

**LE SEZIONI UNITE E IL CONCORSO APPARENTE DI NORME,
TRA CONSIDERAZIONI TRADIZIONALI E NUOVI SPUNTI INTERPRETATIVI**

Nota a [Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 \(dep. 12 settembre 2017\), n. 41588,](#)
[Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca](#)

di Gabriele Serra

Abstract. *La recente sentenza n. 41588/2017 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ripropone il tema del concorso apparente di norme e dei criteri atti a risolvere i conflitti. Traendo spunto dalla pronuncia, il contributo analizza il tema anche alla luce della giurisprudenza della CEDU e della Corte Costituzionale, evidenziando i punti di contatto con il tema del c.d. ne bis in idem sostanziale e prova a fornire un quadro in ordine ai criteri ermeneutici, anche fornendo alcuni nuovi spunti interpretativi, che possono guidare l'interprete nella soluzione dei problemi nei rapporti tra fattispecie incriminatrici.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto concreto e le fattispecie incriminatrici. – 3. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza. – 4. La posizione delle Sezioni Unite. Profili tradizionali... - 4.1. (*segue*)...e nuovi parametri. Il rapporto con il *ne bis in idem*. – 5. Spunti interpretativi e profili evolutivi del concorso apparente di norme.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite tornano ad occuparsi del tema del concorso apparente di norme, con riferimento alla particolare ipotesi di alcune fattispecie incriminatrici previste da leggi speciali in tema di armi¹. La sentenza in

¹ Anche recentemente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 20664 del 23 febbraio 2017, ha affrontato il tema in discorso, con riferimento al rapporto tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. Vedila in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, 2017, p. 2653, con nota critica di N. MADIA, *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni Unite* e in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 344 ss., con nota di S. FINOCCHIARO, [Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione](#). In ordine alla tematica generale in discorso si v. anche *Cass. Pen.*, Sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 2403, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, p. 225 ss., con nota di A. CHIBELLI, [Omicidio "stradale" e guida in stato di](#)

discorso è, nonostante la particolarità dei reati di cui tratta, densa di argomentazioni aventi peso e carattere generale, posto che la Corte, nella sua massima espressione, scioglie il nodo interpretativo, in ordine alla sussistenza di un concorso apparente tra norme ovvero di un concorso formale di reati, attingendo da tutti i principali e più recenti formanti sul punto, facendo emergere peraltro, in tal senso, il nesso intercorrente tra il tema citato e quello del c.d. divieto di *bis in idem*.

In particolare, nel superare un orientamento granitico sui rapporti tra le fattispecie concrete, le Sezioni Unite non mutano, anzi richiamano, il proprio tradizionale orientamento in tema di criteri atti a dirimere i conflitti tra norme incriminatrici, aderendo apertamente alla tesi c.d. monistica. Nel far ciò, non si sottrae, ma anzi valorizza, i recenti arresti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché la posizione derivata espressa dalla Corte Costituzionale l'anno passato, mostrando una unica direzione entro cui ricondurre l'analisi della problematica in parola.

Anche alla luce della particolarità della disciplina in discorso, appare opportuno inquadrare, prima di esaminare i profili argomentativi proposti dalle Sezioni Unite, la fattispecie concreta, in fatto e in diritto, da cui ha avuto origine la controversia.

2. Il fatto concreto e le fattispecie incriminatrici.

Nel caso che occupa, l'imputato era stato condannato per aver portato in luogo pubblico una pistola caricata a salve, che sarebbe di libera detenzione, la quale era stata tuttavia modificata, così rendendola idonea all'impiego di munizioni letali. Conseguentemente, tanto il GIP di del Tribunale di Ragusa, quanto la Corte d'Appello di Catania, richiamando il granitico orientamento giurisprudenziale sul punto, affermavano la sussistenza, in concorso formale tra loro, dei reati di porto di arma comune da sparo *ex artt. 4, 1 comma e 7, 1 comma della Legge 2 ottobre 1967, n. 895 e di porto di arma clandestina ex art. 23, 1 e 4 comma, legge 18 aprile 1975, n. 110*.

Avverso tale decisione, l'imputato ha proposto ricorso per Cassazione, denunciando l'erroneità della decisione nella parte in cui ritiene configurabile un concorso formale di reati tra le fattispecie in discorso. Nel ricorso, si sottolinea come non convinca l'affermazione della Corte d'Appello per cui sarebbe da escludere l'assorbimento del reato di porto di arma comune da sparo in quello di arma clandestina, in considerazione, da un lato della diversità degli elementi strutturali della fattispecie, che della diversità dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici.

A giudizio del ricorrente, al contrario, sussiste quel rapporto di specialità *ex art. 15 c.p.* in forza del quale le due norme in discorso debbano essere riconosciute in concorso apparente tra loro, posta la sussistenza di un solo elemento specializzante, la clandestinità dell'arma; ed evidenziando altresì, a supporto argomentativo e ragionando per dissociazione, come il concorso di reati possa essere predicato in relazione alle

[ebbrezza: concorso di reati o convergenza apparente di norme? Il possibile revirement \(per ora solo rimandato\) della Corte di Cassazione.](#)

fattispecie di porto di arma da un lato, e di detenzione dell'arma dall'altro, posta la diversità di condotta tra le fattispecie.

Nonostante la presenza di un diritto vivente nel senso del concorso formale di reati, la Prima Sezione, investita del ricorso, ha ritenuto di non poter condividere tale orientamento, rimettendo la questione alle Sezioni Unite, le quali, come anticipato, condividono le perplessità della Sezione remittente ed escludono la configurabilità del concorso formale tra i reati in esame.

Sul piano del diritto positivo, in estrema sintesi, si può rilevare come l'art. 4, comma 1 della legge n. 895 del 1967, sanziona la condotta di chi porti in un luogo pubblico o aperto al pubblico, armi o parti esse, con una riduzione di pena se si tratti di arma comune da sparo (art. 7, 1 comma)².

Tuttavia, l'art. 23, comma 4 della legge n. 110 del 1975, sanziona, con pena più severa, il porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi o canne clandestine, tali ai sensi del 1 comma del medesimo articolo³.

Peraltro, a dimostrazione dell'impianto normativo costruito dal legislatore in tema di armi, si può evidenziare come sia del tutto speculare il rapporto tra la fattispecie di detenzione di arma comune da sparo e di detenzione di arma clandestina. Contiguità che ha condotto le Sezioni Unite ad estendere la propria indagine, nell'enunciare il principio di diritto, anche a tali fattispecie incriminatrici, giungendo, all'evidenza, alla medesima conclusione.

3. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza.

Rispetto a tale quadro normativo, la giurisprudenza di legittimità, aveva sempre ritenuto configurabile un concorso di reati tra le fattispecie in discorso, per due ordini di ragioni, riprese dalla Corte d'Appello di Catania, ed entrambe oggetto di esame e superamento specifico da parte delle Sezioni Unite.

In primo luogo, si legge nelle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate del tema, che il bene giuridico protetto dalle norme di cui alla legge n. 895 del 1967 (ora sostituita dalla l. n. 497 del 1974) in tema di armi comuni da sparo, sia diverso e distinto da quello sotteso all'impianto normativo dell'art 23 della l. n. 110/1975, che sanziona le condotte di detenzione e porto di arma clandestina.

In particolare, anche la giurisprudenza più recente ha avuto modo di rilevare che non vi potrebbe essere assorbimento tra le fattispecie in esame posta la diversità di interesse protetto dalle norme incriminatrici, *"che, nelle disposizioni dettate dalla L. n. 895*

² In verità, le fattispecie in discorso, pur se continuano spesso a vivere nelle aule giudiziarie, sono state sostituite dalla legge 14 ottobre 1974, n. 497, che all'art. 12, in particolare, sanziona la medesima condotta di cui all'art. 4 citato.

³ Ai sensi dell'art. 23, 1 comma, l. n. 110/1975, sono armi clandestine *"1) le armi comuni da sparo non catalogate ai sensi del precedente articolo 7, ovvero non sottoposte alla verifica di cui all'articolo 23, comma 12-sexiesdecies, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135; 2) le armi comuni e le canne sprovviste dei numeri, dei contrassegni e delle sigle di cui al precedente articolo 11."*

del 1967, si identifica con l'interesse a che l'autorità di pubblica sicurezza conosca l'esistenza delle armi, i luoghi ove sono custodite e l'identità delle persone che ne hanno la disponibilità, nonché ad impedirne la circolazione non consentita in luoghi pubblici; mentre, nella norma prevista dall'art. 23 della L. n. 110 del 1975, si concretizza nell'interesse al controllo delle armi attraverso le sigle, i numeri ed i segni sulle stesse punzonate"⁴.

In altre parole, se nel primo caso il bene giuridico protetto sarebbe quello alla conoscenza, che potremmo definire "fisica", delle armi sul territorio, la seconda fattispecie proteggerebbe invece l'interesse della pubblica amministrazione alla conoscenza, che qui varrebbe definire "formale", senza che da ciò se ne inferisca alcun *minus*, delle armi, in modo che esse siano sempre identificabili e tracciabili.

Inoltre, la giurisprudenza aveva altresì evidenziato una diversità tra le condotte descritte dalle due fattispecie incriminatrici, senza tuttavia dedicare alcun particolare onere motivazionale a detto profilo, come altresì rilevato dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento che ne evidenziano il carattere meramente "assertivo"⁵.

Sulla base di tale orientamento costantemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite affrontano il tema in discorso secondo una duplice prospettiva, utilizzando vecchi e nuovi canoni interpretativi per risolvere il problema del concorso apparente tra norme.

4. La posizione delle Sezioni Unite. Profili tradizionali...

In ordine al principale profilo argomentativo proposto dall'orientamento tradizionale, *i.e.* quello inerente la diversità del bene giuridico tutelato dalle diverse fattispecie incriminatrici, non vi è chi non veda come esso si ponga in contrasto con una giurisprudenza, ormai già risalente, che nega valore discriminante ad esso per comprendere e definire i rapporti tra i reati.

Senza potersi dilungare troppo sul punto, è nota la presenza nel panorama interpretativo di due scuole di pensiero in tema di criteri atti a rilevare la presenza di un eventuale concorso apparente di norme⁶.

⁴ Così Cass. Pen., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45903. Cfr. altresì chiaramente sul punto Cass. Pen., Sez. I, 21 dicembre 1982, n. 5224, nonché Cass. Pen., Sez. I, 16 febbraio 1988, n. 4862, che afferma che "la norma contenuta nel citato art. 23 legge n. 110 del 1975 mira a garantire la facile ed immediata controllabilità dell'arma ai fini di un pronto riconoscimento della sua provenienza, mentre le norme relative alla denuncia delle armi e alla licenza di porto d'armi sono dettate perché l'autorità di P.S. possa avere tempestiva conoscenza delle persone che detengono le armi e che sono autorizzate a portarle fuori della propria abitazione".

⁵ Cfr. comunque in tal senso Cass. Pen., Sez. I, 4 novembre 1993, n. 1833.

⁶ La tematica è stata definita da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009, 680 come "uno dei capitoli più controversi del diritto penale". Vale qui solo ricordare che, a fronte di una tesi c.d. monistica, per la quale l'unico criterio atto a regolare il concorso apparente tra norme sarebbe quello di specialità ex art. 15 c.p. (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 459 e ss.), le tesi c.d. pluralistiche ritengono di poter affiancare ad esso ulteriori e diversi criteri, ritenuti necessari in ragione della ritenuta inidoneità del solo criterio di specialità a soddisfare ragioni equitative e di giustizia sostanziale, in ragione della necessità di illuminare il reale perno attorno a cui deve ruotare l'indagine dell'interprete, *i.e.* il disvalore del fatto concreto, per comprendere la reale portata della meritevolezza della

Al fianco di chi ritiene necessario individuare criteri ulteriori rispetto a quello di specialità sancito dall'art. 15 c.p., la giurisprudenza di legittimità, in particolare quella delle Sezioni Unite, da tempo aderisce all'impostazione monistica, per la quale l'unico strumento per risolvere i conflitti tra fattispecie incriminatrici sia quello espressamente sancito dal legislatore con la norma sopra citata⁷.

E la sentenza in commento si pone in linea di piena continuità con tale ultimo indirizzo interpretativo, giacché, nel richiamare i propri precedenti ampiamente consolidati, specifica come l'adesione all'impostazione che vede nel criterio della specialità l'unico idoneo a fungere da strumento per identificare il concorso apparente di norme, sia necessario al fine di vedere rispettato il principio di legalità e assurga a "criterio euristico di riferimento".

Posta tale premessa di ordine generale, le Sezioni Unite si soffermano in ordine al profilo per cui l'art. 15 c.p., nel dettare il principio di specialità, specifichi come esso trovi applicazione solo laddove le due leggi – o le due disposizioni – penali che vengano in rilievo, regolino "la stessa materia".

A tal proposito, la sentenza ricorda come "l'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per "stessa materia" deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; Sez. U., n. 1963 del 28/20/2010, Di Lorenzo, cit.)".

Come si vede, perciò, già l'applicazione dei criteri elaborati ormai da tempo dalla giurisprudenza della Cassazione, avrebbero consentito di escludere che possa avere rilevanza e, per l'effetto, trovare ingresso in sede motivazionale, il riferimento all'eventuale diversità tra beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici che di volta in volta possano venir in rilievo.

Ciò è peraltro dimostrato dalla possibilità che fattispecie tra loro diverse presentino il medesimo bene giuridico tutelato, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e che fattispecie in evidente rapporto di specialità proteggano beni giuridici diversi, come l'ingiuria (oggi per vero depenalizzata), offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia⁸.

sanzione. E così sono stati sviluppati il criterio della sussidiarietà (cfr. A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954), quello della consunzione (A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 e ss.), dell'assorbimento (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 636). In tema si v. altresì G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, 381 e ss. In chiave ricostruttiva delle diverse posizioni vedi anche D. CAPPUCCIO, *Il concorso apparente di norme*, in *www.lexfor.it*.

⁷ Cfr. in tal senso Cass. Pen., S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Cass. Pen.*, 2006, 3, 861, con nota di E. SVARIATI, *Acquisto o ricezione di supporti recanti opere protette dalla legge sul diritto d'autore abusivamente riprodotte e detenzione per la commercializzazione. Concorso di reati?*. Adesive a tale impostazione v. anche, *ex multis*, Cass. Pen., S.U., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass. Pen., S.U., 28 ottobre 2010, n. 1235; Cass. Pen., S.U., 23 febbraio 2017, n. 269668.

⁸ Cfr. in tal senso Cass. Pen. S.U., 19 aprile 2007, n. 16568, in *Cass. pen.*, 2007, 9, 3213, con nota di P. TROJANO, *Indebito conseguimento di sovvenzioni assistenziali nei rapporti fra gli artt. 316-ter e 640-bis c.p.*

Ma le Sezioni Unite vanno oltre, chiarendo il più generale perimetro entro cui poter valutare come sussistente il concorso apparente di norme. Si legge in motivazione infatti, che *“il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell’art. 15 c.p., risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato”*.

Conseguenza di tale logica, è che il rapporto di specialità possa essere riconosciuto nel caso di specialità unilaterale per specificazione, ma anche di specialità unilaterale per aggiunta e specialità bilaterale per specificazione. Ma sarà da escludere nelle ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta, poiché in tal caso entrambe le norme si porranno invero in rapporto di autonomia tra loro⁹.

Rispetto a tale esito interpretativo, che, come detto, non è nuovo nel panorama della giurisprudenza delle S.U., la sentenza in commento chiarisce però ulteriormente come al fine di valutare il rapporto tra fattispecie si debba considerare il fatto storico-naturalistico e non la sua qualificazione giuridica.

Nel far ciò, si avvale delle recenti coordinate ermeneutiche fornite sul punto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, che si è in particolare confrontata con la giurisprudenza della CEDU, con riferimento al divieto di doppio giudizio a carico di un imputato per il medesimo fatto di reato.

4.1 (segue)...e nuovi parametri. Il rapporto con il ne bis in idem.

Il tema del divieto di *bis in idem* è oggi tra i più discussi, a valle, in particolare, di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza della Corte EDU. Ciò che preme rilevare, in primo luogo, è la affinità tra gli argomenti in discorso, che viene descritta precipuamente dalla sentenza in commento ove riconosce come il tema del divieto di

⁹ La specialità per specificazione, come rilevano anche le Sezioni Unite, sussiste quando una disposizione prende in considerazione una particolare sottoclasse di elementi previsti nella fattispecie generale; quella per aggiunta, allorché una norma, oltre a condividere un nucleo comune con altra fattispecie, preveda un elemento aggiuntivo, non compreso nella prescrizione generale. Ora secondo l’impostazione delle Sezioni Unite, che esemplificano richiamando il rapporto tra i reati di percosse ex art. 581 c.p. e di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p., nella specialità bilaterale per specificazione vi sarebbe la possibilità di ravvisare un concorso apparente di norme, posto che, per un verso, l’elemento specificante rientra, per definizione, in una delle componenti della norma generale con l’effetto che, da questo punto di vista, le due fattispecie non differiscono tra loro. L’unica ipotesi in cui le fattispecie a confronto disciplinerebbero, dunque, materie diverse è quella di specialità reciproca per aggiunta. Qui, infatti, ciascuna delle fattispecie presenta elementi aggiuntivi ed estranei rispetto all’altra con il risultato che il confronto tra queste componenti in più conduce inevitabilmente a ravvisare tra loro un nesso di eterogeneità, incompatibile con la nozione di “stessa materia”. Le Sezioni Unite richiamano, a titolo esemplificativo, il rapporto tra violenza sessuale e incesto. In dottrina, sostengono tale indirizzo ermeneutico, G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, 2002, p. 422 e ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, 2008, p. 107; T. PADOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 2012, p. 387 e ss.

instaurazione di un secondo giudizio a carico di un soggetto già giudicato per il medesimo fatto, coinvolga necessariamente l'analisi tra fattispecie di reato, ancorché nella sua dimensione "dinamica", laddove l'analisi del rapporto tra fattispecie ai fini della verifica di un concorso apparente tra norme si imponga a livello che allora si può definire "statico".

Si deve evidenziare come il punto comune sia rappresentato dai lemmi "stessa materia", per ciò che concerne l'art. 15 c.p., e "medesimo fatto", di cui all'art. 649 c.p.p., che impongono, ai nostri fini, l'esame di ciò che si debba considerare ai fini della medesimezza della fattispecie che determinerebbe l'ingiustizia sostanziale che si verificherebbe nel punire più volte, per il medesimo fatto, uno stesso soggetto.

D'altronde, il diritto a non essere puniti (*ne bis in idem* sostanziale) o giudicati (*ne bis in idem* processuale) più volte per lo stesso fatto involge principi fondamentali di civiltà giuridica, quali l'interesse alla certezza del diritto, le garanzie individuali degli imputati, l'economia processuale¹⁰.

Venendo ai criteri necessari per comprendere cosa debba intendersi per medesimo fatto, anche alla luce del dato normativo dell'art. 649 c.p., che esclude la rilevanza del titolo, del grado e delle circostanze del reato ai fini di una valutazione di diversità, la giurisprudenza della Cassazione ha da tempo accolto una nozione di fatto limitata alla sua configurazione naturalistica, non attribuendo alcun rilievo a profili giuridici.

In tal senso, le Sezioni Unite Donati del 2005, avevano già chiaramente ritenuto che l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, ma considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona¹¹.

Il principio in discorso è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva, la quale, anche recentemente, ha ribadito, che la valutazione circa l'identità del fatto deve prescindere dall'*idem legale*, e deve essere condotta unicamente con riferimento al fatto concreto, considerato in tutti i suoi elementi che ne colorano la tipicità¹².

Sul punto, come noto, è poi intervenuta una copiosa giurisprudenza della CEDU, la quale, in buona sostanza, sposa integralmente il riferimento al fatto concreto, inteso come "un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio", per valutare l'eventuale violazione del divieto di doppio giudizio, di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU¹³.

¹⁰ Cfr. in tal senso Corte Cost., 21 novembre 2006, n. 381; 16 luglio 2004, n. 230; 20 giugno 2008, n. 219, tutte in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Cfr. Cass. Pen., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 40, p. 82, con nota di F.M. FERRARI, *Ne bis in idem, mai più processi-clone - Ecco la strada per evitare duplicazioni*.

¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 4 ottobre 2016, n. 47683, in *Cass. Pen.*, 2017, 6, p. 2315.

¹³ Così Corte EDU, Lucky c. Svezia, 27 novembre 2014, n.7356, in *Cass. Pen.*, 2015, 3, 1256. In tema si v. altresì, senza pretesa di esaustività, Corte EDU, Grande Camera, Zolotoukhine c. Russia, 10 febbraio 2009 n. 14939, in *Cass. Pen.*, 2009, 5, p. 2196; Corte EDU, Nykanen c. Finlandia, 20 maggio 2014, n. 11828, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, 5, IV, 55, con nota di G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione*; Corte EDU, Grande

Come anticipato, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, ampiamente richiamata dalle Sezioni Unite in commento, ha rilevato la piena compatibilità tra l'orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione e quello della CEDU, posto che anche la giurisprudenza nazionale esclude che possa aver rilievo l'*idem legale*, avendo però cura di specificare che l'*idem factum* deve essere valutato non solo con riferimento ad alcuni elementi del fatto storico naturalistico, ma con riferimento a tutti quelli che ne connotano la tipicità, e, perciò, al fianco della condotta, anche l'evento e il nesso di causalità¹⁴.

In tal senso perciò, la Corte Costituzionale, richiamata dalle Sezioni Unite sul punto, ha chiosato che per fatto di reato, ai nostri fini, debba intendersi *“l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi”*¹⁵.

Così brevemente riassunto il quadro interpretativo entro cui si è mossa la pronuncia in commento, la sentenza non è potuta che giungere alla conclusione per cui nessuno dei due argomenti sopra richiamati dalla giurisprudenza tradizionale in tema di armi possa ritenersi idoneo a giustificare un concorso di reati tra il porto o la detenzione di arma comune da sparo e di arma clandestina.

Non l'argomento della diversità del bene giuridico protetto, il quale, già invero abbandonato dalla giurisprudenza maggioritaria per le ragioni sopra enunciate, risulta ancor più inidoneo nell'ottica ora descritta dell'*idem factum*, posta la sua rilevanza sul solo piano giuridico.

Affermano perciò le Sezioni Unite, che *“il giudizio sulla medesimezza del fatto di reato deve essere affrancato dalle mutevoli implicazioni derivanti dall'inquadramento giuridico*

Camera, Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014, n. 18640, in *Cass. Pen.*, 2014, 9, 3098, con nota di G. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*. Con particolare riferimento al sistema del doppio binario sanzionatorio V. F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2016, p. 5 ss. In ordine al rapporto tra CEDU e diritto penale, si V., per tutti, F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale - Parte generale*, Torino, 2012.

¹⁴ Cfr. Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, con nota di 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 ordine alla pronuncia della Corte Costituzionale si V. altresì D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, p.70 e P. 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, il quale, in un'ottica più generale in tema di rapporti tra CEDU e ordinamento nazionale, muove quattro rilievi alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale dapprima con le “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, e, da ultimo, con la sentenza n. 49 del 2015, che ancorchè distante dalla logica delle “gemelle”, comunque impone un qualche vincolo interpretativo derivante dall'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo.

¹⁵ In ordine all'evoluzione della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem*, si V. la recente Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di Cassazione, n. 26/2017, *Ne bis in idem -Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in www.cortedi.cassazione.it, la quale rileva infatti come, alla luce della recente giurisprudenza europea e costituzionale, la Corte di Cassazione, al pari del caso in esame, ha iniziato a superare posizioni in passato consolidate, come con la sentenza della Sez. I, 15 marzo 2017, n. 39746, che ha ritenuto che il divieto di bis in idem possa operare anche ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare ricorra un'ipotesi di concorso formale di reati.

della fattispecie, giacché diversamente riemergerebbe il criterio dell'idem legale, bandito dall'ordinamento nel senso indicato dal Giudice delle Leggi. Deve, allora, ribadirsi che il fatto penalmente rilevante involge l'accadimento storicamente verificatosi, tenuto anche conto dell'oggetto fisico su cui è caduta l'azione umana".

Quanto alla considerazione circa la diversità tra le due condotte, le Sezioni Unite, valutandole dal punto di vista naturalistico, ancorché sul piano degli elementi costitutivi che ne costituiscono il *proprium*, rilevano la piena identità tra le condotte di porto o detenzione dell'arma, ove l'unico elemento specializzante è quello della clandestinità dell'arma, che impone perciò l'applicazione della disciplina del concorso apparente tra norme.

5. Spunti interpretativi e profili evolutivi del concorso apparente di norme.

Dalla decisione in discorso si possono rilevare alcune implicazioni di ordine generale che, nell'ambito della problematica in esame, appaiono particolarmente interessanti nell'orientare l'interprete a comprendere i rapporti tra le fattispecie incriminatrici.

In primo luogo, le Sezioni Unite, se da un lato confermano l'adesione alla tesi monistica, ritenendo il criterio di specialità *ex art. 15 c.p.* l'unico idoneo a fondare un concorso apparente di norme, dall'altro, nell'impianto motivazionale, si fanno assistere da un ulteriore criterio.

Invero, in un'ottica di interpretazione sistematica, la Cassazione si riferisce al c.d. criterio di sussidiarietà espressa, del quale già in passato aveva fatto menzione nella materia in discorso¹⁶. In particolare, la sentenza evidenzia come l'art. 4, comma 2, l. n. 895 del 1956, nel prevedere alcune specifiche aggravanti, prevede che esse operino "*salvo che il porto d'arma costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso*".

Ora, con un pregevole sforzo interpretativo, le Sezioni Unite affermano che "*oltre a verificare la configurabilità delle aggravanti di cui all'art. 4 comma 2, l. n. 895 del 1956, in applicazione della clausola di riserva espressa ora richiamata, l'interprete deve non di meno verificare se le stesse fattispecie di detenzione e porto di armi comuni da sparo, di cui agli artt. 2, 4 e 7 l. n. 895 del 1967, risultino recessive rispetto ad altre ipotesi di reato, secondo la regola generale posta dall'art. 15 cod. pen.*"

In tale direzione allora, le Sezioni Unite ritengono di poter fare applicazione della clausola di sussidiarietà espressa al di fuori del suo naturale ambito di applicazione,

¹⁶ Cfr. Cass. Pen., S.U., n. 47164/2005, *cit.*, che, nel riferirsi all'inciso finale dell'art. 15 c.p., per cui, rispetto al principio di specialità, sono fatti salvi i casi previsti dalla legge, nega che in esso possano essere ricompresi i vaghi criteri dell'assorbimento e della consunzione, bensì che "*allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. E infatti è appunto un'esplicita clausola normativa di riserva a escludere il concorso tra le condotte di produzione e di immissione in circolazione dei supporti illecitamente prodotti*".

elevandola a canone interpretativo generale, utilizzabile per risolvere conflitti tra norme che, pur se contigue, risultino in realtà diverse.

L'approdo ermeneutico è, per quanto ci consta, nuovo, e sembra poter essere riassunto nella riconosciuta possibilità – o addirittura doverosità – per il giudice chiamato a scrutinare il rapporto tra due fattispecie incriminatrici, di fare applicazione, al fianco del criterio di specialità, anche di quello della sussidiarietà espressa, anche se non riferito specificamente alle norme in esame, ma dettato nel più ampio panorama normativo inerente la tematica in cui si inseriscono le specifiche ipotesi normative da valutare.

La valorizzazione dell'interpretazione sistematica proposta dalla Cassazione, non chiusa nel microcosmo delle norme incriminatrici che si esaminano, è certamente meritevole di apprezzamento, posta la necessità di risolvere i contrasti tra disposizioni alla luce del quadro normativo nel quale esse si inseriscono¹⁷.

La seconda considerazione che può essere svolta attiene alla riconosciuta possibilità, da parte delle Sezioni Unite, che si predichi il concorso di reati di detenzione o porto dell'arma comune da sparo con quello di detenzione o porto dell'arma clandestina, laddove, in chiave di progressione criminosa, alla condotta di detenzione o porto, "*faccia seguito la fisica alterazione della medesima arma che venga resa clandestina in un secondo momento*".

La descritta logica interpretativa, che assurge sempre più al piano del diritto vivente, si pone in continuità con la posizione espressa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, la quale rimette sempre alla valutazione del giudice del merito la verifica circa la predicabilità in concreto di un concorso di reati, poiché l'irrelevanza dell'*idem legale* non può operare a senso unico, cosicché, se è vero che la qualificazione giuridica dei fatti (ad esempio il concorso formale di reati) non può determinare *sic et simpliciter* la diversità di fatto materiale, non può nemmeno in radice escluderla. Di tal che, il giudice dovrà condurre sempre una analisi fondata sulla triade condotta - nesso di causalità – evento, verificando se, quanto al concorso apparente di norme, le fattispecie incriminatrici siano esattamente sovrapponibili rispetto a tutti e tre gli elementi; quanto al divieto di *bis in idem ex art. 649 c.p.p.*, se il fatto per cui l'imputato sia già stato giudicato presenti piena uguaglianza sotto tutti e tre i profili menzionati.

Poste queste considerazioni, le quali forniscono ulteriori linee guida all'interprete che si confronti con la problematica in discorso, si ritiene di poter esprimere due brevi ulteriori spunti, a carattere ancor più generale.

Dapprima, si deve rilevare come la giurisprudenza nazionale, tanto di legittimità quanto costituzionale, abbia trovato, con l'adesione alla tesi dell'*idem factum*, visto nella prospettiva triadica degli elementi costitutivi del reato, il punto di equilibrio tra la posizione dell'*idem legale* e quella del fatto concreto verificatosi. Sul punto tuttavia, residua il dubbio che la Corte EDU, laddove abbia fatto riferimento, nella sua

¹⁷ In ordine alla valorizzazione di criteri interpretativi delle disposizioni normativi ulteriori rispetto a quello letterale V. Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 144 ss.; sul tema dell'interpretazione si V., *ex multis*, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

giurisprudenza, al fatto concreto come elemento da considerare in tema di *ne bis in idem*, si riferisce proprio alla identità tra fatti considerati nella sola estrinsecazione della condotta, di tal che la stessa Corte Costituzionale, utilizza la formula ambigua, nella sua pronuncia, per cui “*perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata» (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell’art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l’opzione compiuta con nettezza a favore dell’idem factum (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo)”¹⁸.*

La necessità, da parte della Corte Costituzionale di ancorarsi al proprio discusso precedente n. 49 del 2015, lascia aperta la possibilità che il dialogo sul punto – che ci si augura essere tale, e non in realtà uno scontro – tra Corti potrà proseguire¹⁹.

Da ultimo, la pronuncia delle Sezioni Unite, che, ben sembra riportare a sistema numerosi profili problematici in tema di concorso apparente di norme, non può che scontare tuttavia la sempreverde critica inerente il postulato da cui muove, *i.e.* l’adesione alla tesi monistica, per cui l’art. 15 c.p. detterebbe l’unico strumento da utilizzarsi in tema di concorso apparente tra norme. E ciò ancorché valga la pena di ribadire l’innovatività del profilo argomentativo derivante dal richiamo al canone dalla sussidiarietà espressa non già riferita alle specifiche ipotesi sottoposte ad analisi, ma prevista nell’impianto

¹⁸ Per vero, appare convincente l’argomentazione proposta dalla Corte, per la quale, quanto alla valutazione generale dell’orientamento della CEDU, “*non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l’indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest’ultima soltanto (ad esempio, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia)*”. La Corte peraltro evidenzia come, 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 (sentenza 14 aprile 2014, Muslija contro Bosnia Erzegovina, paragrafo 34; sentenza 14 aprile 2014, Khmel contro Russia, paragrafo 65; sentenza 23 settembre 2015, Butnaru e Bejan-Piser contro Romania, paragrafo 37), e ciò potrebbe suggerire che un mutamento dell’oggetto dell’azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta (come potrebbe accadere, ad esempio, nell’omicidio plurimo)*”.

¹⁹ In tema di rapporti tra CEDU, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, si consideri, da ultimo, la problematica inerente le misure di prevenzione, oggetto, dapprima, della sentenza CEDU Grande Camera, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 155 ss., con nota di A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera](#), e di F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#); successivamente affrontata da Cass. Pen., S.U., n. 40076 del 27 aprile 2017, *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, p. 146 ss., con nota di F. VIGANÒ, [Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#), ove l’A., in senso adesivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, afferma che la sentenza “*mostra, da un punto di vista – ancora – di politica giudiziaria (e di diritto in action), un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un’autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare de facto il diritto vigente attraverso la formazione di un diritto vivente dotato del massimo grado possibile di autorevolezza. Anche a costo – come è avvenuto in questo caso – di modificare di fatto l’estensione applicativa di una norma incriminatrice, rispetto a quanto desumibile dal suo tenore letterale*”.

normativo in cui esse si inseriscono, giungendo ad essere referente interpretativo per tutte le norme dell'impianto disciplinatorio.

Ma, nonostante tale precisazione, come noto, la tesi è tutt'altro che pacifica, essendo anzi prevalente nel panorama dottrinale, nazionale e straniero, l'orientamento che ritiene di dover individuare una pluralità di criteri atti ad identificare l'eventuale concorso apparente di norme²⁰.

Appare invero doveroso ricordare l'esigenza di fondo che anima le tesi pluralistiche, che nella presente disamina perfettamente si ricollega - consentendo di chiudere il cerchio - al tema del c.d. *ne bis in idem sostanziale*. A tal fine, si ritiene infatti intollerabile addebitare penalmente più volte lo stesso fatto ad un medesimo soggetto, laddove la punizione derivante dall'applicazione di una delle più fattispecie incriminatrici che vengano in rilievo esaurisca l'intero disvalore del fatto, o, per dirla con altre parole, consenta di raggiungere la finalità che la pena ha nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 27 della Costituzione, *i.e.* quella rieducativa.

Sul punto, è noto l'insegnamento di autorevole dottrina che, nel farsi guidare da questa esigenza di *giustizia materiale* e di *equità insopprimibile*, evidenzia come laddove un fatto concreto possa essere sussunto sotto una pluralità di fattispecie incriminatrici, ci si trovi già di fronte ad un concorso di norme, dovendosi poi utilizzare i criteri offerti dall'ordinamento per giungere alla conclusione del ragionamento interpretativo e comprendere se si tratti di concorso apparente o reale²¹.

E in tale direzione, la stessa dottrina evidenzia come la predisposizione da parte del legislatore di clausole di riserva conferma gli assunti pluralistici, posto che il legislatore talora si preoccupa di specificare che si è di fronte - e non al di fuori, come proposto da alcuni autori - ad un concorso apparente di norme e che va perciò escluso il concorso di reati²².

L'ultima considerazione si colora di particolare intensità ai nostri fini, posto il pur apprezzabile, ma alla luce delle argomentazioni dottrinali ora citate, insufficiente, sforzo argomentativo proposto dalle Sezioni Unite circa la valorizzazione della sussidiarietà espressa anche non prevista nella singola norma incriminatrice, ma desumibile da altra norma del sistema.

Non è un caso infatti, che il progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso, riprendendo peraltro il progetto Pagliaro sul punto, chiarisse come fosse necessario che, accanto al principio di specialità in astratto, "quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge si applica quella che ne

²⁰ V., da ultimo, N. MADIA, *op. cit.*, il quale, nel criticare l'adesione delle Sezioni Unite n. 20664/2017 alla tesi monistica, afferma che "il giudice deve immergersi nella realtà della vita per accertare se sarebbe ingiusto e iniquo irrogare una punizione per un fatto la cui ragione di pena si rivela interamente annullata da un altro più grave. L'interprete, infatti, analizzando attentamente la vicenda storica sottoposta al suo vaglio, è chiamato a scoprire se, sulla base delle indicazioni emergenti dai dati positivi a raffronto, la valenza penale dei singoli reati distinguibili al suo interno possa considerarsi assorbita nel seno di un'unica fattispecie che essi stessi, nell'ipotesi concreta, concorrono a delineare, oppure se quegli illeciti reclamino autonoma applicazione non vedendo dissolto il loro particolare disvalore in quello di altra ipotesi criminosa che prevede un trattamento sanzionatorio più severo".

²¹ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano 2004, p. 179.

²² Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 180-182.



11/2017

esprime per intero il disvalore, chiamando in questo modo l'interprete a valutare se in mancanza appunto della prima ipotesi di concorso apparente di norme, una delle disposizioni in gioco sia in grado di rappresentare nella sua interezza la o le offese realizzate dal fatto posto in essere"²³.

Di tal che, anche in questo ambito, eventualmente spinti da pronunce della CEDU che, come sopra paventato, potrebbero descrivere diversamente e con più ampiezza il parametro dell'*idem factum*, si profilano all'orizzonte ulteriori contrasti interpretativi.

²³ Cfr. Relazione preliminare di accompagnamento al Progetto preliminare di riforma del codice penale – Commissione Grosso, 12 settembre 2000, in www.giustizia.it.