

Concorso di norme e *bis in idem* sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016

di *Laura Delbono*

Nota a CASS., SS.UU., (22 GIUGNO 2017) 12 SETTEMBRE 2017, N. 41588, CANZIO *Presidente* – MONTAGNI *Relatore* – LA MARCA *Ricorrente*

Sommario. **0.** La massima ufficiale. – **1.** Le disposizioni in esame. – **2.** La sentenza. – **3.** L'orientamento della giurisprudenza sul concorso di norme: l'utilizzo del principio di specialità e le teorie pluralistiche. – **4.** “Stessa materia” e “Idem factum”, un confronto tra l'art. 15 c.p. e l'art. 649 c.p.p. guardando alla Corte costituzionale e alla CEDU. – **5.** Considerazioni conclusive.

0. La massima ufficiale

“I reati di detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma clandestina - in virtù dell'operatività del principio di specialità - non possono concorrere, rispettivamente, con i reati di detenzione e porto illegale, in luogo pubblico o aperto al pubblico, della medesima arma comune da sparo. (La Suprema Corte, in motivazione, ha precisato che l'operatività del principio di specialità presuppone l'unità naturalistica del fatto e che, pertanto, resta impregiudicata la possibilità del concorso tra i suddetti reati qualora l'agente ponga in essere una pluralità di condotte nell'ambito di una progressione criminosa, nella quale, alla detenzione o al porto illegale di un'arma comune da sparo, segua, in un secondo momento, la fisica alterazione dell'arma medesima)”

1. Le disposizioni in esame

La pronuncia ha ad oggetto il rapporto tra due fattispecie di legislazione speciale.

L'art. 4 l. n. 895/1967 punisce il porto illegale di armi da guerra in luogo pubblico o aperto al pubblico, ma è fattispecie che può parimenti riguardare le armi comuni, atteso l'art. 7 che prevede una diminuzione di pena per il porto della tipologia meno offensiva di armi.

Si tratta di un reato comune, a dolo generico e permanente, dal momento che la condotta attiva del porto dell'arma, con conseguente possibilità di utilizzo, ha natura non istantanea perdurante per tutto il tempo in cui il soggetto ne ha la disponibilità. La clausola di illiceità speciale dell'illegalità del porto è da riferirsi al difetto della licenza prescritta dall'art. 42 T.U.L.P.S.

L'art. 23, commi 1 e 4, l. n. 110/1975 descrive il delitto di detenzione o porto in luogo pubblico di arma clandestina: l'elemento della clandestinità si identifica nella mancata iscrizione di armi da sparo nel catalogo nazionale, con conseguente difetto di numero di immatricolazione.

2. La sentenza

Il ricorso per cassazione è proposto avverso la sentenza resa dalla Corte d'appello di Catania con la quale, in conferma della sentenza di primo grado resa in esito a giudizio abbreviato, era stato escluso l'assorbimento dei reati di detenzione e porto di arma comune da sparo in quelli di detenzione e porto di arma clandestina, in considerazione della diversità degli elementi strutturali delle fattispecie, nonché dei beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici.

Il ricorrente, con unico motivo, denuncia la violazione dell'art. 15 c.p., invocando al contrario la piena applicabilità del principio di specialità al caso in esame.

La Corte di Cassazione procede quindi all'analisi delle fattispecie ribadendo, a livello di teoria generale, la non utilizzabilità dei criteri di sussidiarietà e sussunzione, ritenuti in contrasto con il principio di legalità atteso il difetto di un referente normativo.

Tanto premesso, nella sentenza viene ripercorso il funzionamento logico-argomentativo del principio,

a partire dalla nozione di "stessa materia", da riferirsi alla fattispecie astratta, a nulla rilevando, invece, il bene giuridico tutelato, la cui omogeneità non è idonea ad incidere in alcun modo sul rapporto tra norme. Si precisa poi che la coincidenza di fattispecie astratte e, dunque, la sussistenza dell'elemento dell'identità di materia, può ravvisarsi nei seguenti casi: specialità unilaterale per specificazione, specialità reciproca per specificazione, specialità unilaterale per aggiunta, mentre deve escludersi se le norme si pongono in rapporto di specialità reciproca bilaterale per aggiunta.

I giudici citano inoltre, a supporto della tesi esposta, la recente sentenza della Corte costituzionale, n. 200/2016¹, che ha affrontato la questione del *bis in idem* dal punto di vista processuale, vagliando l'art. 649 c.p.p. e la sua conformità a Costituzione secondo il parametro interposto dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

La Corte conclude ritenendo che gli elementi costitutivi e le condotte materiali coincidano dal punto di vista naturalistico, differendo unicamente per il dato relativo alla clandestinità dell'arma oggetto di detenzione o di

¹ D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. e proc.* 2016, 12, 1588; R. CALÒ, *Divieto di doppio processo – La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. It.*, 2016, 10, 2240; G. DI CHIARA, *Osservatorio Corte costituzionale – Ne bis in idem, nozione di idem factum e concorso formale di reati tra ordinamento interno e garanzie CEDU* in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 9, 1171.

porto, pertanto, in applicazione del principio di specialità, accoglie il ricorso rideterminando la pena.

3. L'orientamento della giurisprudenza sul concorso di norme: l'utilizzo del principio di specialità e le teorie pluralistiche

Anche la sentenza in commento, dunque, sembra confermare il consolidato orientamento che individua nel criterio di specialità il solo idoneo a risolvere il concorso apparente di norme², come ribadito da ultimo dalle Sezioni Unite anche con sentenza del 28 aprile 2017 n. 20664 sul rapporto tra malversazione ai danni dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche³.

E' noto, tuttavia, come tale restrittiva interpretazione non sia condivisa da larga parte della dottrina e pare utile richiamare le argomentazioni critiche in tal senso addotte, al fine di poter meglio esaminare l'*iter* logico seguito dai giudici di legittimità nel caso in esame.

In sintesi, la ricostruzione giurisprudenziale fonda sulla possibilità di rinvenire un fondamento legislativo, individuabile nell'art. 15 c.p., per il solo criterio di specialità, secondo il quale quando due disposizioni penali vengono in rilievo in relazione ad una stessa fattispecie concreta, quella speciale deve prevalere su quella generale, così evitando una duplicazione di efficacia penale del precetto.

La disposizione penale, infatti, in tali casi appare sostanzialmente coincidente con le due norme, sebbene diversificata da quel solo elemento - di specificazione o aggiunta - idoneo a porle in rapporto di genere a specie. Tanto che, se la norma speciale dovesse venire meno, quella fattispecie ricadrebbe in quella generale, se tuttora in vigore, assistita da una più vasta applicabilità per effetto della cosiddetta riespansione.

Di contro, pur non smentendo la necessità di un referente normativo, larga parte della dottrina evidenzia come dallo stesso art. 15 c.p. possa evincersi, attesa la clausola "*salvo che sia altrimenti stabilito*" la possibilità di utilizzare principi generali ulteriori e diversi, peraltro di frequente evocati dallo stesso legislatore attraverso l'apposizione, in singole fattispecie, di clausole di salvezza⁴, espressamente regolanti l'operare dell'una o dell'altra norma sulla base della qualificazione del fatto.

Secondo una parte della dottrina tali criteri, individuati in quelli di sussidiarietà e consunzione, opererebbero a prescindere da espliciti richiami, attecchendosi a principi generali, come si ricaverebbe anche dagli artt. 84, 61, 62, 68 c.p. Le cosiddette teorie pluralistiche sono peraltro accomunate dall'attribuire una particolare rilevanza al disvalore penale delle fattispecie,

² Sicuramente a partire da Cass., S.U. "Giordano" n. 1235 del 19 gennaio 2011.

³ Così la massima: "*Nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art.15 cod.pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore.*"

⁴ Ad esempio, "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*".

elemento che è invece totalmente ignorato laddove si applichi il principio di specialità, inteso come confronto strutturale tra disposizioni⁵.

Proprio il rilievo del bene giuridico tutelato concorrerebbe, secondo tale concezione, ad evitare, una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Il bene giuridico può rilevare innanzitutto sotto il profilo del grado di approfondimento dell'offesa: per esempio, il principio di sussidiarietà, invocato dalle teorie pluralistiche postula un rapporto di rango tra fattispecie (si pensi, esemplificando, all'art. 285 c.p. e all'art. 422⁶ c.p.: il primo presenta un grado più elevato di offensività, nonostante la sostanziale coincidenza delle condotte, perché viene posta in pericolo la sicurezza dello Stato) oppure la lesione a ulteriori e diversi beni giuridici, con implicito giudizio di diversa gravità.

Se è vero che la giurisprudenza richiama costantemente solo il criterio strutturale, non sono rare le pronunce nelle quali l'interesse giuridico valutato incidentalmente, quantomeno come ulteriore argomento⁷.

La progressione d'offesa è posta alla base anche dei criteri dell'antefatto non punibile⁸, considerato strumentale ed assorbito dalla fattispecie principale, in quanto offensivo di un bene meno importante. Si parla in questi casi anche di progressione criminosa⁹.

⁵ Sul punto, vale la pena ricordare che nel progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso, è inserito un articolo, rubricato "*Principio di specialità e concorso apparente di norme*", secondo il quale: "*Salvo che sia altrimenti stabilito, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale. Quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore*", caratterizzato dall'introduzione di un criterio suppletivo rispetto alla specialità in astratto, in accoglimento delle istanze della dottrina.

⁶ Proprio con riferimento al reato di strage, la Relazione al Progetto definitivo del codice penale, 1929, vol. V, pt. II, p. 218 evidenzia la strumentalità degli altri reati contro la pubblica incolumità rispetto a quello di strage, assunta quale "norma principale" proprio in considerazione del pericolo di lesione al bene individuale della vita (cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2017, p. 526, per la tesi a favore del criterio di sistema della c.d. "sussidiarietà tacita").

⁷ Cass., sez. II, n. 43349 del 24 novembre 2011: "*La inapplicabilità del criterio di specialità alle due norme emerge anche in considerazione della non identità degli interessi protetti. L'art. 640 e art. 640 bis c.p., tutelano il patrimonio da atti di frode, aggravata nel caso di conseguimento di erogazioni pubbliche; l'art. 316 bis c.p., tutela la pubblica amministrazione da atti contrari agli interessi della collettività, anche di natura non patrimoniale.*"; Cass., sez. II, n. 29512 del 16 giugno 2015: "*Il reato di malversazione in danno dello Stato (art.316-bis cod. pen.) può concorrere con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art.640-bis cod. pen.), in quanto il primo tutela la P.A. da atti contrari agli interessi della collettività, anche di natura non patrimoniale, mentre il secondo tutela il patrimonio da atti di frode, aggravata nel caso di conseguimento di erogazioni pubbliche.*"

⁸ G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, post fatto non punibile*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, 517.

⁹ G. VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in Enc. dir., XXXVI, Milano, 1987, 1150 ss.

Il criterio in esame non solo è tacitamente rinvenibile a livello sistematico, ma è codificato in tutti i casi nei quali il legislatore abbia inserito nella disposizione una clausola di riserva¹⁰.

Ad una logica inversa rispondono invece i criteri di consunzione e di non punibilità del postfatto: in questi casi, è la fattispecie precedentemente commessa a fungere da principale, assorbendo il disvalore di condotte successive ad essa collegate.

Anche il criterio del postfatto si rinviene in svariate previsioni e, in particolare, ogni volta che sia prevista la punibilità “fuori dei casi di concorso” in reato precedente. La logica sottesa all’assorbimento risponde ad una valutazione *ex ante* di normalità della condotta successiva, quale sviluppo consequenziale di quella precedente, come se il legislatore avesse già ponderato implicitamente il disvalore del fatto successivo¹¹ nella fattispecie principale.

Premesso questo breve inquadramento generale, si deve evidenziare come si registri spesso una certa contraddittorietà nell’applicazione del criterio strutturale, dal momento che, per quanto ritenuto eccessivamente opinabile e valutativo, il disvalore del fatto di reato, quantomeno sotto il profilo del bene giuridico offeso, concorre sovente a dirimere il problema del concorso di norme.

D’altronde, il disvalore penale è il fulcro dell’intero sistema sanzionatorio e non a caso in altri ambiti è tenuto in considerazione in affiancamento al

¹⁰ Cass., sez. III, n. 16329 del 20 aprile 2015 si occupa in questi termini del rapporto tra le fattispecie di adescamento di minori e di atti sessuali con minorenne: “[...] il nuovo art. 609 undecies c.p., introduce nel nostro ordinamento il delitto di adescamento di minori, punito con la reclusione da uno a tre anni. La fattispecie del reato, caratterizzata dal dolo specifico, ha una portata assai ampia, ricorrendo allorché il soggetto intrattenga con l’incapace o col minore infrasedicenne, anche attraverso l’utilizzazione della rete internet o di altre reti o di mezzi di comunicazione, una relazione tale da condurre il minore medesimo ad un incontro. Trattasi di reato di pericolo, caratterizzato da una significativa anticipazione della tutela che si rende necessaria per colpire comportamenti insidiosi, prodromici all’abuso sessuale ai danni degli adolescenti. Necessita mettere a fuoco, di poi, il rapporto tra il reato di adescamento e i reati-fine: alla luce della clausola di riserva, contenuta nel disposto normativo (“sempre che il fatto non costituisca più grave reato”), per l’applicazione dell’art. 609 undecies c.p., è necessario che non siano ancora configurabili gli estremi del tentativo o della consumazione del reato-fine, in quanto se ciò si realizza dovrà procedersi soltanto per i predetti illeciti e non per l’adescamento, rilevato che se ci sono gli estremi del tentativo, contestare anche l’adescamento significherebbe di fatto punire due volte la stessa condotta, vanificando così il significato della clausola di riserva. A maggior ragione ciò vale qualora il reato-fine sia consumato, perché in tale eventualità la condotta di adescamento, precedentemente tenuta dall’agente, si risolverebbe, a ben vedere, in un antefatto non punibile.”

¹¹ Sul rapporto tra il comma 1 e il comma 2 dell’art. 497 bis c.p., Cass., sez. II, n. 15681 del 14 aprile 2016, ha ritenuto il “reato di contraffazione, più grave rispetto al reato di possesso del medesimo documento, il quale ultimo si atteggia come postfatto non punibile, attesa la naturale progressione criminosa che vede la contraffazione come necessariamente prodromica al possesso ed il rapporto tra le due condotte come di mezzo a fine dell’azione illecita”.

criterio di specialità: attualmente, per esempio, secondo l'orientamento maggioritario, la successione di norme penali nel tempo è regolata dal confronto strutturale tra le due fattispecie astratte, tuttavia in concreto applicato in combinato ad una valutazione – per quanto spesso sottaciuta – dei beni giuridici rispettivamente tutelati¹². Solo in tal modo, opina parte della giurisprudenza, è possibile verificare compiutamente se la disposizione sopravvenuta ha un effetto abrogativo, discendente dal venir meno della valutazione di disvalore nella fattispecie incriminatrice soppressa.

Vale la pena, sul punto, richiamare una recente sentenza¹³ avente ad oggetto il rapporto tra l'art. 434 c.p. (disastro innominato) e l'art. 452 *quater* c.p. (disastro ambientale) che, richiamando i citati criteri applicabili, osserva come essi siano *“essenzialmente riconducibili al principio di continuità del tipo di illecito, alla regola di continenza tra fattispecie e a quello dei rapporti strutturali tra paradigmi normativi, alla luce delle rispettive collocazioni sistematiche.”*

Pur dando conto della centralità del principio di specialità, definita *“regola cardine che governa la più ampia fenomenologia del concorso di norme”* e dell'inadeguatezza del criterio della continuità dell'illecito atteso l'opinabilità dei giudizi di valore sui quali si fonda, evidenzia le criticità del rapporto di continenza, che *“si limita a prevedere un meccanismo di funzionamento per specialità unilaterale, là dove rapporto di continenza può esistere anche allorquando la norma successiva, pur introducendo elementi di specialità su taluni dei temi, assuma, comunque, carattere generale su altri.”* Tale problema, come noto, si pone nei medesimi termini nel concorso di norme che presentino tra loro un rapporto di specialità reciproca¹⁴.

Analogamente, in materia di successione di norme integratrici, la giurisprudenza¹⁵ afferma che *“il principio di retroattività della norma più favorevole, affermato dall'art. 2 c.p., comma 4, non si applica in caso di successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale che non incidano sulla struttura essenziale del reato e quindi sulla fattispecie tipica [...] ma comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto, delineando la portata del comando (Sez. 2, n. 46669*

¹² Cass. S.U. n. 24468 del 12 giugno 2009, “Rizzoli”.

¹³ Cass., sez. I, n. 58023 del 29 dicembre 2017.

¹⁴ Cass., S.U., n. 1963 del 21 gennaio 2011: *“La specialità può essere invece bilaterale o reciproca e ciò si verifica quando l'aggiunta o la specificazione si verificano con riferimento sia all'ipotesi generale che a quella specifica (per es. rapporto tra artt. 610 e 611 c.p.: la prima norma prevede anche il tollerare o l'omettere che non sono previsti dalla seconda che, a sua volta, ha in più che la violenza o la minaccia devono essere dirette a far commettere un fatto costituente reato). È evidente, nel caso di specialità bilaterale, la maggior difficoltà di applicare il principio di specialità perché non esistono criteri, se non di ordine logico, idonei a spiegare in modo inequivoco che cosa si intenda per norma speciale.”*

¹⁵ Cass., sez. V, n. 11905 del 21 marzo 2016.

del 23/11/2011 - dep. 19/12/2011, P.G. in proc. De Masi e altri, Rv. 252194; 32797/2013)”.
 Anche parte della dottrina¹⁶, infine, ritiene che ai fini della successione di leggi penali nell'ipotesi di abolizione di norme integratrici sia indispensabile verificare se il fatto conserva l'originario disvalore penale e, dunque, la persistenza della *ratio puniendi*.

Il confronto con la disciplina in materia di successioni di leggi lascia intravedere come, di fatto, il criterio del disvalore penale continui ad avere un ruolo, per quanto apparentemente limitato ai casi in cui la continenza strutturale presenti difficoltà applicative. Pare tuttavia che, per quanto ribadito con fermezza anche dalla sentenza in commento, la regola della specialità mostri a livello empirico di non possedere ontologicamente le caratteristiche a renderla criterio generale e autosufficiente in materia in tutti i casi di concorso di norme.

4. “Stessa materia” e “Idem factum”, un confronto tra l’art. 15 c.p. e l’art. 649 c.p.p. guardando alla Corte Costituzionale e alla CEDU

L'opzione restrittiva, limitata al solo dato normativo di cui all'art. 15 c.p., si spiega del resto con la condivisibile volontà di rispettare quanto più pienamente il principio di legalità, anche in considerazione dell'art. 7 CEDU che, come noto, ne impone una lettura ampia, che contempli tanto la disposizione incriminatrice quanto la sua interpretazione e, di conseguenza, anche l'esame dinamico delle fattispecie sotto il profilo del concorso di norme.

In tale specifica materia, tuttavia, occorre considerare anche un ulteriore principio fondamentale, ossia la regola del *ne bis in idem*, che potrebbe per alcuni aspetti porsi in conflitto con il principio di legalità così strettamente applicato, rispetto al quale si colloca a pari rango.

Pur non avendo un'espressa copertura costituzionale, il principio trova fondamento nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, secondo molti interpreti, costituisce la *ratio* stessa della disciplina del concorso apparente di norme, specificamente volta ad evitare che uno stesso fatto concreto sia sussunto in due diversi precetti penali.

L'importanza del principio e le sue ricadute anche sul concorso di norme è stato messo di recente in evidenza nella nota sentenza “Grande Stevens”¹⁷, con la quale la Corte EDU si discosta in parte di primato del principio di specialità, ritenendo che per verificare la violazione del principio del *ne bis in idem* sia necessario considerare la coincidenza o meno dei concreti fatti concreti imputati, a nulla rilevando la struttura astratta delle fattispecie.

Come noto, la pronuncia ha ad oggetto il problema del cosiddetto doppio binario sanzionatorio - penale ed amministrativo - e, dunque, la violazione

¹⁶ In tale senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, p. 87; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2017, p. 121.

¹⁷ Corte europea diritti dell'uomo Sez. II, n. 18640 del 4 marzo 2014.

del principio con riguardo a tutti quei casi di duplicazione di procedimenti volti all'applicazione di sanzioni che per la giurisprudenza della Corte rivestono natura ontologicamente penale (sulla base dei criteri "Engel"¹⁸), a prescindere dalla qualificazione formale datane dall'ordinamento interno.

Tuttavia, sebbene la questione del criterio risolvente del concorso di norme sia affrontato incidentalmente e con specifico riguardo al rapporto tra reato e illecito amministrativo da riqualeificarsi sulla base dei criteri Engel, pare innegabile un orientamento sostanzialista della Corte sovranazionale.

Il quadro normativo di riferimento si completa, infine, con l'art. 649 c.p.p.: il confronto tra tale disposizione, relativa al *ne bis in idem* processuale e l'art. 15 c.p. offre diversi spunti di riflessione.

Il divieto di *bis in idem* opera laddove sussistano due presupposti: uno soggettivo, relativo all'identità tra persona già giudicata e da sottoporre a nuovo procedimento e uno oggettivo, ossia l'identità tra il fatto accertato e quello per cui procedere ad un eventuale secondo giudizio.

L'orientamento di legittimità¹⁹ legge il "medesimo fatto" come coincidenza materiale del reato nei suoi elementi oggettivi: condotta, evento, nesso causale.

Soprattutto, il *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p. sembra trovare il suo statuto nelle sole norme processuali, non potendosi al contrario ricavare un effetto preclusivo dalle disposizioni di parte generale sostanziale.

Tuttavia, la circostanza che il "medesimo fatto" sia ricondotto agli elementi oggettivi del reato come concretamente realizzatisi, oppure sia considerato fattispecie astratta, influisce senza dubbio sull'operatività del divieto in presenza di concorso formale di reati.

E' proprio in ordine a tale punto che si è espressa di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 21 luglio 2016²⁰ citata nella pronuncia in commento e ampiamente considerata in motivazione.

In primo luogo, bisogna dare atto che viene escluso che ai fini dell'identità di fatto debba guardarsi anche alla coincidenza dei beni giuridici tutelati, dal momento che la dinamica processuale e, soprattutto, le garanzie convenzionali impongono una lettura naturalistica e non giuridica.

Si riconferma dunque l'orientamento già esposto, respingendo le critiche della dottrina suesposte.

¹⁸ 1) la qualificazione giuridica formale dell'illecito compiuto dal diritto interno; 2) la natura oggettiva dell'illecito; 3) la natura della sanzione prevista e il suo grado di severità, come delineati dalla giurisprudenza europea. (Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976.)

¹⁹ Senz'altro a partire da Cass. S.U. n. 34655 del 28 giugno 2005; cfr. di recente sez. 3, n. 24309 del 19 gennaio 2017; sez. 5, n. 47683 del 4 ottobre 2016; sez. 2, n. 19712 del 6 febbraio 2015.

²⁰ Redazione (a cura di), *Eternit: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ma il giudizio a quo può riprendere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 7-8; S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)* in www.penalecontemporaneo.it.

Viene inoltre affrontato il problema, di diretto interesse ai nostri fini, del concorso formale in caso di violazione di due disposizioni per mezzo di un'unica condotta, con la precisazione che, anche in caso di passaggio in giudicato di uno dei due fatti, non sarà possibile procedere con riferimento all'altro appunto in virtù del concorso formale.

La Corte supera così l'orientamento che *“ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di bis in idem, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen.. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede”* dichiarando incostituzionale l'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. nella sua interpretazione che esclude l'operare del divieto di *ne bis in idem* qualora sussista un concorso formale tra il reato già oggetto del giudicato e il reato *sub iudice* nel nuovo procedimento.

Viene dunque formalmente sancita l'autonomia delle concezioni sottese alla “stessa materia” di cui all'art. 15 c.p. e dello “stesso fatto” di cui all'art. 649 c.p.p.: la prima rispondente alle logiche astratte del diritto penale sostanziale (c.d. *idem legale*), la seconda alle imprescindibili ragioni garantistiche del diritto processuale (c.d. *idem factum*).

Il principio effettivo che si ricava è che *“l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice a quo) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale”*.

E' evidente come secondo questa interpretazione l'applicazione del solo criterio di specialità nella sua declinazione strutturale, seppure con le criticità viste, non incide in alcun modo il principio de *ne bis in idem*, dal momento che un correttivo sostanziale viene ad operare nella fase processuale azzerando il rischio di un secondo procedimento avente ad oggetto lo stesso fatto concreto.

Deve sottolinearsi che la Corte costituzionale²¹, seppure con pronuncia risalente, aveva in passato diversamente opinato, ritenendo non in contrasto con la Costituzione l'interpretazione data all'art. 90 del vecchio c.p.p. nel senso di escludere l'operatività del divieto di *ne bis in idem* nel caso di concorso formale di reati. Tale orientamento, infatti, sosteneva che pur essendo l'azione unica, gli eventi plurimi e diversi devono considerarsi produttivi di più fatti, suscettibili di essere separatamente perseguiti e, nel contempo, veniva escluso che tale ricostruzione incidesse sul diritto di difesa o sul principio di uguaglianza.

²¹ C. Cost., n. 6, del 5 gennaio 1976 in GC, 1976, I, 1590.

E' di tutta evidenza l'influenza attualmente esercitata dalla Corte EDU nell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, con riguardo alla lettura da dare al medesimo fatto giuridico, laddove la Corte costituzionale afferma che *“Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 cod. pen., 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 dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'idem factum, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di bis in idem”*.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce delle argomentazioni esposte dalla Corte costituzionale, i giudici di legittimità enucleano un principio che sembra superare le molteplici incertezze definitorie della coincidenza del fatto di reato.

Così facendo, individuano anche criterio operativo ai fini dell'applicazione del principio di specialità, stabilendo espressamente che l'assorbimento tra fattispecie non è possibile allorché vi sia diversità di condotte.

Nelle coppie di reato considerate (detenzione di arma comune da sparo/ detenzione di arma clandestina e porto illegale di arma comune da sparo in luogo pubblico o aperto al pubblico/ porto di arma clandestina in luogo pubblico o aperto al pubblico) la condotta è indubbiamente naturalisticamente identica, dal momento che l'unico elemento di diversità è una caratteristica dell'arma.

Elemento che, secondo una lettura sostanzialistica e non meramente strutturale, vale ad integrare l'operatività del principio di specialità.

Viene inoltre precisato che un concorso tra reati potrà sussistere nel caso di pluralità di condotte inquadrabili entro una progressione criminosa (per esempio, nell'ipotesi nella quale si possa distinguere una prima condotta relativa ad arma comune da sparo e una seconda condotta connotata dall'alterazione della medesima arma, con conseguente clandestinità della stessa).

Del resto, nel caso in esame, si raggiunge lo stesso risultato procedendo al confronto strutturale, che rivela una specialità per aggiunta unilaterale delle fattispecie connotate dalla clandestinità, specialmente se considerato alla luce dell'impostazione sistematica della normativa in materia di armi.

L'art. 4, comma 2, l. 895/1967 contiene, infatti, una clausola di sussidiarietà per l'ipotesi in cui il porto d'arma costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica del reato commesso: qualora ricorra una delle due ipotesi, dovrà applicarsi la norma che contiene il porto d'arma

quale elemento costitutivo o circostanza aggravante. E' dunque evidente l'intenzione del legislatore di individuare come recessive rispetto ad altre ipotesi di reato quelle di detenzione e porto di arma comune da sparo (e, si può ragionevolmente presumere, a prescindere dalla ricorrenza di un'aggravante specifica, qualora si riconosca in altra fattispecie una maggiore offensività).

Tale argomentazione sembrerebbe, per alcuni versi, rievocare le citate teorie pluralistiche citate: ma è sul punto necessario evidenziare la presenza della clausola di sussidiarietà e della riconduzione della clandestinità ad elemento circostanziale, idoneo a ricadere nelle ipotesi di specialità per aggiunta ricondotte all'art. 15 c.p.

Alla luce del ragionamento esposto in sentenza, si può senz'altro ritenere ancora una volta confermato l'orientamento che esclude fermamente criteri valutativi del concorso di norme diversi da quello specialità; tuttavia, la sentenza in commento ha il merito di aver fatto proprie le argomentazioni della Corte costituzionale, riportando sullo stesso piano di indagine²² il *bis in idem* visto dal punto di vista sostanziale e da quello processuale.

²² Sebbene la sentenza della Corte costituzionale 200/2016 sia considerata anche ai fini della motivazione resa nella già citata sentenza a Sezioni Unite, n. 20664 del 28 aprile 2017 sui rapporti tra malversazione ex art. 316 *ter* c.p. e truffa aggravata ex art. 640 *bis* c.p., deve osservarsi come in quel caso il Collegio si sia sostanzialmente limitato ad enunciare il principio di diritto, senza calarlo nelle concrete fattispecie in esame.