbiano il medesimo soggetto attivo e lo stesso numero di elementi specializzanti). Quel che qui invece più

introduzione, Padova 1996, 32; M. Mantovani, *Ne bis in idem sostanziale*, cit., 239), nelle versioni più moderne è presente un richiamo ad esso come principio sovraordinato, ancorato in particolare al principio di ragionevolezza e di proporzionalità della pena, in base al quale sarebbe proibito computare più volte i medesimi elementi concreti, e pertanto si avrebbe concorso apparente in tutte le ipotesi di unità della condotta in cui non siano prodotti eventi tipici diversi, omogenei o eterogenei (cioè appunto anche nelle ipotesi di specialità reciproca, a patto che non sia bilateralmente per aggiunta): cfr. A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 528 ss.; Id., *Lo stalking finito in tragedia*, cit., 1218 ss. Tale lettura, che attenua notevolmente il rigorismo del metodo strutturale (cfr. soprattutto A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 857 s.), e non è lontanissima da una considerazione diretta del rapporto tra fatti concreti (rispetto a cui v. *infra*, § 3), si fonda però sul presupposto per cui la plurima valutazione dei medesimi elementi concreti sarebbe di per sé responsabile di una pena sproporzionata (e dunque irragionevole), sia in una logica "ordinale" che "cardinale" (su tali concetti v. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 160 ss.): una conclusione che non sembra scontata, anche considerando che l'art. 81 Cp permette di aumentare la pena di un solo giorno di reclusione (v. ad es. Cass. 4.3.2014, n. 23961).

⁶¹ F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 224 ss. e 445 ss.

⁶² In questo senso v. già G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁶, Milano 2017, 522, secondo i quali tali criteri sono «apodittici e/o impraticabili» (ma la critica è più tenue nelle edizioni successive); M. Romano, *Commentario*, cit., 178, per il quale essi sarebbero «poco persuasivi»; G. De Vero, *Manuale di diritto penale*, cit., 340 s., che evidenzia le difficoltà di distinguere specificazione e aggiunta. Proprio su questa considerazione, del resto, si è innestata una delle primissime critiche all'impostazione in parola: cfr. S. Camaioni, *Specialità ed interferenza*, cit., 237 ss.

⁶³ V. infatti F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 656 ss.

interessa è, “a monte”, la possibilità stessa di qualificare come logico-formale la natura del confronto tra i singoli elementi della fattispecie.

Rispetto a un simile confronto pare anzitutto possibile muovere qualche censura di taglio metodologico. Spostare l’analisi ad un livello più “basso” di quello delle fattispecie interamente considerate, isolandone i singoli elementi, significa infatti assegnare a ciascuno di essi una quota del disvalore complessivo espresso dalla fattispecie stessa, altrimenti essi non potrebbero realmente dirsi in grado di segnalare – come si predica – una doppia valutazione del fatto, che è ovviamente una doppia valutazione in termini di disvalore. Tuttavia, questa omogenea distribuzione di una quota di disvalore su ciascun elemento pare un’operazione in realtà fittizia⁶⁴, perché molti elementi acquistano un significato di disvalore solo se considerati insieme agli altri presenti nella fattispecie. Ad esempio, la “guida di un veicolo” è del tutto lecita e “approvata” dall’ordinamento, e acquista disvalore se accompagnata dallo “stato d’ebbrezza”; ma se così è, si comparano elementi che acquistano una valutazione rilevante per il diritto penale solo in virtù dell’*ensemble* in cui si trovano.

In secondo luogo, e soprattutto, sembra porsi un problema per così dire epistemologico. Le fattispecie penali e i loro elementi sono infatti espressioni linguistiche e in quanto tali non possiedono confini ben delimitati; dentro una singola parola c’è «un pozzo profondo e insondabile, un abisso di significati: evidenti, riflessi, criptici»⁶⁵. Ogni elemento del linguaggio acquista un determinato significato in modo storicizzato⁶⁶, tramite la stratificazione di sussunzioni di casi concreti: più sono i casi sussunti, meglio quegli elementi saranno definiti⁶⁷. In questo processo, naturalmente, incide anche l’interazione tra più elementi all’interno di un enunciato: mentre calibrando la messa a fuoco sul singolo elemento la gamma di possibili significati aumenta, quando più elementi sono letti all’interno di un enunciato, la cerchia dei concetti che vi si può inquadrare si riduce. Proprio per questo il principio di determinatezza impone, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale,

⁶⁴ In termini analoghi R. García Alberó, “*Non Bis in Idem*”, cit., 164. Peraltro, non è affatto chiarito come bisogna individuare e classificare i singoli elementi di una fattispecie, operazione che incide evidentemente sul risultato del confronto; sul punto v. la serrata critica di M. Spina, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, in *DPCRTrim* 2021, fasc. 4, 228 s.

⁶⁵ M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità nel diritto penale*², Torino 2019, 1.

⁶⁶ Cfr. M. Vogliotti, *Lo scandalo per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, 136.

⁶⁷ Sul punto, per tutti, v. O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 132 ss.

una considerazione della fattispecie non “atomistica”, isolando i suoi elementi, ma complessiva, prendendoli cioè nel loro insieme⁶⁸.

Questi rilievi portano dunque a dubitare che le relazioni strutturali abbiano realmente un carattere asettico, perché si tratta di relazioni tra oggetti il cui contenuto presuppone che sia già stata svolta una attività di interpretazione⁶⁹, naturalmente e inevitabilmente intrisa di valutazioni sostanziali e personali. Questo naturalmente non inficia di per sé la possibilità di instaurare comunque relazioni strutturali e financo logiche tra elementi⁷⁰, ma priva evidentemente la teoria di quella natura a-valutativa e formale che ne dovrebbe invece costituire uno dei punti di forza.

Si prenda il caso dell'evasione aggravata dall'effrazione (art. 385, comma 2, Cp) commessa cagionando un crollo pericoloso per la pubblica incolumità (art. 434, comma 2, Cp). Gli strutturalisti sostengono che la condotta di causazione del crollo sia speciale rispetto alla condotta di violenza sulle cose richiesta dall'effrazione⁷¹; tuttavia, si potrebbe anche concludere, *sulla base di una diversa interpretazione della fattispecie*, che non tutti i crolli sono delle effrazioni, che non c'è alcuna specialità, poiché l'effrazione va intesa come una violenza che deve necessariamente riverberarsi su strutture atte alla ritenzione, mentre la violenza sulle cose non subisce tale limitazione: una tale interpretazione teleologica, orientata all'offensività, induce ad esempio a concludere che chi durante un'evasione rompe una sedia, senza servirsene per evadere, non commette un'effrazione. Una diversa interpretazione dell'elemento “effrazione” trasforma così un rapporto di specialità in un rapporto di interferenza⁷².

Inoltre, se lo stesso concetto di specialità può essere ingannevole⁷³, la distinzione tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta sembrerebbe rivelarsi

⁶⁸ V. ad es., in relazione al disastro innominato di cui all'art. 434 Cp, la nota Corte cost., 1.8.2008, n. 328 e, più in generale, D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. Il problema delle clausole generali nel diritto penale, in www.laegislazionepenale.eu 5.6.2017, 1 ss. Per una critica ai successivi sviluppi giurisprudenziali, che hanno sostanzialmente sconfessato la linea tracciata dalla Consulta, cfr. D. Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *Diritto penale dell'economia, II, Impresa e sicurezza*, a cura di D. Castronuovo e L. Foffani, Bologna 2015, 107 ss.

⁶⁹ Sottolinea le difficoltà di tenuta di un criterio logico come la specialità in un campo assiologico come quello delle fattispecie incriminatrici M. Papa, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, II, Torino 2013, 948 s. Ammette, ma soltanto rispetto alla specialità per aggiunta, la necessità di aver già interpretato la norma, A. Nappi, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in *DPP* 2004, fasc. 9, 1061 ss.

⁷⁰ Esplicito in questo senso A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 265.

⁷¹ Cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 220; G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 28.

⁷² Offre ulteriori ribaltamenti del metodo strutturale I. Giacona, *Concorso apparente di reati*, cit., 20 ss.

⁷³ Cfr. l'ampio studio di S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa 2010, spec. 555 ss., 585.

addirittura fallace⁷⁴: si tratta infatti di figure che a tratti sembrano “palindrome” e a tratti difficilmente distinguibili. Perché una fattispecie di evento dovrebbe dirsi speciale per aggiunta rispetto a una fattispecie di mera, identica condotta, e non dovrebbe invece dirsi speciale per specificazione quest’ultima, in quanto descrive solo una parte del fatto descritto dall’altra? Perché l’elemento «neonato» dovrebbe essere inteso come una specificazione rispetto a quello di «uomo», e non quest’ultimo una aggiunta, in quanto contempla anche casi non contemplati dal primo (i “non neonati”)?

La distinzione sembra basarsi sul fatto che mentre la specificazione opera tra singoli insiemi, l’aggiunta opera tra gruppi di insiemi. Ad esempio, gli insiemi {uomo} e {neonato} sono due insiemi singoli, l’uno interamente ricompreso nell’altro, e perciò in rapporto di specialità per specificazione, mentre si instaura un rapporto di specialità per aggiunta tra il gruppo di insiemi {presupposti, condotta, nesso, evento} e il gruppo di insiemi {presupposti, condotta}, in quanto il primo gruppo contiene i medesimi insiemi del secondo più alcuni ivi non ricompresi. Poiché però gli insiemi sono costruzioni del pensiero direttamente maneggiabili dall’interprete, una somma di insiemi può diventare essa stessa un insieme autonomo, se lo si desidera, e viceversa. Si può scegliere dunque di trasformare l’insieme {uomo} nel gruppo di insiemi {neonati, bambini, adulti, anziani}: in tal modo il gruppo di insiemi {uomo} può leggersi in termini di specialità per aggiunta nei confronti dell’insieme {neonati}, perché oltre ad esso contempla anche ulteriori insiemi. Viceversa, un gruppo di insiemi può leggersi come un insieme singolo: rispetto all’insieme singolo {reato d’evento}, l’insieme {presupposti} e l’insieme {condotta} non sono che dei sottoinsiemi.

Il motivo per cui in certi casi specificazione e aggiunta sembrano non tanto concetti palindromi, quanto indistinguibili, sembrerebbe dipendere invece dal particolare contesto semantico del diritto penale, che è dominato da alcuni principi interpretativi pre-dati. Ad esempio, il dolo specifico rappresenta per alcuni un’ipotesi di specialità

⁷⁴ Cfr., ancora, S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., 326 ss.; M. Jori, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 230 s. Sottolinea l’infondatezza logica di tale distinzione, che sarebbe dunque legata al “fatto” e non al “diritto”, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 192 s., nota 9. Contro la distinzione tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta, oltre al già citato e recente saggio di M. Spina, *Aporie nella distinzione*, cit., 224 ss., cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*⁶, Torino 2015, 446 (nota 2), secondo cui essa, dal punto di vista logico, non avrebbe senso (ma la critica non è più presente a partire dall’ottava edizione del manuale); secondo L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 162, si tratterebbe di una distinzione fondata su un’irrilevante differenza tecnico-redazionale, conclusione fondata su argomenti non dissimili da quelli che si svilupperanno nel testo. Rilevano una certa difficoltà a distinguerle sul piano logico A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 857; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 213 ss. e 237.

per aggiunta rispetto ad una fattispecie a dolo generico⁷⁵, per altri una specialità per specificazione⁷⁶, con evidenti ricadute sul “tipo” di specialità reciproca che si instaura. Ora, ciò sembra spiegarsi in virtù del principio di materialità, che vieta fattispecie penali aventi ad oggetto pure finalità. In questo senso, il particolare contesto interpretativo penalistico impone di dare per presupposto che sia sempre presente anche un dolo generico a copertura degli altri elementi della fattispecie, che il dolo specifico non possa mai presentarsi da solo⁷⁷. Ma se così è, se si prende l’insieme singolo {dolo}, l’insieme {dolo specifico} ne costituisce un sottoinsieme, cioè una specificazione; se si ragiona per gruppi di insiemi – {dolo generico, dolo specifico} – allora la fattispecie che contiene sia l’insieme {dolo generico} che l’insieme {dolo specifico} è speciale per aggiunta rispetto a quella che contiene solo l’insieme {dolo generico}.

Nell’un caso o nell’altro, siano esse palindrome o indistinguibili, specificazione e aggiunta sembrano dunque dipendere da una *scelta interpretativa*, non dalla logica formale. Solo se il giudizio è limitato alle fattispecie interamente considerate, prese entrambe come insieme unico, non c’è possibilità di “giocare” con gli insiemi, e i risultati possono essere attendibili e replicabili: utilizzando la *Subtraktionstechnik*, appare evidente che tutti gli infanticidi sono anche omicidi, e non viceversa, e pertanto l’infanticidio è insieme speciale rispetto all’insieme omicidio. Ma allora l’unico rapporto di specialità affidabile, replicabile, (quasi) immune da scelte manipolative dell’interprete risulterebbe quello di specialità unilaterale.

Queste considerazioni gettano dunque quantomeno qualche ombra sulla reale affidabilità di una costruzione basata su specialità per aggiunta e specialità per specificazione, e più in generale sul confronto tra singoli elementi come metodo. Esse peraltro non si limitano a spiegare perché, in giurisprudenza, l’applicazione pratica dei

⁷⁵ Cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 18, 25; G. De Vero, *Manuale di diritto penale*, cit., 336; M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino 1997, 58.

⁷⁶ Cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 215.

⁷⁷ Se invece si ammettesse una ipotetica fattispecie contenente il solo insieme {dolo specifico} («chiunque nutre il fine di uccidere»), in violazione del principio di materialità, essa potrebbe dirsi speciale per specificazione rispetto alla fattispecie che contempli, oltre a tale elemento, anche ulteriori elementi («chiunque uccide dolosamente»); oppure, ragionando per gruppi di insiemi, si potrebbe dire che la seconda fattispecie, costituita dal gruppo di insiemi {volontà di uccidere, uccisione}, sia speciale per aggiunta rispetto al gruppo di insiemi {volontà di uccidere}.

criteri strutturali sia stata così contraddittoria⁷⁸, ma svelano addirittura potenziali effetti *in malam partem* che una loro frequente applicazione rischia di ingenerare.

Infatti, più i termini che si desidera raffrontare sono definiti, più è facile stabilirne la diversità; più sono vaghi, più si tende a riconoscere sovrapposizioni. Ciò significa che una comparazione per singoli elementi della fattispecie propizia un'accezione più larga degli stessi e quindi dell'intera fattispecie. Si potrebbe così giungere al paradosso dell'eterogenesi dei fini: quanto maggiore è lo sforzo di apertura del tipo *in bonam partem*, di forzare l'estensione linguistica di due elementi per aumentare le chances di una loro sovrapposizione⁷⁹, cui ricollegare l'applicabilità di una sola fattispecie, tanto più ampia sarà la sfera del penalmente rilevante da lì in avanti.

3. Le ragioni sopra sinteticamente esposte forse non spiegano, ma in qualche modo sembrano giustificare i dubbi della giurisprudenza circa l'accoglimento dei criteri sinora proposti dalla dottrina. Tuttavia, al di là del fatto che si tratta comunque di teorie non senza motivo dotate di largo consenso in dottrina, non sembra comunque necessario accontentarsi della sola specialità quale unico criterio generale in grado di rendere apparente un concorso di norme.

Nel sistema del Codice penale sembrerebbe infatti possibile rintracciare un criterio ulteriore – rispetto alla specialità – in grado di rendere solo apparente un concorso di norme: un criterio che copre molti dei casi che più hanno sollecitato la creatività della dottrina, in quanto ritenuti evidentemente immeritevoli di un cumulo sanzionatorio, e che però possiede una solida base legale. Si tratta del *reato eventualmente complesso*, o *reato complesso eventuale*, una figura che sarebbe direttamente ricavabile dall'art. 84 Cp.

3.1. Benché del reato complesso esista una definizione legislativa sin dal Codice Zanardelli (art. 77), della sua fisionomia si è a lungo discusso⁸⁰, tra chi lo ritiene

⁷⁸ Al netto del fatto che essi sono inevitabilmente favoriti dal moderno utilizzo di tecniche legislative meramente sanzionatorie, che rendono spesso assai difficile ricostruire il contenuto delle fattispecie penali *extracodicistiche*: sul punto, con specifico riferimento alle ricadute sulla fecondità del metodo strutturale, cfr. M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 145 ss.

⁷⁹ Rileva una tendenza comune tra i monisti a sfruttare l'estensione dei termini per aumentare le collisioni tra enunciati normativi (cui fa da contrappeso la tendenza dei pluralisti a privilegiare la loro *intensione*) M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 55 ss.

⁸⁰ Con il passaggio al Codice Rocco, il reato complesso era stato anche additato come la prova della positivizzazione della consunzione: cfr., *ex multis*, F. Grispigni, *Corso di diritto penale*, cit., 508; S. Ranieri, *Reato progressivo*, cit., 47; R. Pannain, *Manuale di diritto penale*⁴, I, Torino 1967, 228 e 686 s.; G. Vassalli, voce *Reato*

configurabile solo in presenza di una somma di almeno due reati e chi invece si accontenta di un solo reato, accompagnato da elementi di «per sé non delittuosi»⁸¹: il c.d. “reato complesso in senso lato”⁸².

La questione, in realtà, appare irrilevante, se si considera che in entrambi i casi il rapporto tra fattispecie complessa e fattispecie componenti sembra nient'altro che un'ipotesi di specialità⁸³. Se i «fatti che costituirebbero, per se stessi, reato» sono «elementi costitutivi» del reato complesso nel senso che devono essere in esso espressamente e interamente ricompresi, è evidente che ogni volta che fosse integrata la fattispecie complessa⁸⁴ lo sarebbero anche quella o quelle componenti, e non viceversa, in linea con la *Subtraktionstechnik* tipica della specialità. È ciò che avviene nella paradigmatica ipotesi della rapina, che integra sempre e necessariamente anche un furto e una violenza privata, mentre non ogni furto né ogni violenza privata sono anche una rapina. Seguendo tale interpretazione del reato complesso, dunque, l'art. 84 Cp sarebbe un doppione dell'art. 15 Cp, e verrebbe da chiedersi se tale disposizione possieda realmente una ragion d'essere⁸⁴.

L'unica funzione che potrebbe riconoscersi ad essa, infatti, richiederebbe di conferirle il solo significato in senso stretto (si ha un reato complesso solo quando la fattispecie è costituita da almeno due reati), in modo tale da attribuirle il compito di “nominare” una particolare ipotesi di specialità (quella appunto in cui una fattispecie è contemporaneamente speciale rispetto a ben due fattispecie), in quanto bisognosa

complesso, cit., 834; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 217 ss. Vi intravvide invece un'ipotesi di sussidiarietà espressa R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 405 ss.

⁸¹ L'espressione è di A. Moro, *Unità e pluralità*, cit., 239 e *passim*.

⁸² Tra gli Autori che escludono che questa figura rientri nel reato complesso, riconoscendovi generalmente un normale rapporto di specialità, v. soprattutto F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68; S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 7, 18 ss. e 34 (il quale esclude che si tratti di specialità); G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 821 s. e 834; M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., I, 183 ss.; M. Romano, *Commentario*, cit., 793; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 733. La includono invece nel reato complesso R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 407; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 292 ss.; S. Piacenza, voce *Reato complesso*, in *NssDI*, XIV, 1976, 966; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 477; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, cit., 217 ss.

⁸³ Si tratta di un'evidenza nota sin da F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68; L. Conti, voce *Concorso apparente*, cit., 1017. V. anche A. Tesaurò, *Istituzioni di diritto e di procedura penale*, Napoli 1964, 171; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, cit., 399; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 733 (con riferimento però solo all'ipotesi del reato complesso in senso lato); T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 477. In giurisprudenza la riconducibilità del reato complesso alla specialità è costantemente riconosciuta: v. *ex multis* Cass. S.U. 23.2.2017, n. 20664; Cass. 16.11.2004, n. 50155.

⁸⁴ Così già F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68 s.; U. Pioletti, *Manuale*, cit., 83; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 537; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139 s.; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 237; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, cit., 399; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 590.

di alcune regole particolari, che sarebbero dettate da quelle disposizioni che si riferiscono al reato complesso.

Ora, tali disposizioni sono l'art. 131 Cp, che dispone la procedibilità d'ufficio per il reato complesso se essa è prevista per «taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti»⁸⁵; l'art. 301, comma 3, Cp, che prevede la possibilità di “sciogliere” il reato complesso se uno dei reati componenti rientra tra quelli previsti dagli artt. 276, 277, 278, 295, 296, 297 e 298 Cp⁸⁶ (che tipizzano offese rivolte contro un Capo di Stato, nazionale o estero), imponendo l'applicazione della disciplina sul concorso di reati (con l'aggiunta di un'aggravante a effetto speciale per i reati summenzionati); e l'art. 170 Cp, secondo il quale «la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso».

Ebbene, se il reato complesso che l'art. 84 Cp definisce e cui tali disposizioni si riferiscono fosse da intendersi in un senso sovrapponibile a quello della specialità, tali disposizioni risulterebbero in realtà prive di reale contenuto precettivo⁸⁷. Infatti, l'art. 131 Cp sarebbe inutile, perché la procedibilità d'ufficio vale già come regola generale, mentre quella a querela deve essere espressamente prevista⁸⁸. Pertanto, se per la fattispecie complessa non fosse espressamente prevista la procedibilità a querela, quella d'ufficio sarebbe già l'opzione *standard*, senza il bisogno di una norma che lo specificasse, anche nel caso in cui uno dei reati componenti fosse procedibile a querela, perché tale indicazione varrebbe solo, appunto, per quel reato componente. Né si

⁸⁵ Cfr. F. Antolisei, *Manuale*², cit., 279; S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 20; G. Battaglini, *Diritto penale. Parte generale*², cit., 341.

⁸⁶ L'art. 301 Cp rinvia ancora agli artt. 297 e 298 Cp che sono stati però abrogati dalla l. n. 205/1999.

⁸⁷ *Contra*, con riferimento – oltre alle disposizioni di seguito analizzate nel testo – anche all'ipotesi prevista dal comma 2 dell'art. 84 Cp («Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79»), A. Vallini, *Lo stalking finito in tragedia*, cit., 1220 (spec. nota 11). Interpretando il reato complesso in senso astratto-formale, tale disposizione descriverebbe però un'ipotesi non solo inesistente nella legislazione penale (non esistono né sono mai esistiti reati complessi la cui pena non sia autonomamente prevista), ma che sembrerebbe contraddire il senso stesso del reato complesso: non servirebbe a nulla, infatti, prevedere una fattispecie complessa composta dall'insieme di altre due fattispecie, se poi si imponesse di applicare in concorso le pene di tali fattispecie componenti. L'interpretazione proposta nel testo permetterebbe invece di dare un senso – certo, non rivoluzionario – anche al comma 2 dell'art. 84 Cp. Tale disposizione contemplerebbe le ipotesi di reato complesso circostanziato, in cui un reato integra la circostanza di un altro reato, la quale prevede un aumento *riferito* alla pena del reato base: in tal caso, quale limite massimo all'aumento varrebbero dunque le regole degli artt. 78 e 79 in luogo di quella – leggermente diversa e meno esaustiva – prevista dall'art. 64, comma 2, Cp.

⁸⁸ In questo senso v. già M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139 s.

potrebbe ricavare dall'art. 131 Cp, *a contrario*, che ove i più reati componenti siano tutti procedibili a querela, quello complesso lo sia ugualmente: il reato complesso è infatti un reato autonomo per il quale valgono le normali regole che valgono per gli altri reati, cioè la procedibilità d'ufficio salvo contraria indicazione. Ed infatti, nessuno dubita che, nonostante il furto semplice (art. 624 Cp) e la violazione di domicilio (art. 614 Cp) siano punibili a querela della persona offesa, il furto in abitazione (art. 624-bis Cp) sia procedibile d'ufficio, non contenendo tal fattispecie alcuna indicazione specifica. Se poi per il reato complesso fosse espressamente prevista la procedibilità a querela, ma fosse composto da una fattispecie procedibile d'ufficio, il disposto dell'art. 131 Cp determinerebbe addirittura l'insorgenza di un'antinomia.

Allo stesso modo, riguardo all'art. 170 Cp, la non estinzione del reato complesso in presenza di una causa estintiva che si riferisce solo a un reato componente e non anche a esso sarebbe comunque ovvia anche senza quella disposizione⁸⁹, così come la presenza di una causa di estinzione valida per il solo reato generale non pregiudicherebbe l'applicabilità di quello speciale.

Dall'art. 301 Cp, che disciplina il concorso di reati nel contesto dei delitti contro la personalità dello Stato, si ricavano infine argomenti ancor più decisivi contro una lettura del reato complesso come mera ripetizione della specialità. Il comma 3 di tale disposizione contempla infatti l'ipotesi in cui una delle offese alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore contro il Presidente della Repubblica o un Capo di Stato estero descritta dai reati indicati al comma 1 è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso: in tal caso, l'art. 301, comma 3, Cp stabilisce lo "scioglimento" della fattispecie complessa e l'applicazione della disciplina sul concorso di reati. Tuttavia, se il reato complesso fosse davvero da intendersi come una fattispecie che contiene già in astratto una o più fattispecie diverse, ciò significa che il comma 3 dell'art. 301 Cp predicherebbe la scissione di una fattispecie che dovrebbe contenere come elemento costitutivo o circostanza aggravante l'intera fattispecie – soggetto passivo specifico compreso – di uno dei delitti contro la personalità dello Stato in parola (come potrebbe essere, ad esempio, il reato di "diffamazione del Presidente della Repubblica" o di "omicidio di un Capo di Stato estero"). Simili fattispecie complesse, tuttavia, non esistono nella legislazione penale, né esistevano al momento della scrittura dell'art. 301 Cp. Inoltre, ogni volta che una di esse fosse integrata, sarebbe per definizione integrata anche una di quelle fattispecie

⁸⁹ Così, ancora, M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139.

summenzionate, e scatterebbe quindi la regola dell'art. 301, comma 3, Cp, che predica l'applicazione della disciplina sul concorso di reati: ciò significa che la fattispecie complessa menzionata da tale disposizione non sarebbe mai applicabile.

Piuttosto, allora, sembra preferibile una diversa interpretazione, volta a restituire un senso proprio a tutte le disposizioni sinora menzionate, incluso l'art. 84 Cp. Si tratta, come anticipato, di una diversa lettura del reato complesso, peraltro già proposta in dottrina⁹⁰, secondo la quale l'art. 84 Cp disciplinerebbe l'ipotesi in cui una fattispecie contiene interamente l'altra non "necessariamente" ma "eventualmente", cioè solo in alcune sue forme di manifestazione concrete.

Spostando l'analisi sul piano del fatto concreto, si dischiude in effetti un piano di ragionamento diverso ma anche affine a quello della specialità in astratto: un contenimento non formale, tra disposizioni astratte, ma tra i fatti storici. In via di prima approssimazione, tale contenimento si avrebbe ogni volta che una fattispecie, pur non formalmente richiamata dall'altra, sia integrata attraverso un fatto che corrisponde interamente a una parte del fatto che integra l'altra. Ad esempio, tra truffa (art. 640 Cp) e uso di un atto falso (art. 489 Cp) non c'è specialità, dato che la truffa può essere commessa senza utilizzare atti falsi e il falso può essere utilizzato per scopi diversi da una truffa; ma se l'artificio che integra la truffa consiste proprio nell'uso di quel falso, il fatto rilevante ex art. 489 Cp risulta interamente corrispondente a una parte del fatto rilevante ex art. 640 Cp.

A breve si tenterà di chiarire a quali condizioni questo contenimento fattuale possa ritenersi idoneo a costituire il reato eventualmente complesso. Per il momento, basti osservare che tale operazione permetterebbe di conferire all'art. 84 Cp un significato proprio, inserendo nell'ordinamento un'ipotesi generale di concorso apparente diversa e ulteriore rispetto alla specialità. Inoltre, anche le disposizioni sopra esaminate che si riferiscono direttamente al reato complesso acquisterebbero un senso realmente precettivo.

⁹⁰ La figura è sorta dall'argomentazione per cui la violenza sufficiente per integrare alcune fattispecie che la richiedono non sempre è anche sufficiente da integrare la violenza privata di cui all'art. 610 Cp e pertanto, se non si accoglie la figura "eventuale", tale fattispecie non potrebbe essere assorbita in quella complessa: cfr. G. Neppi Modona, *Sulla posizione della «violenza»*, cit., 530 ss.; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 829 ss. Il reato "eventualmente" complesso è ammesso da F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 72; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 297 e 529; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, cit., 213 ss.; M. Romano, *Commentario*, cit., 794; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 591 s. Tra gli Autori che invece rifiutano la figura: S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 30; R. Pannain, *Manuale*⁴, cit., 688; G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 84 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 476 s.; A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 295 ss.; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 239 ss.

Infatti, in primo luogo, una volta rotti i rigidi schemi della specialità in astratto, la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 301 Cp potrebbe applicarsi in tutte quelle ipotesi in cui l'agente abbia realizzato un fatto che integra sia uno dei reati contro la personalità dello Stato menzionati da tale disposizione sia un altro reato, ma nessuno dei due contenga l'altro come elemento necessario già in astratto. Sarebbe il caso, ad esempio, della rapina ai danni di un Capo di Stato estero⁹¹: la fattispecie di cui all'art. 296 Cp (offesa alla libertà dei Capi di Stati Esteri) non è evidentemente un elemento costitutivo o una circostanza aggravante della rapina (art. 628 Cp), non essendo necessario, perché quest'ultima si configuri, che la vittima possieda la qualifica richiesta dalla prima disposizione (né sussistendo specifiche circostanze aggravanti che contemplino simile ipotesi). Se dunque la fattispecie di cui all'art. 628 Cp non contiene al proprio interno la fattispecie di offesa alla libertà di un Capo di Stato estero (art. 296 Cp), essa può però certamente essere realizzata arrecando anche tale offesa. Ora, ciò significa che l'art. 84 Cp, inteso nel senso di cui sopra, determinerebbe di per sé la sola applicabilità della fattispecie *eventualmente* complessa, cioè la rapina; e che l'art. 301, comma 3, Cp conterrebbe una deroga all'art. 84 Cp, imponendo un concorso effettivo tra i due reati, evitando dunque che la fattispecie eventualmente "componente" resti inapplicata. Sia l'art. 84 che l'art. 301, comma 3, Cp, acquisterebbero così un senso preciso ed effettivamente precettivo.

Allo stesso modo, non ridondante risulterebbe l'art. 131 Cp, che, come detto, impone la procedibilità d'ufficio per il reato complesso se così è previsto per una delle fattispecie componenti. Se riferita al reato eventualmente complesso, ove manca un'apposita fattispecie positiva cui ricollegare la procedibilità *standard*, cioè quella d'ufficio, e quindi la procedibilità non può che essere tratta dalle fattispecie componenti, tale disposizione potrebbe avere piena utilità: essa servirebbe a indicare che, se la fattispecie eventualmente contenente l'altra è procedibile a querela, ma quella eventualmente contenuta è procedibile d'ufficio, nonostante – per effetto dell'art. 84 Cp – si debba applicare solo la prima, la procedibilità sarà d'ufficio. Si pensi alla diffamazione ai danni del Presidente della Repubblica, integrante sia la fattispecie di cui all'art. 595 Cp che quella di cui all'art. 278 Cp. Il primo reato è procedibile a querela, il secondo d'ufficio, e l'art. 84 Cp – immaginando, a scopo esemplificativo, che non esistesse l'art. 301, comma 3, Cp – determinerebbe l'applicabilità soltanto del primo: l'art. 131 Cp avrebbe così lo scopo di imporre una procedibilità d'ufficio altrimenti non prevista.

⁹¹ F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 520 e 678.

Solo l'art. 170, comma 2, Cp manterrebbe inalterata la sua funzione meramente "dichiarativa" del fatto che una causa di estinzione della pena riguardante il reato componente non si estende anche al reato complesso, conclusione di per sé già ovvia e non inficiata dalla tesi qui proposta.

3.2. Sennonché, ammessa in linea di principio una figura di concorso apparente legata a un rapporto di continenza fattuale, emergono due problemi, che sinora ne hanno osteggiato l'accoglimento. Anzitutto, a differenza della specialità, che opererebbe sul piano logico-formale, il reato eventualmente complesso opererebbe su un piano non consono alla questione che mira a risolvere, in quanto farebbe dipendere una questione appunto formale come l'ambito di applicazione di una norma penale da un elemento contingente legato alle particolarità del caso concreto⁹². Inoltre, il rapporto di continenza fattuale, se fondato su un esame diretto dei fatti materiali, risulterebbe sganciato da sicuri parametri: al contrario del contenimento formale, che può contare sui sicuri confini delle fattispecie astratte, la definizione del contenimento fattuale sarebbe rimessa all'arbitrio dell'interprete⁹³. D'altra parte, se si tentasse di impostare la questione utilizzando come parametro di selezione dei fatti materiali rilevanti le singole fattispecie, il problema sarebbe nuovamente riportato sul piano astratto, sul quale o si finisce con l'ammettere il contenimento soltanto nel caso della specialità unilaterale⁹⁴ oppure si deve necessariamente ricorrere ai criteri "strutturali"⁹⁵.

⁹² Si tratta, sostanzialmente, delle critiche da sempre mosse contro la teoria della specialità in concreto: v., per tutti, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 724 s.

⁹³ Cfr. in questo senso G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 40 s.; A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 295 s.; Id., *Giusti principi*, cit., 849 s. Nella giurisprudenza di legittimità cfr., da ultimo, Cass. S.U. 15.7.2021, n. 38402, § 4.4; e Cass. 29.3.2019, n. 19840, in *CP 2020*, fasc. 2, 637 ss. con nota di M. Cappitelli, *In tema di riciclaggio e di reato complesso*, 639 ss.

⁹⁴ Per questo non sembra soddisfacente la soluzione proposta dalla Corte costituzionale nella nota vicenda Eternit, secondo cui i fatti materiali dovrebbero essere appunto selezionati con il "filtro" dagli elementi costitutivi delle fattispecie (v. *supra*, nota 22). In tal modo, infatti, si finisce col ripristinare un confronto tra norme astratte, come dimostrato dalle successive sentenze della Cassazione, che hanno tentato di fare applicazione dei principi espressi dal giudice delle leggi: cfr. ad es. Cass. 13.1.2022, n. 15630, in cui il fatto integrante il reato di bancarotta fraudolenta impropria (art. 216 l. fall.) e quello integrante il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. n. 74/2000) sono ritenuti diversi in ragione del fatto che «il primo fatto è caratterizzato dall'essere reato di danno, caratterizzato dall'aver cagionato o contribuito a cagionare il fallimento della società, e a dolo specifico, elementi non presenti nel primo fatto, che è reato di condotta caratterizzato dal dolo preterintenzionale».

⁹⁵ Ed infatti, secondo Ferrando Mantovani il reato eventualmente complesso dovrebbe coprire i casi di coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare e quelli di coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare (cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 529): il primo caso riguarda le ipotesi di specialità

La tesi qui proposta è un tentativo di superamento di tali obiezioni. In breve, da un lato sembra possibile affermare che nemmeno la specialità opera soltanto sul piano astratto, richiedendo comunque l'unità del fatto materiale; dall'altro, pare prospettabile una strada per superare l'*impasse* di cui si è detto, lo stallo cioè tra un criterio o troppo indeterminato e intuizionistico o coincidente con il confronto delle disposizioni astratte.

Lasciando per il momento in sospeso il secondo problema, in relazione al primo può rilevarsi che la pretesa differenza ontologica tra un criterio basato sul rapporto di specialità tra fattispecie astratte e un criterio basato sull'unità del fatto concreto sembrerebbe potersi ridimensionare: anche per applicare il criterio della specialità, infatti, è sempre necessario il medesimo giudizio di unità del fatto materiale che sottostà al reato eventualmente complesso.

Come si è in altra sede tentato di dimostrare, in effetti, ogni criterio che pretenda di risolvere l'alternativa tra *unità o pluralità di reati* nel concorso eterogeneo, di risolvere cioè l'alternativa tra concorso apparente e concorso effettivo di norme penali eterogenee, deve essere preceduto, se si vuole passare dal piano della mera speculazione a quello dell'applicazione a un caso specifico, da una previa *selezione del fatto storico-concreto* rilevante⁹⁶. Questa selezione, naturalmente, è condotta anzitutto sussumendo il fatto storico nella singola norma incriminatrice, operazione che la specialità può dare per scontata senza perdere la sua natura logico-formale di criterio *in abstracto*; tuttavia, si tratta di un'operazione ancora non sufficiente per il corretto funzionamento della specialità stessa: come dimostra l'art. 81, comma 1, Cp⁹⁷, infatti, sono necessari criteri selettivi ulteriori.

In primo luogo, prevedendo l'ipotesi in cui da «una sola azione od omissione» derivino più reati omogenei, tale disposizione rivela che dopo la sussunzione del fatto nella singola norma incriminatrice si rendono necessari anche ulteriori criteri volti a stabilire quante azioni (od omissioni) tipiche ai sensi della medesima fattispecie sono

reciproca in cui entrambe le fattispecie sono speciali per specificazione e una sola anche per aggiunta; il secondo comprende le ipotesi in cui una sola fattispecie è speciale per specificazione mentre solo l'altra lo è per aggiunta. Anche nella rielaborazione di Giovannangelo De Francesco, che non riconosce cittadinanza a tale figura (cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 81 ss.), è comunque affermato il concorso apparente in tutte tali ipotesi. Rileva l'assenza di autonomia logica del "fatto concreto", se definito in virtù delle norme incriminatrici, A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 849 s.

⁹⁶ Si tratta di una conclusione ampiamente argomentata nel già citato studio L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 6 ss.

⁹⁷ Dimostra ma non determina: il discorso non vale soltanto in ragione del fatto che l'art. 81, comma 1, Cp esiste, perché il problema della distinzione tra reato unico e pluralità di reati omogenei esisterebbe anche là dove per il concorso formale fosse previsto – come era sino al 1974 – il cumulo materiale.

state realizzate: se sono più d'una, salvo casi particolari⁹⁸, saranno più anche i reati omogenei imputabili all'agente, e dunque il rapporto di specialità con un altro reato potrebbe instaurarsi solo con uno di essi. Rispetto, ad esempio, alla realizzazione di più eventi di omicidio, il mero riferimento alla norma incriminatrice non può aiutare in alcun modo a stabilire se l'azione o l'omissione è una sola. La condotta astratta è descritta in termini causali rispetto all'evento e dunque non fornisce alcun appiglio per capire se in un caso concreto l'agente ha realizzato quella pluralità di eventi con una sola condotta o meno: se si valutasse il solo dato della causalità, ne discenderebbe che, essendo più gli eventi, più sono le azioni (od omissioni), e allora l'omicidio – e così qualsiasi reato di evento – non potrebbe mai dare luogo a un concorso formale, conclusione piuttosto ardua da giustificare al cospetto, appunto, dell'art. 81 Cp. Se invece si ammette – come impone l'art. 81 Cp – che possano essere realizzati più omicidi con una sola azione od omissione, allora la questione diventa rilevante anche per la specialità: solo se l'azione o l'omissione è una sola, infatti, si potrà dire che quel fatto di omicidio plurimo può essere, se del caso, riportato al reato di strage (art. 422 Cp), che sarebbe evidentemente speciale. Tutti gli omicidi realizzati invece con azioni od omissioni diverse, magari a distanza di giorni o di anni, darebbero vita a fatti diversi che non potrebbero entrare nel giudizio circa l'esistenza di un rapporto di specialità.

Il fatto che il concetto di «una sola azione od omissione» sia riferibile anche al concorso eterogeneo rende poi necessario un ulteriore passaggio selettivo. Se rispetto al singolo titolo di reato è sempre necessario verificare se esso è stato concretamente realizzato attraverso una sola *azione unica* o più azioni distinte, quando sono ravvisabili più reati diversi, le singole azioni tipiche di ciascun reato, già valutate in termini di *unicità*, devono essere raffrontate l'una con l'altra per stabilire se tali reati sono stati commessi con *azioni identiche*. Ad esempio, se Tizio investe Caio e Sempronio, cagionando a entrambi lesioni personali (art. 582 Cp), il giudizio sulla «sola azione od omissione» dovrà svolgersi in termini di *unicità*; se a Caio sono prodotte lesioni (art. 582 Cp), mentre Sempronio perde la vita (art. 575 Cp), quel giudizio dovrà invece svolgersi prima in termini di *unicità* rispetto ai singoli reati e poi in termini di *identità*.

Il concetto di «sola azione od omissione» di cui all'art. 81 Cp si presta dunque ad una duplice definizione, in termini di *unicità* ed in termini di *identità*, e il concorso

⁹⁸ Salvo cioè che si tratti cioè di reati abituali o di durata: sul modo di atteggiarsi del reato eventualmente complesso rispetto a tali ipotesi si rinvia a L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 439 ss.

formale eterogeneo esige entrambi questi giudizi. Ma se la specialità si differenzia dal concorso formale eterogeneo solo per un rapporto di *genus ad speciem* tra le fattispecie astratte, allora quei criteri ulteriori che presiedono all'individuazione dell'unità dell'azione o dell'omissione sia in termini di *unicità* che, poi, di *identità*, e che contribuiscono alla delimitazione del fatto storico-concreto che integra il singolo reato, sono comuni anche alla specialità. Anche la specialità richiede quindi una previa selezione dei fatti storico-concreti rilevanti secondo criteri ulteriori rispetto alla mera sussunzione sotto le fattispecie incriminatrici: anch'essa presuppone cioè che i fatti materiali che integrano i singoli reati, rispetto ai quali si deve valutare se il concorso è apparente, siano stati precisamente delimitati, con appositi criteri a d'uopo congegnati.

Questo aspetto, in effetti, è stato spesso trascurato dalla dottrina, ma quasi mai davvero obliterato: altrimenti, del resto, i risultati sarebbero aberranti⁹⁹. E infatti, è frequentissimo – anche nella dottrina “strutturale”¹⁰⁰ – quantomeno un breve e fugace richiamo alla necessaria contestualità spazio-temporale dei fatti materiali¹⁰¹, talvolta accompagnata dal riferimento all'unità del fine¹⁰²: criteri certamente imprecisi e privi di sicuri parametri di giudizio, ma evidentemente diretti proprio a delimitare l'area dei fatti materiali, *dopo* che quei fatti siano stati sussunti in una fattispecie

⁹⁹ Emblematico l'esempio dell'impostazione cristallizzata da P.J.L. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., § 151 ss., secondo il quale l'unità di tempo era ininfluenza per l'applicazione della disciplina del *fortgesetztes Verbrechen*, che comportava l'applicazione della sola pena più grave nel caso in cui l'agente avesse realizzato più azioni omogenee nei confronti dello stesso oggetto materiale o dello stesso soggetto passivo. In assenza del parametro temporale, infatti, veniva meno anche quel rudimentale criterio di selezione dei fatti storici rilevanti, con la conseguenza che si sarebbe dovuta ritenere applicabile una sola pena anche a chi avesse commesso più violenze sessuali nei confronti della medesima persona (così E. Henke, *Beyträge zur Criminalgesetzgebung*, Regensburg 1813, 219; ma ulteriori esempi critici furono proposti anche da un illustre allievo di Feuerbach: cfr. C. Mittermaier, *Über den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen*, in *Neues Archiv des Criminalsrecht*, 1818, 238 ss.).

¹⁰⁰ V. infatti il riferimento espresso alla contestualità temporale (in tema però di progressione criminosa) in F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, 584. Più ampia la trattazione di R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 478 e soprattutto 701 ss. Per un interessante e complesso caso risolto con metodo strutturale, ma dopo un'accurata selezione dei fatti materiali rilevanti, v. A. Vallini, *Un caso complesso di “ragion fattasi”*, cit., 182 ss.

¹⁰¹ Tra gli Autori più recenti che ritengono necessaria la contestualità spazio-temporale cfr., G. Cocco, *Unità e pluralità di reati*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale – I, 2*, a cura di G. Cocco, Padova 2012, 50; Id., *Reato istantaneo*, cit., 376; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 602; L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 1168. Per alcune applicazioni in giurisprudenza v. Cass. 2.7.2013, n. 41167 e Cass. 15.6.2012, n. 24541, in tema di estorsione; Cass. 16.10.2014, n. 2542 e Cass. 22.1.2003, n. 9952, in tema di rapina.

¹⁰² Tra coloro che aggiungono il requisito dell'unità del fine, recentemente, M. Romano, *Commentario*, cit., 726 s.; A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 518; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 703; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, cit., 397. Ulteriori riferimenti in A. Aimi, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*², Torino 2020, 251 ss.

incriminatrice, ma *prima* di applicare ad essi i criteri del concorso apparente. Una volta riconosciuto come necessario e ineliminabile questo giudizio che fa dipendere l'applicazione della specialità dal fatto concreto, la primazia dei criteri logico-formali sembra allora meno vigorosa: di fronte a un caso concreto, nemmeno la specialità funziona realmente solo su tale piano, anch'essa presuppone il ricorso a criteri volti a ritagliare l'unità del fatto materiale.

Esemplificando, è vero che, per via della configurazione astratta delle fattispecie, possiamo concludere che tutte le volte in cui è realizzato un sequestro di persona è realizzata anche una violenza privata, ma non viceversa. Tuttavia, si tratta di un discorso puramente speculativo. L'applicazione al caso concreto richiede invece, per verificare se si possa applicare il criterio della specialità, che sia accertato che “*quella* violenza privata” sia stata realizzata nell'ambito di “*quel* sequestro di persona”: nessun rapporto di specialità potrebbe instaurarsi tra il sequestro ai danni di Tizio e la violenza commessa sempre dal medesimo agente e sempre ai danni Tizio, ma un giorno, un'ora o qualche minuto dopo che sia cessato il sequestro. Colui che, appena dopo aver liberato l'ostaggio, gli impedisce di contattare la polizia, commette una violenza privata che non potrebbe ritenersi speciale rispetto al sequestro, perché, dal punto di vista materiale, quel segmento non fa più parte del medesimo fatto materiale inquadrabile nel sequestro. Lo stesso vale per il furto e la violenza privata, che sono elementi necessari, già in astratto, della rapina: ciò non elimina la necessità di accertare che “*quella* violenza privata” e “*quel* furto” che si contestano siano gli stessi che si contestano anche nella rapina e non una violenza o una minaccia commesse magari nello stesso giorno e ai danni della medesima persona, ma in un fatto materialmente distinto. La tecnica della sottrazione (non esistono sequestri senza violenze private, non esistono rapine senza furti, ma non viceversa) in cui si sostanzia il criterio di specialità determina l'applicazione di una sola norma incriminatrice, ma solo rispetto a quei fatti materiali che siano oggetto sia della norma generale che di quella speciale, i quali devono già essere stati sottoposti a un criterio (normativo) volto a delimitarli e decretarne l'unità.

Pertanto, a livello speculativo si potrà anche dire che ogni sequestro di persona è anche una violenza privata, che ogni rapina è sempre anche un furto, e che ciò non vale per l'uso di atto falso e la truffa. Ma se si guarda al funzionamento concreto della specialità, anch'essa presuppone una previa selezione del fatto materiale attraverso criteri diversi dalla sussunzione sotto le norme incriminatrici, e pertanto non è affatto

dissimile dal reato eventualmente complesso. Un sequestro è *speciale* rispetto a una violenza privata *se quest'ultima riguarda lo stesso fatto del primo*, così come una rapina è *speciale* rispetto a una violenza privata e a un furto *se queste ultime riguardano il medesimo fatto della prima*. Allo stesso modo, una truffa *contiene* un uso di atto falso *se si tratta del medesimo fatto*. In entrambi i casi, dunque, è sempre necessaria una previa delimitazione del fatto materiale, rispetto al quale si potranno poi astrarre pregiudizi replicabili: *se il fatto materiale è unitario*, il concorso tra *quei due* reati è apparente, si tratti di specialità o di reato eventualmente complesso.

Non è qui possibile spingersi oltre nell'analisi di tali criteri ulteriori di selezione del fatto storico-concreto¹⁰³. Basti rilevare che se essi concorrono a delineare il presupposto comune – cioè il fatto storico-concreto rilevante per il singolo reato – tanto al concorso formale quanto alla specialità, allora potrebbe essere legittimo proporre un criterio come quello del reato eventualmente complesso, che parimenti se ne serva, e che si differenzia della specialità solo perché questa richiede che siano in rapporto di continenza non solo i fatti materiali ma anche le fattispecie incriminatrici astratte. In entrambi i casi, infatti, la soluzione del concorso di norme dipende comunque dalla previa selezione del fatto storico-concreto, e in entrambi i casi è possibile sapere già in anticipo se e quando tra due reati il concorso può essere apparente.

3.3. Non rimane che soffermarsi sulla struttura del reato eventualmente complesso, che tentare di determinare le condizioni di applicazione dell'art. 84 Cp, tali da rendere solo apparente un concorso di norme, in modo comunque prevedibile e replicabile.

A livello metodologico, anzitutto, l'unico indizio che ci fornisce l'art. 84 Cp, nel momento in cui stabilisce l'applicabilità di una sola fattispecie senza però precisare quale, è che il reato eventualmente complesso deve essere costruito in un senso in cui la norma prevalente sia già di per sé palese dal modo in cui la figura è costituita, senza cioè dover ricorrere ad ulteriori criteri selettivi (ad es. quello della norma punita più gravemente). Ciò premesso, si è già detto che la plausibilità di tale figura richiede una terza via tra una valutazione priva di parametri normativi e un giudizio sostanzialmente ricondotto ai rapporti tra fattispecie astratte.

Tale terza via potrebbe individuarsi in una valutazione che presupponga già compiuto il giudizio di tipicità dei fatti rilevanti per i singoli reati, comprensivo dei

¹⁰³ V., *funditus*, L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 298 ss. e 372 ss.

criteri di selezione del fatto storico-concreto (quelli volti ad accertare l'*unicità* delle singole azioni od omissioni e poi la loro *identità*), e che valuti poi successivamente quei fatti, in termini di continenza, depurandoli dal loro inquadramento giuridico, a prescindere cioè da come sono configurate le fattispecie astratte, mantenendo intatta solo la loro materialità fattuale.

In questo senso, la continenza fattuale dipenderebbe in primo luogo dal rapporto tra gli atti materiali posti in essere, cioè dalle azioni od omissioni concrete, in quanto si tratta di elementi sempre indefettibili (se non fossero previsti altri elementi di fatto, il rapporto di continenza dovrebbe dunque potersi giocare già su questo piano); e in secondo luogo dagli ulteriori eventuali elementi che arricchiscono il fatto di ciascun reato.

Come le azioni (od omissioni) possono essere integrate da atti storico-concreti del tutto coincidenti, o gli uni ricompresi negli altri, oppure interferenti, cioè comuni solo in parte, gli stessi tre rapporti possono instaurarsi tra gli interi fatti storico-concreti che integrano i reati. Se (gli atti materiali che integrano) le azioni sono interferenti, naturalmente, non può sussistere quel rapporto di contenimento fattuale in grado di sostenere la figura del reato eventualmente complesso. Ad esempio, il porto abusivo d'armi (art. 699 Cp) può essere realizzato con azione *identica* a quella di una rapina, se il rapinatore si serve dell'arma quale mezzo minaccioso, cosicché l'atto di porto d'arma diviene in parte indistinguibile dall'atto che concretizza il rischio tipico della rapina. Tuttavia, la sovrapposizione degli atti materiali potrebbe essere solo parziale, perché il porto illegale potrebbe essere (e di norma è) integrato anche da atti precedenti alla rapina, mentre la rapina potrebbe essere (e di norma è) integrata da ulteriori atti, di sottrazione e impossessamento, di per sé non rilevanti per il porto d'armi. Pertanto, potrebbe non verificarsi alcun rapporto di continenza tra le azioni, pur *identiche* ai sensi dell'art. 81 Cp.

Se invece gli atti materiali che compongono le azioni *identiche* dei due reati sono del tutto coincidenti o gli uni compresi negli altri, la continenza tra i fatti interamente considerati sarebbe possibile, ma dipenderebbe comunque dagli elementi fattuali ulteriori necessari affinché siano integrati i due reati. Trattandosi di un rapporto tra *fatti*, è chiaro però che non potrebbero rilevare le mere differenze tra le fattispecie astratte. Ad esempio, se una delle due fattispecie specifica quale sia l'oggetto materiale su cui si deve riverberare la condotta, mentre l'altra no, questo potrebbe forse rilevare sul piano della specialità in astratto, ma non sul piano del reato eventualmente

complesso. Piuttosto, gli elementi fattuali materialmente realizzati, dopo essere stati selezionati secondo il filtro delle norme incriminatrici, dovrebbero essere qui considerati senza vincoli legati al loro inquadramento giuridico, sciolti dal giogo normativo, confrontati nella loro pura materialità. In tal modo, rileveranno per il confronto solo gli atti, gli eventi e i fini storicamente verificatisi in quanto tali, nella loro materialità.

Semplificando, è possibile tradurre il rapporto di continenza tra fatti materiali direttamente in un *test*, affinché la sua complessa definizione concettuale non ne pregiudichi una lineare applicazione pratica: *il fatto concreto che integra un reato può dirsi continente rispetto al fatto concreto che integra un altro reato se provando il primo si prova automaticamente anche il secondo, senza che residuino ulteriori accertamenti di fatto da compiere, ma non viceversa*. Ad esempio, se non si può provare *quella* truffa, che è stata eseguita mediante l'utilizzo di un atto falso, senza provare che l'agente abbia utilizzato un documento che era effettivamente falso – perché se il documento non fosse falso, non si potrebbe dire che è stato impiegato un artificio, mentre provare che l'agente abbia materialmente concorso alla falsificazione non sarebbe indispensabile per provare la truffa – allora siamo di fronte a un reato eventualmente complesso, in cui l'uso dell'atto falso è realizzato mediante una azione *identica* a quella della truffa, e tra i fatti (oltre che tra quelle azioni) sussiste un rapporto di continenza.

Ancora, se durante la realizzazione di un fatto di maltrattamenti (art. 572 Cp) sono realizzate – con azione *identica* – delle percosse, e gli atti materiali di percosse sono interamente ricompresi in quelli di maltrattamenti, anche il fatto di percosse interamente considerato è ricompreso in quello di maltrattamenti, perché l'art. 581 Cp. non è integrato da elementi fattuali ulteriori che non sono al contempo integranti il fatto di maltrattamenti, il quale richiede però anche componenti fattuali ulteriori¹⁰⁴. Se invece sono prodotte delle lesioni personali (art. 582 Cp), è realizzato un fatto che richiede l'accertamento di un elemento ulteriore – la malattia nel corpo o nella mente, selezionata dall'evento tipico del reato di lesioni – che lo rende esorbitante rispetto al

¹⁰⁴ La non applicabilità delle percosse insieme ai maltrattamenti è un dato costante nella giurisprudenza di legittimità v., *ex multis*, Cass. 14.5.2010, n. 22790. Tutto ciò nonostante la violenza non sia un elemento espresso dei maltrattamenti: pertanto l'art. 581, comma 2, Cp – che esclude l'applicabilità delle percosse là dove la violenza sia «elemento costitutivo» di un altro reato – è già interpretato come un reato eventualmente complesso. Naturalmente, può darsi che ogni episodio di maltrattamenti consista in un fatto di percosse: ma si tratterebbe di fatti che, per le percosse, rileverebbero singolarmente; pertanto ognuno di essi sarebbe ricompreso in quello «complesso» di maltrattamenti.

fatto che integra i maltrattamenti¹⁰⁵. Nel caso infine di chi appicca un incendio (art. 423 Cp) volendo con ciò realizzare una strage (art. 422 Cp), le due azioni sono del tutto coincidenti e il fatto materiale che integra l'evento di incendio coincide, in concreto, esattamente con la componente fattuale che determina il pericolo per la pubblica incolumità richiesto dall'art. 422 Cp. Pertanto, il fatto che integra quest'ultimo reato potrà dirsi continente, perché richiede – a parte l'ipotesi in cui si verifica la morte di una o più persone – quantomeno un dolo specifico, cioè una componente fattuale ulteriore in grado di instaurare quel rapporto di continenza che rende applicabile l'art. 84 Cp¹⁰⁶. Ed infatti, in tal caso, provando la commissione del reato di strage si dovrà necessariamente passare per la prova che sia stato commesso il reato di incendio, ma ciò non vale viceversa: provare la commissione del reato di incendio non permette ancora di ritenere provata la commissione del reato di strage, proprio perché mancano le valutazioni fattuali inerenti al dolo specifico.

4. La figura testé delineata permetterebbe, già *de iure condito*, di risolvere nel senso del concorso apparente diverse ipotesi per cui si è tradizionalmente ritenuto che dovesse essere applicata una sola fattispecie e per cui sono dunque stati pensati i vari criteri che si sono susseguiti nel tempo¹⁰⁷. Una interessante applicazione può ad esempio intravedersi nel rapporto tra il reato di disastro ambientale, previsto dall'art. 452-*quater* Cp, e il reato di incendio, sia nella forma comune prevista dall'art. 423, comma 1, Cp che nell'ipotesi boschiva prevista dall'art. 423-*bis* Cp.

Mentre il reato di incendio di cui all'art. 423 Cp si limita a descrivere un reato di evento a forma libera, in cui l'unica caratterizzazione è costituita proprio dalla particolarità dell'evento prodotto, senza che esso sia ulteriormente specificato, il reato di cui all'art. 423-*bis* Cp specifica ulteriormente l'evento, che deve riguardare «boschi, selve o foreste ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento», e inoltre, al comma 4, prevede una circostanza aggravante nell'ipotesi in cui «dall'incendio deriva

¹⁰⁵ Cfr., *ex multis*, le già menzionate Cass. 12.10.2020, n. 34504; Cass. 22.1.2020, n. 14168.

¹⁰⁶ Per una conclusione sostanzialmente analoga, sebbene in termini diversi, v. A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005, 330 s. Viene qui dunque rettificato quanto sostenuto in L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 451, nota 231, circa l'applicabilità in concorso del reato di incendio e di strage senza vittime. Infatti, il dolo specifico della strage è di offesa e dunque richiede una conformazione particolare e ulteriore del fatto: l'orientamento obiettivo della condotta verso un evento ulteriore. Con questa tipizzazione legale si esprime dunque un nesso di rischio, la cui concretizzazione non è richiesta dalla fattispecie, ma che (deve) incidere sulla conformazione materiale del fatto. Sul dolo specifico come tipizzazione di un nesso di rischio v. M. Donini, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *RIDPP* 2022, fasc. 1, 45 ss.

¹⁰⁷ Per alcuni esempi v. L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 451 ss.

un danno grave, esteso e persistente all'ambiente». D'altra parte, il concetto di «disastro ambientale», evento del reato di cui all'art. 452-*quater* Cp, è definito attraverso tre modalità alternative: «1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo».

Quanto all'incendio comune, nessun dubbio sussiste sul fatto che non sia possibile invocare un rapporto di specialità unilaterale in astratto rispetto al disastro ambientale. Posto infatti che il delitto ambientale richiede, anche nell'ipotesi in cui il disastro dipende dalla rilevanza dell'offesa (n. 3), pur sempre l'alterazione quantomeno di una matrice ambientale¹⁰⁸, possono esistere fatti di incendio che non integrano anche il delitto ambientale (es. l'incendio di un capannone industriale), così come quest'ultimo può essere realizzato anche attraverso altre modalità (sversamento di sostanze tossiche, ecc.). Pertanto, qualora il disastro ambientale sia prodotto mediante un incendio, l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza delle Sezioni Unite dovrebbe portare a concludere che le due fattispecie siano applicabili in concorso formale, e non sia possibile invece, come accaduto in passato rispetto a incendio e disastro innominato¹⁰⁹, escludere il concorso sulla base dell'applicazione di un criterio valoriale, soluzione invece avanzata in dottrina¹¹⁰.

Adottando l'approccio strutturale, bisognerebbe anzitutto stabilire se l'evento di incendio sia più specifico rispetto a quello del reato ambientale o non rappresenti invece un evento diverso: mentre gli eventi di cui ai nn. 1 e 2 parrebbero richiedere un *quid pluris* rispetto all'incendio, cioè l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema, la

¹⁰⁸ Cfr. L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it 17.12.2015, 11; L. Ramacci, *Il "nuovo" disastro ambientale*, in *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, a cura di C. Ruga Riva, Torino 2017, 49; P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*⁴, Milano 2022, 163. Anche la giurisprudenza di legittimità è orientata in questo senso: cfr. ad es. Cass. 18.6.2018, n. 29901, in www.penalecontemporaneo.it 11.10.2018, con nota di E. Mazzanti, *Primi chiarimenti (e nuove questioni) in materia di disastro ambientale con offesa alla pubblica incolumità*. V. anche S. Rizzato, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: un'importante sentenza in tema di rapporti tra l'art. 452-*quater* c.p. e 434 c.p.*, in *AP* 2019, fasc. 1, 307 ss.; M. Poggi D'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario*, in *CP* 2019, cit., 625 ss. (spec. 637 ss.); G. Ripa, *Disastro ambientale e pubblica incolumità: la Corte di Cassazione circoscrive il campo di applicazione della fattispecie*, in *Lexambiente* 2018, fasc. 4, 60 ss.

¹⁰⁹ V. infatti Cass. 24.1.2006, n. 7629.

¹¹⁰ V. ad es. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 1083, che propone la consunzione tra l'incendio boschivo e la sola ipotesi n. 3 di disastro ambientale.

particolare rilevanza dell'offesa alla pubblica incolumità, tipizzata nel n. 3, parrebbe invece potersi leggere sia come specificazione (solo la presenza di una pericolosità qualificata integra la fattispecie ambientale) sia come aggiunta (la pericolosità per l'incolumità pubblica è espressa solo nella fattispecie ambientale). D'altro canto, il disastro ambientale richiede una condotta "abusiva", che sembrerebbe valutabile sia in termini di specificazione che di aggiunta. Si tratterebbe, dunque, di una specialità reciproca; ma, a seconda, di come si scioglie l'alternativa tra specificazione e aggiunta, potrebbe concludersi sia per il concorso apparente (con applicazione solo dei reati di incendio, solo del reato ambientale o con la necessità di tirare in ballo gli ulteriori criteri), sia per il concorso effettivo.

Utilizzando invece il criterio albergante nell'art. 84 Cp, la questione sembra trovare più agevole soluzione.

Se le azioni di incendio e di disastro ambientale sono *identiche*, ciò significa che è possibile – ma da valutare in concreto – che gli atti materiali mediante i quali è stato appiccato il fuoco siano proprio coincidenti con quelli mediante i quali è stato causato il disastro. In tal caso, gli ulteriori elementi del fatto potrebbero segnalare l'esistenza di un rapporto di continenza: se l'evento di incendio materialmente realizzato dall'agente è proprio quella componente fattuale che è anche la causa materiale dell'alterazione dell'ecosistema, quest'ultimo è però un elemento di fatto ulteriore che integra solo la fattispecie di disastro ambientale. In tale ipotesi, infatti, sarebbe evidente che il fatto concreto che integra il disastro ambientale contiene in sé anche il fatto che integra il reato di incendio, perché non si può riferire quella porzione di fatto "finale" – l'alterazione dell'ecosistema – all'agente senza aver dimostrato che egli ha cagionato anche la porzione di fatto intermedia (cioè l'incendio) dal quale esso è scaturito. Né però si potrebbe dire che il fatto materiale selezionato dalla fattispecie di incendio copra interamente quello rilevante per il disastro: provato il disastro ambientale mediante incendio si prova anche l'incendio, provando l'incendio non si prova anche il disastro ambientale.

Quanto detto vale anche rispetto all'evento alternativo descritto dal n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp, che aggancia l'*ubi consistam* del disastro alla rilevanza dell'offesa per la pubblica incolumità. Si è già detto che tale definizione non può escludere la necessità che la condotta attinga almeno una matrice ambientale: altrimenti, l'aggettivazione del termine «disastro» come «ambientale», espressamente prevista dalla disposizione, sarebbe priva di alcun rilievo selettivo, oltre che nominalistico. Resta da vedere se il

disastro ambientale caratterizzato dalla rilevanza dell'offesa alla pubblica incolumità richiede un fatto storico-concreto capace di sovrapporsi e includere, *eventualmente*, un fatto-storico integrante un incendio.

A tal proposito, va anzitutto ribadito che, nonostante le apparenze, nessun dubbio deve aleggiare – né aleggia in seno alla giurisprudenza di legittimità¹¹¹ – sul fatto che si tratti di un reato di *evento di danno* nei confronti del bene ambiente, qualificato dal *pericolo* per l'incolumità pubblica¹¹². Da un lato, infatti, la disposizione richiede che l'offesa alla pubblica incolumità si appalesi «in ragione della rilevanza del fatto», e l'unico fatto cui tale inciso può riferirsi non può che essere quello di disastro ambientale, menzionato nella prima parte dell'art. 452-*quater* Cp¹¹³: pertanto, una doverosa interpretazione tassativizzante deve portare a ritenere implicito un evento naturalistico di danno per l'ambiente. Dall'altro lato, benché il testo della disposizione faccia riferimento alla generica nozione di «offesa», inserire al suo interno, oltre al pericolo, anche il danno alla pubblica incolumità significherebbe equiparare dal punto

¹¹¹ V. la già citata sentenza della Cassazione n. 29901/2018, in particolare i §§ 5 e 6.

¹¹² Ritengono invece che nella (sola) ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp si tratti di un reato di pericolo per l'ambiente M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*², Torino 2021, 133; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna 2021, 150. Sarebbe invece un reato di mera condotta, in quanto il pericolo di per sé non è un evento naturalistico, secondo A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *DPCRTrim* 2015, fasc. 2, 76 s.

¹¹³ In questo senso L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti"*, in *DPCRTrim* 2015, fasc. 2, 210 ss.; L. Maserà, *I nuovi delitti*, cit., 11; G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino 2018, 33, nota 96; C. Ruga Riva, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*², a cura di M. Pelissero, Torino 2019, 105; Id., *Diritto penale dell'ambiente*⁴, Torino 2021, 280 s.; A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, Pisa 2021, 94 s.; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, cit., 147; M. Poggi d'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo)*, cit., 634 ss.; Id., *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, ecodelitti, ecicidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di mise en danger ambientale*, in *www.la legislazione penale.eu* 3.3.2023, 17. In termini più dubitativi, in ragione dell'assenza di alcun riferimento esplicito all'ambiente, N. Pisani, *Il nuovo disastro ambientale*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, diretto da L. Cornacchia e N. Pisani, Bologna 2018, 127 ss.; A. Gargani, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *CP* 2016, fasc. 7-8, 2714; F. D'Alessandro, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in *Jus* 2016, fasc. 1, 105 ss.; G.M. Palmieri, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione e riforma del Codice*, Napoli 2019, 190 ss.; A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale*, cit., 74 s., secondo i quali tale scelta descrittiva evocherebbe un inedito "disastro sanitario". Naturalmente, il "fatto" di disastro ambientale deve intendersi in un senso più ampio rispetto a quello descritto dai nn. 1 e 2, sì da attribuire un senso autonomo alla disposizione di cui al n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp: sul punto, chiaro C. Ruga Riva, *op. ult. cit.*, 106. Ne discende però che, se i nn. 1 e 2 assicurano una dimensione "macro", il n. 3 finisce col barattare la necessaria pericolosità per la pubblica incolumità con la possibilità di ritenere punibile anche un "micro" disastro ambientale: un «disastruccio» (F. D'Alessandro, *op. cit.*, 75; in termini analogamente critici A.H. Bell, A. Valsecchi, *op. cit.*, 74; non contraria, in linea di principio, a questa scelta di politica criminale L. Siracusa, *loc. ult. cit.*).

di vista sanzionatorio due stadi offensivi che un'impostazione costituzionalmente orientata richiederebbe invece di differenziare¹¹⁴.

Ora, è discusso se questa fattispecie alternativa di disastro ambientale costituisca un'ipotesi speciale di disastro innominato ex art. 434 Cp¹¹⁵, oppure se si tratti di specialità bilaterale¹¹⁶, o ancora se le due fattispecie siano in realtà incompatibili¹¹⁷: è questione di interpretazione che non è possibile qui approfondire, ma è chiaro che nelle prime due ipotesi il fatto storico-concreto dovrebbe essere del tutto identico. Quanto invece al rapporto con il reato di cui all'art. 423 Cp, l'evento materiale di incendio e quello di disastro non possono dirsi, da un punto di vista storico-fattuale, coincidenti: sono eventi fattualmente diversi, perché il fatto materiale dell'incendio non comporta di per sé l'alterazione dell'equilibrio di una matrice ambientale.

Tuttavia, l'evento materiale di incendio può a sua volta cagionare un evento materiale di alterazione dell'equilibrio di un ecosistema. Pertanto, se le azioni sono *identiche* e gli atti materiali che integrano i due reati sono coincidenti, il fatto concreto che rileva per il reato di incendio sarebbe del tutto coincidente con parte del fatto concreto che rileva per il delitto ambientale, il quale richiederebbe però anche accertamenti ulteriori: appunto, l'effettiva alterazione di una matrice ambientale. Si tratta, come si vede, di un fatto più ricco, che non sarebbe automaticamente accertato una volta accertato che l'agente ha realizzato il fatto di incendio, mentre l'accertamento di tale reato sarebbe, in concreto, automaticamente compiuto una volta accertato il fatto che integra il disastro ambientale, perché l'accertamento di

¹¹⁴ V. in questo senso A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale*, cit., 76; L. Masera, *I nuovi delitti*, cit., 11. Propone pertanto un'interpretazione volta a neutralizzare la distinzione tra «persone offese» e persone «esposte a pericolo», sì da evitare che la fattispecie richieda come elemento costitutivo la presenza di vittime effettive del disastro e scongiurare i conseguenti problemi di ragionevolezza sanzionatoria, soprattutto con riguardo all'art. 452-ter Cp, che prevede una pena più alta per il caso di morte o lesioni come conseguenza di un inquinamento ambientale colposo, C. Ruga Riva, *La nuova disciplina*, cit., 106. Nello stesso senso A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, cit., 96; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, cit., 150.

¹¹⁵ Cfr. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 168; A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, cit., 95; L. Ramacci, *Il "nuovo" disastro ambientale*, cit., 39. Nello stesso senso anche la giurisprudenza di legittimità: Cass. 25.9.2018 (dep. 31.10.2019), n. 44528, § 3.3.2. Addirittura – molto significativamente per quanto più sopra si è detto – “sceglie” di risolvere la questione nel primo senso, pur ritenendola «implausibile ed inutile», M. Cappai, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452 quater c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it 14.6.2016, 10 s.

¹¹⁶ Cfr. L. Masera, *I nuovi delitti*, cit., 12 (spec. nota 23); D. Perrone, *Diritto penale ambientale e "ticking time bombs" interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità ex art. 7 CEDU*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.12.2021, 16.

¹¹⁷ Cfr. A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.lalegislazionepenale.eu 3.2.2020, 11 s.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 142 s.

quest'ultimo non potrebbe che passare per l'attribuzione all'agente di ciò che ha cagionato il danno per l'ambiente e il pericolo per l'incolumità pubblica, cioè appunto l'evento di incendio. Saremmo dunque di fronte, anche qui, a un limpido esempio di reato eventualmente complesso, in cui dovrebbe essere applicato – in virtù dell'art. 84 Cp – soltanto il reato fattualmente continente l'altro, cioè quello ambientale¹¹⁸.

Non rileva invece il dato che il disastro, a differenza dell'incendio, richiede una condotta *abusiva*. Sul reale significato di tale elemento, come noto, la dottrina ha discusso: al più, esso richiederebbe la necessaria violazione di norme extrapenali che delimitano l'area del rischio consentito¹¹⁹; tuttavia, anche in tal caso, è chiaro che tale elemento non richiederebbe una componente materiale effettiva. Anzi, sembra difficile ipotizzare dei casi di disastro ambientale realizzato mediante incendio rilevante *ex art. 423 Cp* (dunque non scriminato) che non abbiano il carattere dell'abusività. Pertanto, siccome la continenza rilevante per l'art. 84 Cp dovrebbe essere basata su fatti storici, selezionati sì dalle norme incriminatrici (nonché dagli ulteriori criteri cui si è fatto cenno), ma poi valutati nella loro materialità, la necessaria abusività della condotta non dovrebbe incidere su di essa.

A tale ricostruzione non si oppone, infine, l'obiezione per cui l'evento di incendio e quello di disastro ambientale potrebbero anche essere del tutto coincidenti, sì da pregiudicare il rapporto di continenza tra i relativi fatti. L'unica ipotesi in cui ciò potrebbe seriamente sostenersi riguarda infatti, con tutta evidenza, il caso in cui l'incendio avvolga una foresta di vaste dimensioni, essa stessa considerabile alla stregua di una matrice ambientale; ma rispetto a tale ipotesi esce di scena l'art. 423 Cp ed entra in gioco il reato previsto dall'art. 423-bis Cp.

A tal proposito, va precisato che quanto detto sin qui vale anche per l'ipotesi del reato complesso circostanziato, che si configura, secondo l'art. 84 Cp, quando un reato ne contiene un altro non come «elemento costitutivo» ma come circostanza aggravante. Anche tale ipotesi, infatti, se interpretata in senso astratto-formale,

¹¹⁸ Lo stesso discorso può farsi, naturalmente, nei confronti del reato di incendio di cosa propria di cui al comma 2 dell'art. 423 Cp, in quanto anch'esso si accontenta di un fatto materiale minore rispetto al disastro ambientale. Vale inoltre la pena di precisare che la tipizzazione espressa del pericolo per la pubblica incolumità non sembra richiedere valutazioni di fatto realmente ulteriori rispetto alla fattispecie di cui al comma 1: sul punto v. A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 286; Id., *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, IX, Tomo I, Milano 2008, 61 ss., 142 ss., 221 ss.; nonché D. Tassinari, *I delitti di incendio (artt. 423, 423 bis, 424, 425, rinvio all'art. 449)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, IV, Torino 2010, 43 ss.

¹¹⁹ Questa la tesi di C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 257 ss., cui si rinvia anche per una ricostruzione del dibattito.

renderebbe l'art. 84 Cp una disposizione inutile, posto che la non applicabilità del reato richiamato nella circostanza sarebbe già desumibile dall'art. 15 Cp (nonché, volendo, dall'art. 61, comma 1, Cp). Pertanto, anche il reato complessi circostanziato dovrebbe essere inteso in senso "eventuale". Ebbene, un esempio di tale figura sembra potersi intravedere proprio nel rapporto tra il disastro ambientale e l'incendio boschivo aggravato: il fatto materiale che integra il disastro ambientale sembra infatti integrare altresì la circostanza aggravante di cui al comma 4 dell'art. 423-bis Cp, e dovrebbe pertanto ritenersi in essa assorbito.

Naturalmente, ragionando sul piano astratto-formale, tale conclusione richiederebbe che la nozione di disastro ambientale, per come descritta dall'art. 452-*quater* Cp, fosse ritenuta coincidente con quella di «danno grave, esteso e persistente all'ambiente», cui si riferisce l'aggravante in questione. Tuttavia, benché in giurisprudenza non sembra ancora essersi formato un orientamento consolidato, in una recente e importante sentenza di merito, il Tribunale di Pisa ha concluso che è possibile immaginare un'ipotesi in cui un incendio boschivo con danno grave, esteso e persistente all'ambiente, non integra anche un disastro ambientale, in quanto quest'ultima fattispecie «presuppone la valutazione dell'esistenza di un'alterazione irreversibile o reversibile, a determinate condizioni onerose, dell'ecosistema, oppure un'offesa particolarmente rilevante alla pubblica incolumità»¹²⁰, valutazioni che non sarebbero invece necessarie ai fini dell'applicazione dell'aggravante dell'incendio boschivo. Pertanto, posto che il riferimento a boschi e selve rende speciale la fattispecie di incendio boschivo rispetto al disastro ambientale¹²¹, che può riguardare qualsiasi matrice, mentre l'evento-aggravante sarebbe generale rispetto agli eventi del delitto ambientale, tra la fattispecie di incendio boschivo aggravata e quella di disastro ambientale sussisterebbe una specialità bilaterale, con conseguente applicazione – in linea con l'orientamento delle Sezioni Unite – di entrambe in concorso formale¹²².

Tale decisione sembra confermare i dubbi più sopra avanzati circa l'affidabilità dei strutturali.

¹²⁰ T. Pisa, 17.9.2021, n. 1356, in *Lexambiente 2022*, fasc. 4, 98 ss., con nota di C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale. Un inaspettato caso di incendio disastroso per l'ambiente*, 62 ss.

¹²¹ Non è invece condivisibile la tesi per cui l'evento "ambientale" descritto dal comma 4 dell'art. 423-bis Cp debba essere esso stesso riferito soltanto alla matrice boschiva, poiché altrimenti non si spiegherebbero le aggravanti previste dal comma 3, legate anche al pericolo per specie animali: sul punto C. Ruga Riva, *Fuoco, bosco, animali: prime osservazioni sul novellato delitto di incendio boschivo (art. 423-bis cp)*, in www.lalegislazionepenale.eu 14.12.2021, 3.

¹²² V. in particolare il § VIII del considerato in diritto.

Infatti, la conclusione per cui l'evento-aggravante di cui al comma 4 dell'art. 423-*bis* Cp sarebbe più ampio rispetto a quello descritto dall'art. 452-*quater* Cp non si basa su un dato inequivocabile ma su una particolare scelta interpretativa, che sembra peraltro giustificarsi solo in ragione del fatto che le parole utilizzate dal legislatore per descrivere i due eventi sono diverse: un dato di per sé tutt'altro che decisivo, considerando che l'incendio boschivo e la sua aggravante sono stati introdotti nell'ordinamento ben quindici anni prima del delitto ambientale¹²³. Ma soprattutto, non si vede perché il concetto di «danno grave, esteso e persistente all'ambiente» non dovrebbe essere coincidente con quello di «alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali»; o meglio: non si vede perché da una differenza terminologica tra concetti così semanticamente affini dovrebbe discendersi una ragione sufficiente per aggravare la responsabilità penale dell'imputato.

È proprio per evitare di affidare l'intera gestione del concorso apparente di norme a questioni così "manipolabili" come la pretesa di instaurare rapporti logici tra concetti simili ma formalmente descritti in modo diverso che la categoria del reato eventualmente complesso potrebbe prestare il suo aiuto. Essa dispenserebbe l'interprete da speciose argomentazioni lessicali, offrendo un piano di ragionamento assai meno insicuro, che ribalterebbe la decisione finale.

Come già è stato rilevato, nel caso deciso dal Tribunale pisano, il collegio ha incentrato la sua motivazione sulla prova del disastro ambientale, mentre poco o nulla ha detto in relazione al danno grave, persistente ed esteso all'ambiente: tale prova, evidentemente, è stata «implicitamente ritenuta presente sulla base degli stessi argomenti già impiegati per l'alterazione irreversibile o difficilmente reversibile»¹²⁴. Il fatto storico-concreto che integra, nel caso di specie, il disastro ambientale, è quindi proprio lo stesso che integra la circostanza aggravante di cui all'art. 423-*bis*, comma 4, Cp, e dovrebbe dunque attivarsi la regola dell'art. 84 Cp: il concorso è apparente e deve essere applicata soltanto la fattispecie circostanziata. Si tratterebbe di una soluzione peraltro non irragionevole dal punto di vista sanzionatorio, posto che risulterebbe applicabile una pena uguale nel massimo e superiore di un anno nel minimo rispetto a quella del disastro ambientale.

¹²³ L'art. 423-*bis* Cp, come noto, è stato introdotto dal d.l. 4.8.2000, n. 220, convertito con modificazioni dalla l. 6.10.2000, n. 275. Sulle novità introdotte dal d.l. 8.9.2021 n. 120, convertito in l. 8.11.2021 n. 155, v. C. Ruga Riva, *Fuoco, bosco, animali*, cit., 1 ss.

¹²⁴ Così C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale*, cit., 69.

Come si vede, il rapporto di continenza tra fatti concreti sembra qui addirittura più semplice da riscontare rispetto a quello di continenza tra fattispecie astratte, che richiede invece l'arduo compito di esaminare i rapporti logici tra due insiemi così poco determinati. La figura del reato eventualmente complesso, normale o circostanziato, sembrerebbe dunque in grado di garantire una soluzione dell'alternativa tra concorso apparente e concorso formale equilibrata, determinata e dotata di espressa base legale.