

Le Sezioni unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme.

di *Gianluca Mulà*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 28 APRILE 2017 (UD. 23 FEBBRAIO 2017), N. 20664

PRESIDENTE CANZIO, RELATORE PETRUZZELLIS

Sommario: **1.** Introduzione – **2.** Lo stato dell'arte in materia di concorso apparente di norme. – **3.** La giurisprudenza della Corte EDU in materia di *ne bis in idem* – **4.** La pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016. – **5.** L'impatto dell'evoluzione interpretativa sul concorso apparente di norme.

1. Introduzione

La sentenza in commento risolve il contrasto interpretativo sorto in seno alla giurisprudenza, relativo al concorso delle fattispecie incriminatrici di cui agli art. 316 bis e 640 bis c.p., che puniscono i reati di malversazione ai danni dello stato (art. 316 bis c.p.) e truffa ai danni dello Stato (640 bis c.p.).

Al di là della portata esplicativa del quesito di diritto¹ posto all'attenzione della Suprema Corte, la sentenza in commento riveste importanza per un *obiter dictum*, in cui le Sezioni unite affrontano il problema delle ripercussioni delle recenti decisioni della Corte Costituzionale e della Corte Edu in materia di *ne bis in idem* sui criteri utilizzabili dall'interprete in tema di concorso di norme.

Il presente contributo si propone di offrire un sintetico quadro d'insieme dello stato dell'arte in tema di principi che regolano il concorso di norme, nonché delle linee evolutive della giurisprudenza convenzionale e costituzionale, che hanno indotto la Suprema Corte ad occuparsi di tale aspetto.

2. Lo stato dell'arte in materia di concorso apparente di norme²

Secondo la ricorrente affermazione della giurisprudenza italiana, tanto di merito quanto di legittimità, l'unico criterio utilizzabile dall'interprete per stabilire se uno

¹ Così riassunto in sentenza: “*se il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316 bis c.p.) concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.)*”.

² Nella manualistica, MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 2015, *passim*; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, *passim*.

stesso fatto sia o meno sussumibile nell'alveo di un'unica norma incriminatrice è quello della specialità in astratto.

Tale assunto pone la giurisprudenza in contrasto con la dottrina prevalente che, per ragioni di giustizia sostanziale, tende invece ad ampliare la gamma di criteri utilizzabili per risolvere i frequenti dilemmi in materia di concorso di norme.

È infatti diffusa, in dottrina, l'opinione secondo cui il criterio della specialità in astratto non sarebbe sufficiente ad assicurare che un soggetto non venga ingiustamente punito due volte.

Si è giunti così all'elaborazione del principio dell'assorbimento³, o del *ne bis in idem* sostanziale.

A mente di tale principio, quando un soggetto commette più fatti di reato, tutti autonomamente punibili in base a diverse norme incriminatrici che risultano, secondo l'*id quod plerumque accidit*, come dei normali *ante facta* o *post facta* rispetto a uno dei fatti commessi, si verserebbe in un'ipotesi di concorso apparente di norme; una soltanto sarebbe dunque la norma applicabile a quei fatti, ossia quella che prevede una sanzione più grave. Il criterio del *ne bis in idem* sostanziale si fonda sull'assunto per cui il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accompagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici.

Di conseguenza, la sanzione prevista per il reato più grave ingloberebbe in sé anche il disvalore penale degli altri reati. Ne deriva che punire il soggetto tanto per la violazione più grave, quanto per gli altri fatti di reato comporterebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle sanzioni, contro lo stesso volere del legislatore.

Un altro principio elaborato dalla dottrina è quello di sussidiarietà, secondo il quale vi sarebbe concorso apparente di norme quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano una progressione criminosa rispetto a un dato bene giuridico, in termini di gravità di danno inferto al medesimo. La sanzione prevista dal legislatore per il fatto di reato che realizza la massima lesione al bene tutelato, per l'impostazione in esame, conterrebbe in sé il disvalore espresso dagli altri fatti di reato. Da qui la necessità di punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto.

Le impostazioni alle quali si è fatto cenno non hanno fatto breccia in giurisprudenza a causa di una fondamentale considerazione: l'unico criterio espressamente previsto dal legislatore al fine di stabilire se ad un fatto debba essere applicata o meno una sola norma incriminatrice è quello di specialità. L'art. 15 c.p. stabilisce infatti che "*quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*". Come si

³ Occorre precisare che la terminologia sul punto non è univoca: la sentenza oggetto di attenzione usa, per definire il principio del *ne bis in idem* sostanziale, il termine sussidiarietà.

desume dall'inciso finale della disposizione, il legislatore è peraltro chiaro nel senso di escludere una deroga al principio di specialità in assenza di apposita previsione di legge.

Ciò premesso, ci si è chiesti se il principio di specialità debba intendersi in concreto o in astratto; se, in altri termini, debba considerarsi il rapporto di specialità avendo riguardo alla manifestazione concreta del fatto di reato, ovvero soltanto prendendo in considerazione la struttura astratta delle fattispecie che vengono in considerazione. In favore della specialità in concreto sembra propendere l'art. 9 della l. 689/1981, che fissa in relazione al concorso tra illecito penale e illecito amministrativo il medesimo principio sancito dall'art. 15 c.p. L'art. 9 della l. Gozzini utilizza infatti la locuzione "*stesso fatto*" in luogo di "*stessa materia*", espressione invece di per sé neutra, lasciando così intuire all'interprete che, nella soluzione dei casi di concorso di norme, sia necessario condurre un'indagine tenendo presente la modalità di manifestazione del reato.

Ulteriore argomento a favore della specialità in concreto è rappresentato dalla sua maggiore idoneità a garantire l'equità del caso concreto.

In favore della specialità in astratto milita invece la considerazione che per cui solo un criterio che non sia contaminato da sempre opinabili giudizi sul fatto, e che si limiti ad un'analisi della struttura astratta delle fattispecie, assicura l'onnipresente esigenza di certezza del diritto, nonché il rispetto dei principi di determinatezza e tassatività.

È noto l'esito della disputa: gli interpreti dispongono soltanto del criterio di specialità in astratto per risolvere le questioni interpretative relative al concorso di norme (da ult., oltre alla sentenza in commento, Cass. n. 47683 del 4.10.2016, imp. Robusti). L'esigenza di evitare arbitri giudiziari e soluzioni giurisprudenziali ondivaghe ha avuto la meglio sulle pur comprensibili esigenze di giustizia del caso concreto.

Costituisce, in ultima analisi, principio consolidato quello per cui, in applicazione del principio di specialità in astratto, il concorso di norme che regolano lo stesso fatto dovrà ritenersi apparente quando una delle due norme risulti, da un punto di vista strutturale, in rapporto di specialità rispetto all'altra. Dovrà, al contrario, ritenersi sussistente un concorso formale quanto tale rapporto non esiste.

Per completezza, occorre osservare che, a dispetto dell'apparente solidità dell'orientamento giurisprudenziale che ritiene il criterio di specialità in astratto l'unico possibile, si registrano pronunce in cui l'adesione a tale impostazione risulta meramente formale, e pronunce che da essa si discostano apertamente.

Le decisioni esponenti dei due indirizzi giurisprudenziali in contrasto non paiono infatti aver utilizzato in modo corretto il criterio della specialità – o non sembrano averlo utilizzato affatto – al fine di stabilire se tra il 316 bis e il 640 bis c.p. vi fosse o meno concorso apparente di norme.

Secondo un primo orientamento, le due fattispecie considerate non si porrebbero in rapporto di specialità in quanto sono poste a tutela di due diversi beni giuridici; da ciò consegue l'esclusione del concorso apparente delle due norme.

Questo filone giurisprudenziale, per quanto corretto nella soluzione (alla luce delle Sezioni unite in commento), non coglie nel segno in quanto l'interesse giuridico protetto dalla norma è un elemento irrilevante ai fini della verifica della sussistenza di un rapporto di specialità tra norme. La considerazione del bene giuridico, invero, involge profili in fatto, con conseguenti margini di opinabilità, che devono invece rimanere estranei all'indagine dell'interprete in materia di concorso di norme.

Un secondo indirizzo ritiene invece che tra le due fattispecie sussista un concorso apparente di norme, ma non tanto perché l'una sarebbe speciale rispetto all'altra, quanto perché il delitto di cui all'art. 316 bis avrebbe "*natura sussidiaria e residuale rispetto alla fattispecie dell'art. 640 bis c.p.*"; è dunque espresso il riferimento al principio di sussidiarietà.

Le Sezioni unite ribadiscono al contrario la validità dell'orientamento maggioritario, che individua nel criterio di specialità in astratto l'unico canone ermeneutico valido per risolvere le questioni in materia di concorso di norme; proprio raffrontando la struttura astratta delle due fattispecie emerge come tra le stesse non vi sia alcun rapporto di specialità.

Fin qui, la pronuncia in commento sembrerebbe limitare la sua portata alla risoluzione del quesito sottoposto alla sua attenzione. Alla luce di un passaggio della parte motiva della sentenza, tuttavia, occorre riconoscere una portata più ampia a tale decisione.

La Corte osserva infatti come da più parti sia stata prospettata l'ipotesi di porre in discussione l'esclusività del criterio della specialità in astratta, alla luce della "*rinnovata attenzione, convenzionale e costituzionale, al divieto del bis in idem sostanziale*".

Occorre adesso esaminare, senza pretesa di esaustività, in cosa consista la rinnovata attenzione al divieto del *ne bis in idem* sostanziale.

3. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di *ne bis in idem*⁴

Al fine di tracciare un quadro dell'orientamento della Corte di Strasburgo in tema di *bis in idem*, occorre prendere le mosse dalla nota sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014 della Corte Edu (alla quale si affianca la pronuncia della Corte di Giustizia *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, C-617/10), con la quale è stato sottoposto a censura il sistema del doppio binario sanzionatorio previsto per le sanzioni in materia di manipolazione del mercato prevista dal t.u.f. (d.lgs 58/1998).

Secondo la Corte, l'applicazione di due sanzioni, entrambe qualificabili alla luce della giurisprudenza della Corte Edu come penali, allo stesso fatto, concretizza una violazione del divieto di *bis in idem* posto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. Il ragionamento attraverso il quale la Corte Edu giunge a tale conclusione ruota attorno a due perni fondamentali.

⁴ Vd. in tema GALANTINI, *il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. Cont.*, 22 febbraio 2011

Un primo punto è costituito dalla nozione di sanzione penale. Come noto, nel nostro ordinamento la natura di una sanzione discende dalla qualifica formale che l'ordinamento le attribuisce. La qualificazione di una sanzione quale penale comporta l'applicazione delle garanzie proprie del processo penale, nonché l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. Ove invece la sanzione venisse qualificata come amministrativa, si applicherebbe il procedimento individuato dalla l. 689/1981 – salvo deroga –, e non troverebbe applicazione l'art. 649 c.p.p. Tale ultima disposizione, infatti, stabilisce che “*l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto*”; è evidente dunque che la norma si riferisce esclusivamente al procedimento penale

È del pari noto, tuttavia, che per la Corte di Strasburgo (sent. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976) la qualificazione giuridica della misura sanzionatoria degrada a mero indice della sua natura, per accertare la quale occorre tenere presente tre criteri: qualificazione giuridica della sanzione, natura della medesima, da desumersi principalmente sulla base delle finalità perseguite, e grado di severità.

Per i giudici della CEDU, dunque, può essere considerata materia penale, con applicazione delle relative garanzie previste dalla Convenzione, anche quella che nel nostro ordinamento non è formalmente definita tale, e che di conseguenza non prevede l'applicazione dei principi interni che presiedono alla materia penale.

In particolare, nella sentenza *Grande Stevens*, la garanzia che non era stata applicata era quella del *ne bis in idem*, prevista dall'art. 4 protocollo n. 7.

Al fine dell'accertamento del *bis in idem*, con conseguente impossibilità di sottoporre il soggetto a nuovo giudizio, è necessaria la valutazione sulla medesimezza di un fatto; è questo il secondo perno del ragionamento dei giudici di Strasburgo. Sul punto, la Corte evidenzia che i fatti per i quali i ricorrenti erano stati giudicati due volte erano identici, e conclude per la violazione del divieto di *bis in idem*.⁵

Tale conclusione è espressione dei principi da tempo elaborati in materia dalla Corte Edu ed enunciati, oltre che nella sentenza *Grande Stevens*, dalla sent. *Zolotoukhine*

⁵ Sul punto, tuttavia, cfr. la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di doppio binario sanzionatorio, la pronuncia della Grande Camera, 15 novembre, 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. N. 24130/11 e 29758/11 con cui si è compiuta “*una sensibile rimodulazione delle ultime enunciazioni della Corte di Strasburgo quanto all'operatività del principio di ne bis in idem*”: UFFICIO MASSIMARIO PENALE RELAZIONE DI ORIENTAMENTO, *Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Rel. N. 26/17 del Cons. M. BRANCACCIO. La valutazione sulla violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 si arricchisce infatti di un nuovo parametro valutativo, che si aggiunge a quello relativo alla nozione di *idem factum* e di materia penale: la connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti. Non sarà dunque sufficiente, alla stregua di tale nuovo criterio, che un soggetto venga processato in una materia penale per un secondo fatto che sia identico a quello oggetto del precedente giudizio; affinché si verifichi una violazione dell'art. 4 Protocollo n.7 della Cedu, occorrerà anche che il secondo processo non presenti una sufficiente connessione sostanziale e temporale con il primo giudizio.

c. *Russia* del 10 febbraio 2009 e nella pronuncia *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014; il principio di diritto che se ne può ricavare dalle citate decisioni è che deve considerarsi *idem factum* “*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*”. Emerge dunque l’attenzione della giurisprudenza convenzionale, nelle valutazioni relative all’*idem factum*, per la dimensione concreta e fattuale dell’illecito; le valutazioni di carattere legale e giuridico non possono incidere sulle garanzie degli individui.

Ne consegue che, nella giurisprudenza nazionale, non ha alcun rilievo l’*idem* legale, ossia le plurime qualificazioni giuridiche attribuite dall’ordinamento a un determinato fatto. Se un ordinamento nazionale considera un fatto sotto un duplice profilo, ed è già intervenuta una condanna, non si potrà assoggettare un soggetto a un nuovo procedimento per lo stesso fatto, ma riguardato sotto altro aspetto giuridico.

Alla luce di tale rinnovata attenzione alla manifestazione sensibile del fatto, parte degli interpreti hanno cominciato a interrogarsi sulla perdurante validità del criterio della specialità in astratto.

Siffatto criterio, che come visto si disinteressa della dimensione concreta del fatto, infatti, consente che un medesimo fatto sia punito in base a due diverse fattispecie, nella misura in cui le due norme non si pongano in rapporto di specialità.

4. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016⁶

La rinnovata attenzione al principio del *ne bis in idem* sostanziale in ambito nazionale è invece espressa dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016. Tale decisione, nel risolvere una questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., ha fatto luce su alcune zone d’ombra relative al problema dell’*eadem re*.

Il Gup del Tribunale di Torino⁷ chiedeva ai giudici delle leggi di chiarire se fosse costituzionalmente legittimo, in relazione in particolare all’art. 117 Cost. e all’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, l’art. 649 c.p.p., nella parte in cui “*limita l’applicazione del principio del ne bis in idem all’esistenza del medesimo “fatto giuridico”, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all’esistenza del medesimo “fatto storico”*”. Tale limitazione nell’applicazione dell’art. 649 c.p.p. discenderebbe da un diritto vivente nazionale propenso a considerare non l’*idem factum*, ma l’*idem* legale.

Sotto tale profilo, la Corte dichiara la questione infondata, sulla base della seguenti considerazioni.

⁶ Per approfondimenti su questa importante pronuncia, vd. PULITANO’, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem*, in Cass. pen., n. 1/2017, p. 70; FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in Cass. pen., n. 1/2017, p. 78; FALCINELLI, *il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, in Arch. pen., 2017, 1; LONGO, *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell’argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale*, in *nomos*, 3, 2016

⁷ Si trattava, come noto, del caso Eternit bis.

In primo luogo, non è esatta la premessa del ricorrente secondo la quale il concetto di *idem factum* convenzionale sarebbe limitato alla sola condotta realizzata dall'agente. Affermano invece i giudici delle leggi che *“né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, né le successive pronunce della Corte Edu recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di bis in idem, con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato...in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima”*. Ne consegue che *“vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore alla sola dimensione materiale”*.

Dunque, la Corte Costituzionale precisa qual è la reale nozione di *idem factum* convenzionale, all'interno della quale ben possono rientrare, insieme alla condotta, anche l'evento e il nesso causale, specificando in tal modo la nozione poc'anzi ricordata di *eadem re* accolta dalla Corte Edu quale insieme di circostanze fattuali inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio.

È parimenti fallace, in seconda battuta, l'assunto del giudice remittente, secondo il quale il diritto vivente in Italia accoglierebbe una nozione di *idem* legale in relazione all'art. 649 c.p.p.

La Corte osserva che, in realtà, il diritto vivente è costituito dall'indirizzo espresso dalle Sezioni unite n. 34655 del 28 giugno 2005, imp. Donati, secondo la quale *“ai fini della preclusione connessa al principio “ne bis in idem”, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona”*. La nozione di *idem* legale che il Gup di Torino assume come diritto vivente risulta in realtà del tutto minoritaria, ed è pertanto lontana dall'essere assunta al rango di diritto vivente. La prassi dei Tribunali accoglie quindi una definizione di *eadem re* strettamente ancorata al piano storico- fattuale⁸.

Alla luce delle considerazioni appena illustrate, la Corte conclude per l'inammissibilità della questione prospettata.

Il giudice rimettente evidenziava poi un secondo profilo di contrasto dell'art. 649 c.p.p. e il *ne bis in idem* convenzionale. In particolare, tale attrito *“riguarda la regola che vieta di applicare il principio del ne bis in idem, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto”*.

I giudici delle leggi prendono atto dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato a mente del quale si deve considerare precluso il divieto di nuovo giudizio posto dall'art. 649 c.p.p., ogniqualvolta sia ravvisabile un concorso formale di norme.

⁸ Vd. sul punto però LAVARINI, *il fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in Proc. pen. E giustizia, 2017, 1, p. 60 e ss.

Tale filone giurisprudenziale “reintroduce nel corpo dell’art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento della dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l’adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento. Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell’agente ai sensi dell’art. 81 c.p., l’interprete, che deve sciogliere il nodo dell’eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l’altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l’evento in un’accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata perché segna l’abbandono dell’*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*”.

Deve dunque concludersi che, tanto nel sistema costituzionale, quanto in quello convenzionale, invece, l’inizio di un nuovo giudizio deve dipendere da valutazioni che attengono esclusivamente alla dimensione concreta dell’illecito.

Ne consegue la declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo, e dunque il divieto di secondo giudizio, per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale⁹.

5. L’impatto dell’evoluzione interpretativa sul concorso apparente di norme

La questione sottoposta all’attenzione della Consulta sfiora il tema centrale del presente contributo, senza però occuparsene in modo diretto, e solleva due distinte riflessioni.

Da un lato, la Corte sembra affermare l’esistenza di un criterio di specialità in concreto, nella parte in cui osserva che l’interprete, nell’occuparsi del concorso di norme, considera gli elementi del fatto giuridicamente rilevanti, nonché il bene giuridico tutelato.

Con riferimento al primo aspetto, la decisione in commento non rileva nessun contrasto tra l’orientamento consolidato sull’esclusività del canone della specialità in astratto e l’*obiter dictum* evidenziato della Corte costituzionale. Sul punto ci si deve dunque arrestare alla constatazione della distonia tra la parte motiva della sent. 200/2016 e il diritto vivente in materia di principi sul concorso apparente di norme. Dall’altro, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, diventa lecito chiedersi se, al fine di assicurare la pienezza del divieto del *ne bis in idem*, non sarebbe doveroso aprire uno spiraglio ai criteri dell’assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto.

⁹ Accoglie invece la tesi per cui l’esistenza di un concorso formale esclude in ogni caso l’*idem factum* e, dunque rende inapplicabile il divieto di *bis in idem* LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, p. 808

Come già osservato, infatti, il criterio di specialità in astratto si basa esclusivamente sul raffronto gli elementi costitutivi delle fattispecie in gioco, senza prendere in considerazione il fatto nella sua dimensione concreta. Si tratta, evidentemente, di un canone ermeneutico che restringe l'operatività del concorso apparente di norme in favore del concorso formale.

I principi di sussidiarietà, di assorbimento, o di specialità in concreto esaminano anche la manifestazione sensibile del fatto storico, allargando l'ambito del concorso apparente; si tratta di criteri sorti proprio per evitare che un soggetto che abbia realizzato un fatto che, nella sua dimensione concreta, risulta sussumibile sotto più fattispecie sia punibile in base a ognuna di esse, a prescindere dal rapporto strutturale tra le norme coinvolte.

La rinnovata attenzione della giurisprudenza, costituzionale e convenzionale, all'*idem factum* parrebbe dunque portare nuova linfa a tali canoni ermeneutici.

Non può infatti tacersi come vi sia una sempre maggiore attenzione, espressa tanto in ambito convenzionale quanto in ambito costituzionale, alla manifestazione concreta del fatto, proprio al fine di scongiurare l'eventualità di una doppia punizione dell'agente. Sembra in altri termini che vi sia la tendenza ad affermare che ad un fatto debba corrispondere una ed una sola punizione.

Su tale seconda riflessione, invece, le Sezioni unite prendono espressamente posizione, negando che questa attenzione alla dimensione concreta del fatto implichi l'apertura a criteri di scioglimento dei nodi interpretativi in materia di concorso di norme che involgano profili d'indagine sul fatto storico, come l'assorbimento e la sussidiarietà. Questa conclusione si spiega sulla scorta delle seguenti ragioni.

Sia la giurisprudenza della Corte Edu, sia quella della Corte costituzionale¹⁰, sono concordi nel ritenere che il divieto del *ne bis in idem* abbia carattere processuale, e non sostanziale. Da qui il corollario per cui i principi costituzionali e l'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU non richiedono che ad un fatto corrisponda una punizione; essi esigono soltanto che un soggetto non possa essere chiamato due volte, in due separati giudizi, a rispondere dello stesso fatto, al fine di non proiettare sull'individuo l'ombra sinistra della provvisorietà della sua libertà personale e della perpetuità della pretesa punitiva dello Stato.

Da tali canoni costituzionali e convenzionali non può invece ricavarsi il diverso principio secondo il quale chi commette un fatto sussumibile sotto più fattispecie può essere punito sulla base di una soltanto di queste. La conseguenza di un simile corollario sarebbe, evidentemente, l'incostituzionalità dell'istituto del concorso formale, nonché una violazione del principio di integrale valutazione giuridica del fatto.

Ne consegue che resta ferma, e doverosa, la possibilità che un fatto sia valutato alla stregua di tutte le norme incriminatrici che lo tipizzano, purché tale valutazione avvenga e si concluda nell'ambito di un unico processo.

¹⁰ Tale principio è stato di recente ribadito da Corte Cost. n. 102/2016

La natura processuale del divieto del ne bis in idem esclude pertanto che dalle evoluzioni interpretative in materia discendano effetti in relazione ad istituti sostanziali, soprattutto quando tali effetti contrasterebbero con l'approdo di una consolidata giurisprudenza della Cassazione.

Può essere utile richiamare quanto precisato dalla Suprema Corte, in merito alle ragioni che inducono ad accogliere il criterio della specialità in astratto quale unico strumento per dirimere le questioni in tema di concorso di norme: *“i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale”¹¹.*

È proprio l'esigenza di salvaguardia dei principi di determinatezza e tassatività che ha indotto i giudici della Suprema Corte a giocare d'anticipo, difendendo il criterio di specialità a fronte di un attacco che, per la verità, era soltanto paventato.

¹¹ Sez. un. n. 47164 del 20.12.2005, imp. Marino