



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA
DISTRETTO DI PALERMO

INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE QUESTIONI NUOVE O
CONTROVERSE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE

Palermo 10 giugno 2011

SOMMARIO

DIRITTO SOSTANZIALE

Sezioni Unite

Cass. sez. un. 27 gennaio 2011, n. 21039, p.m. in proc. Loy (pluralità di fatti di bancarotta)	2
Cass. sez. un. 24 febbraio 2011, n. 16453, p.m. in proc. Alacev (art. 6 d.lgs. n. 286/1998)	19
Cass. Sez. Un. 28 ottobre 2010, n. 1963, p.g. in proc. Di Lorenzo (concorso apparente art. 334 c.p. e 213 CdS)	29
Cass. Sez. Un. 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano (concorso apparente frode fiscale e truffa ai danni dello Stato) ..	39
Cass. Sez. Un. 27 maggio 2010, n. 35738, p.g. in proc. Calibè (recidiva e patteggiamento allargato)	58

Sezioni Semplici

Cass. Sez. III 15 dicembre 2010, n. 15657, Impresa ind. Sferrazza (responsabilità da reato e imprese individuali).....	67
Cass. Sez. VI 19 ottobre 2010, n. 41709, p.g. in proc. Ermini (utilizzo connessione internet della p.a.)	71
Cass. Sez. IV 26 ottobre 2010, n. 41564, Oscco (depenalizzazione guida in stato di ebrezza di “prima fascia”)	72
Cass. Sez. VI 16 luglio 2010, n. 32404, Di Stefano (condotta tipica <i>stalking</i>)	73

DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONI UNITE

Cass. sez. un. 27 gennaio 2011 (dep. 26 maggio 2011), n. 21039, p.m. in proc. Loy (massime non ufficiali)

In tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen.

La disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si applica anche alle ipotesi di bancarotta impropria.

La disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si applica sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 della stessa legge.

La condanna definitiva per il reato di bancarotta non impedisce di procedere nei confronti dello stesso imputato per altre e distinte condotte di bancarotta relative alla medesima procedura concorsuale.

Il giudice dell'esecuzione è tenuto ad applicare la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti, ma relativi alla stessa procedura concorsuale, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione "quoad poenam" dei suddetti reati.

Il termine di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio e lo stesso decorre, per le parti presenti, dalla lettura in udienza della sentenza contestualmente motivata ovvero dalla scadenza del termine legale di trenta giorni, in caso di motivazione differita e depositata entro tale termine, rimanendo irrilevante l'eventualità che il giudice abbia irrisolvemente stabilito un termine più ampio per il deposito della suddetta motivazione. (In motivazione la Corte ha precisato che laddove si verifichi tale eventualità deve essere comunicato o notificato alle parti legittimate all'impugnazione il relativo avviso di deposito e che da tale comunicazione o notificazione decorre il termine per impugnare).

omissis

1. Preliminarmente deve essere verificata la tempestività del ricorso.

Nel caso in esame, è accaduto che il Giudice dell'udienza preliminare, nel dare immediata lettura del dispositivo della sentenza del 9 gennaio 2009, indicò, richiamando espressamente l'art. 544, comma 3, cod. proc. pen., il termine di giorni novanta per il deposito della motivazione. La sentenza, completa di motivazione, fu depositata entro il termine programmato ed esattamente in data 7 aprile 2009. L'avviso di deposito della sentenza fu comunicato, il giorno 15 successivo, al Procuratore generale presso la Corte d'appello e notificato all'imputato contumace l'8 maggio 2009. Nessuna comunicazione e notificazione dell'avviso fu fatta rispettivamente al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale e al difensore, presenti alla lettura del dispositivo, essendo stato puntualmente osservato il preannunciato termine di deposito (cfr. l'acquisita certificazione 14 gennaio 2011 della cancelleria del Tribunale di Trieste).

Il Procuratore della Repubblica ha proposto ricorso in data 19 maggio 2009, vale a dire nei quarantacinque giorni successivi alla scadenza del termine determinato dal giudice per il deposito della sentenza.

La procedura seguita, mutuata da quella prevista per la redazione e l'impugnazione delle sentenze dibattimentali, non può ritenersi regolare. Tuttavia deve escludersi che le modalità prescelte per l'esplicitazione della motivazione della decisione, pur non conformi – come si preciserà – all'ortodossia procedurale, abbiano inciso negativamente sulla tempestività del ricorso.

1.1. La disciplina dettata dal legislatore in materia di udienza preliminare, con particolare riferimento alla pronuncia e ai tempi di redazione e deposito della motivazione della sentenza di non luogo a procedere, è del tutto peculiare e non è riconducibile *tout court* né al modello del procedimento in camera di consiglio così detto "tipico", previsto dagli art. 127 e 128 cod. proc. pen., né a quello delineato per la celebrazione della fase del giudizio.

L'art. 424 cod. proc. pen. prevede che il giudice, all'esito dell'udienza preliminare, ove ritenga che non debba disporsi il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere (comma 1). Di tale provvedimento, completo – di norma – in ogni sua parte (motivazione e dispositivo), deve dare immediata lettura in udienza, il che equivale a notificazione per le parti presenti (comma 2). Ove non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi, il giudice deve provvedervi non oltre il trentesimo giorno dalla lettura del solo dispositivo (comma 4).

Non è consentito al giudice dell'udienza preliminare fissare un termine più ampio per il deposito della motivazione della sentenza: il richiamato art. 424 cod. proc. pen., infatti, non prevede tale facoltà. Né può farsi leva sulla diversa disposizione di cui all'art. 544, comma 3, cod. proc. pen., riferibile alla redazione delle sole sentenze dibattimentali.

In relazione a quest'ultimo punto, non può condividersi la tesi sostenuta da Sez. 4, n. 38571 del 22/09/2010, dep. 02/11/2010, imp. Poloni, secondo cui l'art. 544, comma 3, cod. proc. pen. sarebbe applicabile anche alla redazione della sentenza di non luogo a procedere, perché non conterrebbe <<alcuno specifico riferimento al giudizio>>, avrebbe una portata di carattere generale e <<non disciplin[erebbe] la materia relativa ai termini del deposito delle sentenze con modalità incompatibili con quelle della camera di consiglio>>.

Devesi, in contrario, osservare che l'art. 544 cod. proc. pen., inserito nel Capo III, Titolo III, Libro VII, si riferisce specificamente alla redazione della sentenza pronunciata in giudizio e non è, pertanto, estensibile alla sentenza camerale di non luogo a procedere, per la quale l'art. 424 cod. proc. pen. prevede la specifica disciplina innanzi esposta. Appare altresì arduo, sotto il profilo ermeneutico, volere individuare nel solo comma 3 dell'art. 544 cod. proc. pen. una disposizione di carattere generale, che si inserirebbe tra le previsioni contenute negli altri commi, tutte univocamente riferibili alla sola sentenza dibattimentale. Un'interpretazione sistematica e coerente dell'intera norma conduce, invece, a non differenziare il campo operativo delle varie previsioni in essa contenute.

1.2. La sentenza di non luogo a procedere deve essere impugnata, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni, ai sensi dell'art. 585, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., che disciplina in

via generale il termine per l'impugnazione dei provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio, tra i quali rientra certamente la detta pronuncia.

Non rileva, ai fini dell'ampiezza del termine per impugnare, la circostanza che il Giudice dell'udienza preliminare, nell'adottare la decisione, se ne riservi la motivazione nel termine previsto dall'art. 424, comma 4, cod. proc. pen. o addirittura, con iniziativa irrituale, entro un maggior termine da lui espressamente determinato, incidendo tale evenienza, come si dirà, esclusivamente sulla decorrenza del termine d'impugnazione.

Il termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere, in sostanza, non rimane coinvolto, a differenza di quello previsto per l'impugnazione delle sentenze dibattimentali, dall'eventuale utilizzazione da parte del giudice del regime della motivazione differita, ma è e rimane sempre di quindici giorni.

Qualunque perplessità interpretativa al riguardo, pur espressa in precedenza, deve ritenersi definitivamente superata dopo la pronuncia di queste Sezioni Unite n. 31312 del 26/6/2002, dep. 19/9/2002, imp. D'Alterio, le cui argomentazioni vanno qui richiamate e ribadite.

E' il caso di ricordare che la norma di cui all'art. 585, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. ha superato anche il vaglio di costituzionalità, essendo stata ritenuta infondata la corrispondente questione sollevata, in riferimento agli art. 3 e 112 della Costituzione, perché il differenziato regime dei termini per l'impugnazione, fissati in tre distinte fasce (quindici, trenta e quarantacinque giorni), in quanto rapportato ai diversi tipi e alla diversa struttura dei provvedimenti, ha una sua ragionevolezza e non incide negativamente sull'esercizio dell'azione penale (Corte Cost. sent. n. 206 del 1997).

La sentenza di non luogo a procedere, pur dopo le profonde innovazioni introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, resta una sentenza di tipo processuale, destinata a null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero, è sottratta al regime del *ne bis in idem*, è designata da un mero effetto preclusivo, può – ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 434 cod. proc. pen. – essere revocata e si differenzia, quindi, da quella emessa all'esito del giudizio di merito, per la quale l'art. 585, comma 1, lett. a), b) e c), cod. proc. pen. (per il richiamo fatto ai commi 1, 2, 3 dell'art. 544) prevede termini diversi d'impugnazione a seconda delle modalità di redazione e pubblicazione del provvedimento.

1.3. Quanto alla decorrenza del termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere, deve escludersi, ove il giudice rispetti le previsioni di cui all'art. 424 cod. proc. pen., l'operatività dell'art. 128 cod. proc. pen., che, facendo espressamente salvo quanto il codice dispone in relazione ai provvedimenti emessi nell'udienza preliminare e nel dibattimento, è riferibile ai provvedimenti camerale così detti "tipici" e ne disciplina il deposito, la comunicazione o la notificazione del relativo avviso alle parti processuali cui la legge attribuisce il diritto d'impugnazione.

Deve invece farsi riferimento alla norma di cui all'art. 585, comma 2, cod. proc. pen., che regola la decorrenza dei termini per l'impugnazione non solo delle sentenze dibattimentali ma di ogni tipo di provvedimento del giudice.

Con quest'ultima norma, il legislatore del 1988 ha dato attuazione alla direttiva di cui al punto 83 dell'art. 2 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, in cui si stabiliva che la determinazione della decorrenza dei termini per le impugnazioni fosse <<ispirata a criteri di massima funzionalità e semplificazione>>, e ha conseguentemente privilegiato meccanismi automatici predefiniti per l'individuazione del momento da cui detti termini devono decorrere, limitando il ricorso alla comunicazione o alla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento ai soli casi in cui, non potendo operare il modello presuntivo, risulti necessario garantire l'effettiva conoscenza alle parti interessate a proporre impugnazione.

La decorrenza dei termini per impugnare, secondo la previsione dell'art. 585 cod. proc. pen., è infatti collegata – di norma – in via automatica ai termini prestabiliti per il deposito dei provvedimenti giurisdizionali.

E' evidente quindi che, sulla base di una interpretazione coordinata degli artt. 424 e 585, comma 2, cod. proc. pen., il termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere deve farsi

decorrere, ove il dispositivo e la contestuale motivazione siano letti in udienza, da tale momento, secondo la previsione di cui alla lett. *b*) del comma 2 dell'art. 585, equivalendo la lettura a notificazione per le parti presenti o presunte tali.

Ove il Giudice dell'udienza preliminare, nel dare lettura in udienza – alla presenza delle parti – del solo dispositivo della sentenza, opti per il regime della motivazione differita e questa sia depositata, così come previsto dall'art. 424, comma 4, cod. proc. pen., nei trenta giorni successivi alla pronuncia, è dalla scadenza di tale termine legale, non prorogabile, che deve farsi decorrere in via automatica, ai sensi dell'art. 585, comma 2, lett. *c*), prima parte, cod. proc. pen., il termine iniziale per proporre impugnazione, giacché, in tal caso, per le parti interessate e presenti in udienza opera una forma di presunzione legale di conoscenza e non deve alle stesse essere comunicato o notificato l'avviso di deposito della motivazione.

Ovviamente la necessità della comunicazione o della notificazione di tale avviso sussiste allorché il giudice non rispetti il termine, meramente ordinatorio, previsto dalla legge per il deposito della motivazione differita, e ciò al fine di garantire l'effettiva conoscenza del provvedimento, con la conseguenza che il termine d'impugnazione deve decorrere, in ossequio al disposto dell'art. 585, comma 2, lett. *c*), ultima parte, cod. proc. pen., dal giorno in cui è stata eseguita detta comunicazione o notificazione.

Coerentemente con la *ratio* che informa il sistema delle impugnazioni, la comunicazione o la notifica dell'avviso di deposito va fatta, a norma dell'art. 585, comma 2, lett. *d*), cod. proc. pen., al Procuratore generale presso la Corte d'appello, che altrimenti non avrebbe la possibilità di proporre impugnazione.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi nell'ipotesi in cui il Giudice dell'udienza preliminare abbia irritualmente indicato, come nella specie, un termine per il deposito della motivazione della sentenza superiore a quello massimo di trenta giorni previsto dall'art. 424 cod. proc. pen. ed abbia osservato tale termine preannunciato.

Non può condividersi l'orientamento secondo cui, in questo caso, non vi sarebbe <<ragione di condizionare all'avviso di deposito la decorrenza del termine per l'impugnazione>>, in considerazione del fatto che le parti interessate, presenti alla lettura del dispositivo in udienza, sono poste comunque al corrente del termine più ampio fissato per il deposito della sentenza, dalla cui scadenza, se rispettato, decorrerebbe quello per impugnare (cfr. Sez. 6, n. 39458 del 09/10/2003, dep. 20/10/2003, imp. Bassetto; Sez. 6, n. 40877 del 01/10/2007, dep. 07/11/2007, imp. Esposito).

Osserva la Corte che la disposizione di cui all'art. 585, comma 2, lett. *c*), cod. proc. pen., nella parte in cui stabilisce che il termine d'impugnazione decorre dalla scadenza di quello <<determinato dal giudice per il deposito della sentenza>>, è chiaramente riferibile alle sole sentenze dibattimentali, per le quali soltanto, come si è detto, opera la previsione di cui all'art. 544, comma 3, cod. proc. pen..

La riserva di motivazione assunta secondo modalità non conformi al modello legale è illegittima, è da considerarsi, pertanto, priva di qualunque valore e non può mutare la natura del provvedimento deliberato dal G.u.p, né il regime che regola la relativa impugnazione, quanto al termine per proporla e alla sua decorrenza (Sez. 6, n. 1798 del 28/11/2002, dep. 16/01/2003, imp. Vidoni; Sez. 6, n. 43609 dell'11/10/2007, dep. 23/11/2007, imp. Lancella; Sez. 6, n. 21520 del 07/05/2008, dep. 28/05/2008, imp. Formisano).

In sostanza, nell'ipotesi in esame, non può esplicitare alcuna funzione vicaria la presunzione di conoscenza della decisione impugnata, per effetto del preannunciato e rispettato termine di deposito della sentenza, fissato irritualmente dal giudice. Si finirebbe col dare vita ad una disciplina ibrida, estranea al sistema, priva di coordinamento e idonea ad ingenerare equivoci sul termine per impugnare, che la parte interessata, com'è accaduto nella specie, potrebbe individuare, secondo una visione ermeneutica paradossalmente più coerente, in quello di 45 giorni di cui alla lettera *c*) del comma 1 dell'art. 585 cod. proc. pen., anziché di quindici giorni, che, come si è precisato, è il termine inderogabile previsto dalla lett. *a*) della norma citata per l'impugnazione dei provvedimenti emessi all'epilogo del procedimento in camera di consiglio.

1.4. E' il caso di precisare che il sistema delineato sulla base del modello legale prefigurato dall'art. 585 cod. proc. pen. è in generale previsto, come si è detto, per tutte le sentenze camerali, fatti salvi gli opportuni adattamenti, in relazione alla specifica disciplina, quanto all'individuazione del momento dal quale fare decorrere il termine d'impugnazione.

Esemplificativamente, può farsi riferimento: alla sentenza di proscioglimento emessa ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. (Sez. U n. 43055 del 30/09/2010, dep. 03/12/2010, imp. Dalla Serra, con riferimento all'ipotesi di pronuncia *de plano ex art. 459*, comma 3, cod. proc. pen.); alla sentenza predibattimentale *ex art. 469* cod. proc. pen.; alla sentenza di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e seguenti del codice di rito, quando la stessa è deliberata fuori dalla sede dibattimentale, vale a dire nel corso delle indagini preliminari, nell'udienza preliminare o prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ipotesi queste in cui la pronuncia deve ritenersi assunta in camera di consiglio (Sez. U, n. 295 del 12/10/1993, dep. 17/01/1994, imp. Scopel); alla sentenza in materia di estradizione.

In tutti questi casi, è fuori discussione che il termine per impugnare è quello di quindici giorni di cui all'art. 585, comma 1, lett. *a*), cod. proc. pen.

Quanto alla decorrenza, la stessa deve coincidere con la lettura in udienza del provvedimento contestualmente motivato (è quanto si verifica per la sentenza di patteggiamento, che – di regola – secondo la previsione dell'art. 448, comma 1, cod. proc. pen., deve essere pronunciata <<immediatamente>> e non è ammessa la riserva di motivazione) ovvero con la data di comunicazione o notifica del provvedimento depositato fuori udienza, in assenza di una previsione normativa che consenta il “distacco temporale” tra decisione e deposito della relativa motivazione.

Quando il legislatore ha inteso derogare al meccanismo d'impugnazione dei provvedimenti camerali, ha lasciato traccia nel testo normativo di riferimento.

E' il caso della sentenza emessa all'esito del rito abbreviato. In virtù del rinvio operato dall'art. 442, comma 1, cod. proc. pen. agli <<artt. 529 e seguenti>>, tra i quali è ricompreso l'art. 544 cod. proc. pen., al quale fa rinvio, a sua volta, l'art. 585 cod. proc. pen., deve ritenersi che si sia voluto assimilare, per questo specifico aspetto, la sentenza emessa nel giudizio abbreviato a quella dibattimentale, con l'effetto che il termine d'impugnazione varia, secondo le diversificazioni contenute nel comma 1 dell'art. 585 cod. proc. pen., in relazione al tempo impiegato dal giudice per la redazione della sentenza, e decorre dai diversi momenti specificati nelle lettere *b*), *c*) e *d*) del comma 2 dello stesso articolo (sez. U n. 16 del 15/12/1992, dep. 30/03/1993, imp. Cicero).

1.5. Il percorso argomentativo sin qui seguito deve essere sintetizzato nei seguenti principi:

<<il termine di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585, comma 1, lett. a, cod. proc. pen. per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio>>;

<<detto termine decorre, per le parti presenti, dalla lettura in udienza della sentenza contestualmente motivata o dalla scadenza del termine legale di trenta giorni, in caso di motivazione differita e depositata entro tale termine>>;

<<non è consentito al Giudice dell'udienza preliminare fissare, ai sensi dell'art. 544, comma 3, cod. proc. pen., un termine più ampio per il deposito della motivazione della sentenza di non luogo a procedere>>;

<<ove ciò si verifici, deve essere comunicato o notificato alle parti legittimate all'impugnazione il relativo avviso di deposito e da tale comunicazione o notificazione decorre il termine per impugnare>>.

1.6. Alla luce di tali principi, considerato che, nel caso in esame, il documento-sentenza pacificamente risulta essere stato depositato non nel termine legale di trenta giorni dalla deliberazione (art. 424, comma 4, cod. proc. pen.), bensì in quello irrualmente determinato dal G.u.p, doveva darsi corso alla comunicazione e alla notificazione del relativo avviso di deposito a tutte le parti processuali interessate, incombenza questi che, in particolare, non risultano essere stati eseguiti per il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trieste e per il difensore dell'imputato. Ne discende che la decorrenza del termine per l'impugnazione da parte del primo, in

difetto della relativa comunicazione, non ha avuto mai inizio e il ricorso dal medesimo proposto deve, pertanto, ritenersi tempestivo.

2. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: <<se il delitto di bancarotta, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se – invece – la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati, con conseguente esclusione del divieto di bis in idem per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte>>.

3. La prevalente giurisprudenza di questa Suprema Corte, nell'affrontare varie problematiche, sostanziali e processuali, con approcci interpretativi – in verità – non sempre omogenei e di corto respiro, perché incentrati su tematiche specifiche e comunque condizionati dalla lettera della disposizione di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., privilegia la concezione unitaria del reato di bancarotta.

Tale orientamento evidenzia che il legislatore, collocando la pluralità dei fatti nell'ambito della tecnica sanzionatoria e qualificandola formalmente, con la richiamata norma, come circostanza aggravante, considera le diverse violazioni – in deroga alle norme sul concorso materiale dei reati e sulla continuazione – come un unico reato, posto che una circostanza non può che aggravare un solo fatto di reato, nel quale essa si innesta (Sez. 3, n. 2492 del 26/05/1959, imp. Jerussi; Sez. 5, n. 314 del 24/03/1972, dep. 15/06/1972, imp. Draghi; Sez. 5, n. 1431 del 20/11/1981, imp. Borselli; Sez. 5, n. 4403 del 14/01/1980, dep. 01/04/1980, imp. Testa; Sez. 5, n. 8390 del 04/06/1981, dep. 28/09/1981, imp. Picardi; Sez. 5, n. 9266 del 24/06/1988, dep. 15/09/1988, imp. Ricelli; Sez. 5, n. 10260 del 05/10/1981, dep. 13/11/1981, imp. Brandinelli; Sez. 5, n. 43 del 25/11/1983, dep. 04/01/1984, imp. Giovannoni; Sez. 5, n. 8988 del 01/06/1988, dep. 23/08/1988, imp. Termini; Sez. 5, n. 4431 del 14/03/1998, dep. 15/04/1998, imp. Calabro; Sez. 5, n. 9047 del 15/06/1999, dep. 15/07/1999, imp. Larini; Sez. 5, n. 10423 del 22/05/2000, dep. 02/10/2000, imp. Piana; Sez. 5, n. 4901 del 16/12/2002, dep. 03/02/2003, imp. Gazzani; Sez. 5, n. 38810 del 04/07/2006, dep. 22/11/2006, imp. Vassallo).

Secondo altro indirizzo interpretativo, l'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. prevede l'unificazione solo *quoad poenam* della pluralità dei fatti di bancarotta posti in essere nell'ambito della stessa procedura concorsuale, ma non esclude l'autonomia ontologica dei singoli episodi delittuosi; tale unificazione, pur esplicitamente qualificata come aggravante, costituisce in realtà un'ipotesi particolare di continuazione derogativa di quella ordinaria, consistendo la deroga nella determinazione dell'aumento di pena fino a un terzo (e non fino al triplo *ex art. 81 cod. pen.*) e nell'assoggettabilità al giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen. (Sez. 5, n. 2588 del 16/10/1980, dep. 21/11/1980, imp. Caltagirone; Sez. 5, n. 2547 del 08/10/1981, dep. 16/02/1981, imp. Murgia; Sez. 5, n. 4913 del 21/11/1994, dep. 29/12/1994, imp. Migliavacca; Sez. 5, n. 32254 del 04/06/2003, dep. 31/07/2003, imp. Paziienza; Sez. 5, n. 26794 del 17/05/2008, dep. 03/07/2008, imp. Schiavone).

4. Entrambi gli orientamenti sono intrinsecamente connessi alla interpretazione della struttura del reato di bancarotta e, più esattamente, all'individuazione della relazione che intercorre tra la dichiarazione di fallimento e la molteplicità delle azioni tipiche poste in essere dal fallito.

Il principio della c.d. unitarietà della bancarotta, secondo il quale il reato resta unico anche se realizzato attraverso una molteplicità di fatti, trova la sua genesi nell'antica concezione del fallimento come evento del reato, al quale si accompagnerebbero, <<in secondo piano e quasi in ombra>>, i fatti di bancarotta.

Alla luce di ciò, nella vigenza del codice di commercio del 1882, si sosteneva che <<il reato è sempre uno solo, anche nel concorso di più fatti; si ha sempre una sola e medesima lesione

giuridica, epperò sarebbe un errore ravvisare in questi altrettanti reati distinti>>, che sono – invece – <<aspetti di un unico evento che la legge vuole punito>>.

Il codice di commercio francese del 1807, dal quale aveva tratto origine quello unitario, d'altra parte, non dava adito a perplessità: era previsto esplicitamente che si dichiarava <<colpevole di bancarotta il commerciante fallito che si trovasse in uno o più dei casi seguenti>> (artt. 533 e 593).

Con l'entrata in vigore della legge 16 marzo 1942, n. 267, le critiche mosse alla concezione tradizionale del fallimento come evento del reato di bancarotta e il paritario rilievo dato ai singoli fatti tipici, espressione concreta della violazione degli interessi protetti, hanno determinato, per un verso, l'insorgere della c.d. teoria pluralista della bancarotta e, per altro verso, la necessità, anche per i sostenitori della contrapposta teoria, d'individuare la ragione del principio unitario nell'identità in concreto del bene leso da ogni fatto di bancarotta e nella conseguente identità dell'evento giuridico, che rimane unico a prescindere dalla molteplicità di quegli stessi fatti.

In sostanza, oggetto della punizione non è il fallimento, ma i singoli fatti di bancarotta, che ledono o pongono comunque in pericolo gli interessi dei creditori, sempre che l'imprenditore sia o sia stato dichiarato fallito, rappresentando tale dichiarazione una <<condizione di esistenza del reato>> (Sez. U del 25/01/1958, imp. Mezzo).

Il fallimento, infatti, non integra – di per sé – l'illecito penale della bancarotta, non fosse altro perché può trovare origine in cause non attribuibili in alcun modo all'imprenditore di riferimento (si pensi ad una grave crisi economica generale, al dissesto finanziario di una banca con la quale l'imprenditore opera, ad una guerra). Può esservi fallimento senza che vi sia, quasi per automatismo, bancarotta. Ad integrare tale illecito concorrono, con pari incidenza, i fatti tipici previsti dalle corrispondenti norme incriminatrici e la dichiarazione di fallimento, elemento quest'ultimo imprescindibile per la punibilità dei primi, che altrimenti sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti.

5. La questione controversa rimessa alla cognizione delle Sezioni Unite, per essere ragionevolmente risolta in aderenza al diritto positivo e alla *ratio* che ispira l'intero sistema, impone d'individuare la reale natura giuridica della disposizione di cui al comma secondo n. 1 dell'art. 219 legge fall. e di apprezzare la configurazione delle singole condotte tipiche delineate dai precedenti artt. 216, 217 e 218, senza trascurare, ai fini che qui specificamente interessano, i riflessi processuali connessi alla disposizione di cui all'art. 649 cod. proc. pen..

5.1. Preliminare è l'analisi del contenuto e della portata delle norme incriminatrici (artt. 216, 217, 218 legge fall.) richiamate dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., la cui interpretazione ha dato luogo al contrasto giurisprudenziale.

E' noto che vi sono disposizioni a più norme (o norme miste cumulative), che contengono diverse ipotesi incriminatrici, aventi ciascuna una propria autonomia ontologica ed un'autonoma rilevanza penale, e norme a più fattispecie (norme miste alternative o fungibili), che viceversa prevedono un'unica ipotesi di reato e sono applicabili una sola volta anche in caso di realizzazione di più fattispecie, che degradano al rango di semplici modalità di previsione di un unico tipo di reato.

L'art. 216 legge fall., in particolare, apprezzato nella sua complessa articolazione, è inquadrabile nella categoria della disposizione a più norme, prevedendo diverse ipotesi di reato assolutamente eterogenee tra loro per condotta, per oggettività giuridica, per gravità, per tempo di consumazione, per sanzione prevista: a) bancarotta fraudolenta patrimoniale, contemplata dal n. 1 del comma primo, e cioè la distrazione, l'occultamento, la dissimulazione, la distruzione, la dissipazione di beni, nonché l'esposizione e il riconoscimento di passività inesistenti (diminuzione fittizia o effettiva del patrimonio), condotte queste che ledono l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia offerta dall'integrità patrimoniale dell'imprenditore; b) bancarotta fraudolenta documentale, contemplata dal n. 2 del comma primo, che lede l'interesse dei creditori alla ostensibilità della situazione patrimoniale del debitore; c) bancarotta preferenziale, contemplata

dal comma terzo, che lede l'interesse dei creditori alla distribuzione dell'attivo secondo i principi della *par condicio*; d) le anzidette figure criminose possono integrare fatti di bancarotta pre-fallimentare o post-fallimentare, a seconda che siano poste in essere prima o durante la procedura concorsuale (cfr. commi primo, secondo e terzo); e) diversa è la collocazione temporale della bancarotta pre-fallimentare, la cui consumazione coincide con la sentenza dichiarativa di fallimento (condizione di esistenza del reato), rispetto a quella post-fallimentare, in cui la già intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento opera come presupposto del reato e la consumazione coincide temporalmente con le condotte vietate poste in essere; f) differenziato è anche il trattamento sanzionatorio previsto: più grave per le ipotesi di bancarotta fraudolenta in senso stretto (comma primo, n. 1) e per le frodi nelle scritture contabili (comma primo, n. 2), meno grave per le indebite preferenze usate ai creditori (comma terzo).

L'art. 216 legge fall., però, contiene anche norme a più fattispecie alternative o fungibili. E' il caso delle condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione di cui al comma primo n. 1, le quali, se hanno ad oggetto lo stesso bene, sono, per così dire, in rapporto di "alternatività formale", di "alternatività di modi", nel senso cioè che le diverse condotte descritte dalla legge sono estrinsecazione di un unico fatto fondamentale e integrano un solo reato, anche se vengono poste in essere, in immediata successione cronologica, due o più di tali condotte, che, essendo omogenee tra loro, ledono lo stesso bene giuridico (integrità del patrimonio del debitore insolvente): in tal caso, l'atto conforme al tipo legale resta assorbito dalla realizzazione, in contiguità temporale, di altro atto di per sé stesso tipico. Analoghe considerazioni possono ripetersi per le ipotesi, pur esse omogenee, di esposizione e di riconoscimento di passività inesistenti (entrambe lesive dell'interesse specifico alla veridica indicazione del passivo).

In difetto della detta unitarietà d'azione con pluralità di atti, è indubbio che, anche tra fattispecie alternative, si ha concorso ogniqualvolta le differenti azioni tipiche siano <<distinte sul piano ontologico, psicologico e funzionale>> e abbiano ad oggetto beni specifici differenti.

Anche il comma primo, n. 2, prevede le fattispecie alternative della sottrazione, della distruzione o della falsificazione di libri o di altre scritture contabili, nonché della tenuta di tale documentazione in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, condotte che, se riconducibili ad un'azione unica, integrano un solo reato.

L'art. 217 legge fall. è disposizione a più norme, prevedendo ipotesi di bancarotta semplice, riconducibili a condotte ontologicamente diverse e distinte tra loro: a) spese personali o per la famiglia eccessive; b) dissipazione del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; c) operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; d) aggravamento del dissesto con l'astenersi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento; e) inadempimento delle obbligazioni assunte in sede di concordato preventivo o fallimentare; f) omessa o irregolare tenuta dei libri e delle altre scritture contabili.

Non va sottaciuto che alcune di tali previsioni incriminatrici sono strutturate normativamente in modo tale da comprendere tanto un solo fatto quanto una molteplicità di fatti: si pensi alle spese personali o per la famiglia eccessive (comma primo, n. 1), alle operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti (comma primo, n. 2), alla tenuta irregolare o incompleta dei libri e delle altre scritture contabili (comma secondo). In queste ipotesi, la molteplicità dei fatti, intesi come atti di un'unica azione, integra un reato unico.

L'art. 218 legge fall. disciplina una sola fattispecie delittuosa: il ricorso abusivo al credito, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza dell'impresa commerciale.

L'analisi delle norme citate evidenzia che in esse sono previste plurime, distinte e autonome fattispecie delittuose, le quali, ad esclusione delle ipotesi a cui innanzi si è fatto cenno, sono in concorso materiale tra loro.

Si tratta ora di stabilire la disciplina applicabile al riguardo.

5.2. Non può farsi riferimento al sistema generale delineato dal codice penale (artt. 72 e ss.) in tema di concorso di reati, venendo, invece, in rilievo la norma specifica di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. e la natura giuridica della relativa disciplina.

Quest'ultima norma dispone che le pene stabilite nei precedenti artt. 216, 217 e 218 <<sono aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati>>.

Tale regolamentazione sembra, almeno formalmente, non discostarsi, in linea di massima, dalla direttiva tradizionale della unitarietà della bancarotta.

E' necessario, però, cogliere, attraverso un'interpretazione corretta e aderente alla logica del sistema, la reale portata della previsione unificante, se cioè integri, sotto il profilo strutturale e al di là di quello funzionale, una effettiva circostanza aggravante, così come si evincerebbe dalla rubrica della norma, o piuttosto una peculiare disciplina del concorso di reati alla stregua del principio del cumulo giuridico in luogo di quello generale del cumulo materiale.

La configurazione unitaria della bancarotta ha trovato, come sopra precisato, la giustificazione più significativa nell'antica concezione del fallimento come evento del reato e ha avuto come <<supporto "naturale" la spiccata omogeneità dei comportamenti criminosi commessi dall'imprenditore nella fase della decozione>>.

Nella realtà contemporanea, con l'abbandono definitivo della concezione del fallimento come evento e in considerazione del fatto che i comportamenti dell'imprenditore insolvente possono essere estremamente eterogenei per tipologia e per offensività, deve ritenersi che i plurimi fatti di bancarotta nell'ambito del medesimo dissesto fallimentare, pur unificati normativamente nella previsione dell'art. 219, comma 2, n. 1, legge fall., rimangono naturalisticamente apprezzabili, se riconducibili a distinte azioni criminose, e sono da considerare e da trattare come fatti autonomi, ciascuno dei quali costituisce un autonomo illecito penale.

E' in rapporto, quindi, alla natura e alla eterogeneità delle fattispecie previste dalle norme incriminatrici che deve essere valutata e colta la reale portata dell'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall.

Tale norma postula l'unificazione *quoad poenam* di fatti-reato autonomi e non sovrapponibili tra loro, facendo ricorso alla categoria teorica della circostanza aggravante, della quale presenta sicuri indici qualificanti: a) il *nomen iuris*, <<circostanze>>, adottato nella rubrica; b) la generica formula utilizzata per individuare la variazione di pena in aggravamento (<<le pene [...] sono aumentate>>) implica il necessario richiamo all'art. 64 cod. pen., che è l'unica disposizione che consente di modulare la detta variazione sanzionatoria.

E' indubbio che, sul piano formale, si è di fronte a una circostanza aggravante.

In realtà, però, il riferimento formale e anche quello funzionale a tale categoria giuridica non sono coerenti con la connotazione strutturale della stessa.

Difetta, infatti, il rapporto tra un fatto-base, cioè il fatto del reato, e un fatto accessorio, cioè il fatto della circostanza. Occorre, per configurare una circostanza in senso tecnico, che si sia in presenza di un elemento non essenziale del reato, di un *quid* cioè che può esserci o non esserci, senza che il reato venga meno nella sua previsione di base. Si è obiettato che, nel caso in esame, il legislatore avrebbe considerato proprio la pluralità dei fatti di bancarotta come una circostanza aggravante. E' agevole replicare che i fatti sono tutti sullo stesso piano, ciascuno di essi delinea – secondo la corrispondente previsione tipica – un'ipotesi delittuosa e non v'è, quindi, alcuna ragione logica per assegnare ad uno o più di essi la funzione di circostanza, declassando così condotte tipiche di determinate fattispecie incriminatrici ad accadimento eventuale di altra fattispecie incriminatrice.

L'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. disciplina, nella sostanza, un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica fittiziamente agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico, facendo ricorso formalmente allo strumento tecnico della circostanza aggravante. Tale scelta appare chiaramente ispirata dall'esigenza, avvertita dal legislatore, di mitigare le conseguenze sanzionatorie e di non pervenire a

forme di repressione draconiana dei reati di bancarotta, la cui pluralità in un fallimento è evenienza fisiologica.

Detta norma non dà vita a un reato unico nella forma del reato complesso *ex art. 84*, comma primo, seconda parte, cod. pen., con riferimento all'ipotesi in cui <<la legge considera [...] come circostanze aggravanti di un solo reato fatti che costituirebbero, per se stessi, reato>>: il reato complesso, certamente costruito come reato unico a tutti gli effetti, è integrato da fatti-reato realizzati contestualmente (si pensi, esemplificativamente, al furto aggravato dalla violazione del domicilio, al danneggiamento aggravato dalla minaccia o dalla violenza concretizzatasi in sole percosse), mentre difetta tale contestualità nei fatti di bancarotta riconducibili a distinte azioni criminose.

Non può parlarsi neppure di reato abituale, considerato che tale categoria penalistica richiede la reiterazione nel tempo di condotte omogenee e una differenza qualitativa tra la volontà del fatto singolo e la volontà del fatto complessivo, mentre le condotte di bancarotta sono o possono essere eterogenee e la prospettazione soggettiva dell'agente non subisce mutamento alcuno per il moltiplicarsi delle condotte medesime.

Non va sottaciuto che è rinvenibile nel nostro sistema giuridico altra ipotesi accostabile all'interpretazione, che qui si privilegia, della norma in esame: il riferimento è all'art. 589, comma quarto, cod. pen., che, pur atteggiandosi apparentemente come circostanza aggravante, non è tale e non costituisce neppure un'autonoma figura di reato complesso, ma configura, secondo la prevalente giurisprudenza di questa Suprema Corte, un'ipotesi di concorso formale di reati, nella quale l'unificazione rileva solo *quoad poenam*, con la conseguenza che, ad ogni altro effetto, anche processuale, ciascun reato rimane autonomo e distinto (Sez. 4 n. 1509 del 15/12/1989, dep. 09/02/1990, imp. Mangili; Sez. 4 n. 10048 del 16/07/1993, dep. 08/11/1994, Rv. 195698,; Sez. 1 n. 175 del 07/11/1995, dep. 09/01/1996, imp. Ferraioli; Sez. 4 n. 12472 del 15/06/2000, dep. 01/12/2000, imp. Pellegrini; Sez. 4 n. 4738 del 29/10/2008, dep. 19/12/2008, imp. Pilato).

5.3. Conclusivamente, l'art. 219, comma secondo, n.1, legge fall. altro non è che un'ipotesi di concorso di reati, icasticamente definita da una parte della dottrina come una sorta di <<continuazione fallimentare>>, regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione.

Non è un caso che l'ambito di operatività della norma coincide con quello dell'art. 81, comma secondo, cod. pen., così come modificato dall'art. 8 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (introdotto dalla legge di conversione 7 giugno 1974, n. 220): la norma codicistica fa riferimento sia all'inosservanza di ipotesi delittuose diverse, sia alla violazione della medesima disposizione di legge; la norma della legge fallimentare deve intendersi, come meglio si preciserà in seguito, applicabile sia in caso di "più fatti" costituenti reiterazione della medesima fattispecie tipica", sia in caso di "più fatti" rappresentanti la realizzazione di situazioni differenti".

La portata derogatoria della disciplina introdotta dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., rispetto a quella generale di cui all'art. 81 cod. pen., si apprezza in maniera ancora più evidente, ove si consideri che, al momento dell'entrata in vigore della legge fallimentare, il reato poteva definirsi "continuato", in base al testo originario dell'art. 81, comma secondo, cod. pen., soltanto in costanza di <<più violazioni della stessa disposizione di legge>>.

Il legislatore del 1942, quindi, facendo ricorso alla categoria giuridica della circostanza aggravante, che, come si è detto, è tale solo dal punto di vista funzionale, ma non da quello strutturale, ha inteso, per ragioni di *favor rei*, dettare una particolare disciplina della continuazione in tema di reati fallimentari, con l'effetto che i singoli fatti di bancarotta, pur unitariamente considerati *quoad poenam*, conservano, ove ne ricorrano i presupposti, la loro autonomia sia sul piano ontologico che su quello giuridico.

La concezione unitaria, che contrasta tale conclusione, riconducendo a unità fatti autonomi e diversi, finisce col precludere – dopo un’eventuale sentenza definitiva su un singolo fatto di bancarotta – l’accertamento completo di altri fatti emersi successivamente, si pone in contrasto con la logica del sistema penale e con gli artt. 3 e 112 Cost., determina conseguenze paradossali: esemplificativamente, una condanna per bancarotta preferenziale di scarso rilievo condurrebbe all’impunità di altri e più gravi fatti di bancarotta fraudolenta commessi dallo stesso soggetto nell’ambito dello stesso fallimento ed emersi solo successivamente al fatto già giudicato.

6. L’art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. opera sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti indifferentemente dai precedenti artt. 216 e 217.

In relazione al primo aspetto, rileva la Corte che l’espresso richiamo fatto dalla norma in esame anche al reato di cui all’art. 218 legge fall., che disciplina una sola fattispecie delittuosa (ricorso abusivo al credito), non lascia margini di dubbio sull’operatività della disposizione in caso di reiterazione della stessa condotta tipica. Diversamente opinando, si determinerebbe una *interpretatio abrogans* del richiamo che l’art. 219 fa all’art. 218.

In relazione al secondo aspetto, vanno condivise, a superamento dell’esistente contrasto giurisprudenziale, le argomentazioni sviluppate da Sez. 5, n. 27231 del 03/06/2005, dep. 21/07/2005, imp. Laface e da Sez. 5, n. 3619 del 15/12/2006, dep. 31/01/2007, imp. Belsito.

Deve osservarsi, invero, che, di fronte al dato testuale non univoco (<<più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli>>), l’applicabilità dell’art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. alla pluralità di fatti di bancarotta commessi, a prescindere se gli stessi siano contemplati nello stesso articolo o in articoli diversi, è imposta dalla necessità di privilegiare un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma, perché, diversamente opinando, si determinerebbero, in contrasto con l’art. 3 Cost., situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento: ove si ritenga, infatti, che la norma in esame sia applicabile solo ai casi di concorso interno, quello cioè tra più fatti di bancarotta tutti semplici o tutti fraudolenti, mentre il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fatti di bancarotta fraudolenta rientrerebbe nella sfera di operatività dell’art. 81 cod. pen., si finirebbe col <<punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta>>, dovendo il primo soggiacere al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall’art. 81 cod. pen.

Il reato rimane logicamente unico nelle ipotesi, già sopra richiamate, di condotte criminose in rapporto di “alternatività formale” o “alternatività di modi”, di condotte espressione di un’unica azione con pluralità di atti, di fattispecie costruite, per espressa previsione normativa, su una base strutturale unitaria, assimilabile a quella del reato abituale ma non coincidente con la stessa.

6.1. La peculiare disciplina di cui all’art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. deve essere estesa anche alle ipotesi di c.d. bancarotta impropria, vale a dire ai fatti di reato previsti negli artt. 216, 217, 218 allorché siano commessi da persone diverse dal fallito (artt. 223, 224, 225 legge fall.).

E’ vero che, sul piano della interpretazione letterale, tale estensione sembra insostenibile, non contemplando la disciplina della bancarotta impropria la normativa di cui all’art. 219 (e quindi anche del comma secondo n. 1) e non facendo quest’ultimo rinvio agli articoli 223 e seguenti.

E’ agevole, tuttavia, osservare, in aderenza al consolidato orientamento di questa Suprema Corte, che il richiamo contenuto nelle norme incriminatrici della bancarotta impropria allo stesso trattamento sanzionatorio previsto per le corrispondenti ipotesi ordinarie non legittima margini di dubbio sull’applicabilità del relativo regime nella sua interezza, ivi compresa l’aggravante *sui generis* di cui si discute. D’altra parte, avendo il legislatore posto su un piano paritario i reati di

bancarotta propria e quelli di bancarotta impropria, non v'è ragione, ricorrendo l'*eadem ratio*, di differenziare la disciplina sanzionatoria. L'applicazione analogica dell'art. 219 legge fall. ai reati di bancarotta impropria non può ritenersi preclusa, trattandosi di disposizione favorevole all'imputato (Sez. 5. n. 561 del 17/03/1967, dep. 16/05/1967, imp. Folonari; Sez. 5, n. 1209 del 29/11/1968, dep. 31/01/1969, imp. Solaro; Sez. 5, n. 3297 del 08/01/1980, dep. 11/03/1980, imp. Riva; Sez. 5, n. 12531 del 25/10/2000, dep. 01/12/2000, imp. Mazzei; Sez. 5, n. 8829 del 18/12/2009, dep. 05/03/2010, imp. Truzzi).

7. La soluzione privilegiata, integrando una unità fittizia di reati, che in realtà concorrono tra loro, comporta conseguenze rilevanti sul piano processuale e, per la individuazione di tali effetti, la figura di unificazione legislativa deve necessariamente essere scissa nelle sue componenti.

E' sufficiente ricordare che:

- la contestazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto;
- ogni singolo fatto deve essere oggetto di accertamento in sede di istruttoria dibattimentale;
- ogni singolo fatto deve essere oggetto di un autonomo capo della decisione anche i fini dell'effetto devolutivo in sede di eventuale impugnazione;
- per ogni diverso e autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione;
- la diversità ontologica dei singoli fatti, unificati fittiziamente dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si riflette sul giudicato e sul connesso problema dell'operatività dell'art. 671 cod. proc. pen. in materia di applicazione *in executivis* della disciplina del reato continuato.

7.1. Sono questi due ultimi aspetti processuali, intimamente connessi tra loro, che assumono rilievo specifico nel caso rimesso alla cognizione delle Sezioni Unite.

Osserva la Corte che, poiché – secondo la concezione pluralista qui privilegiata – i diversi episodi di bancarotta nell'ambito dello stesso fallimento conservano la loro autonomia e la disciplina dettata dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. costituisce, sotto il profilo strutturale, non un'aggravante ma un'ipotesi particolare di continuazione derogativa di quella ordinaria, l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei detti fatti non è di ostacolo alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento.

A chiarire meglio la insussistenza, in tale ipotesi, del divieto del *bis in idem* di cui all'art. 649 cod. proc. pen. è la nozione di <<medesimo fatto>> che la norma evoca.

L'identità del fatto sussiste quando v'è corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso di causalità) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persone (Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005, dep. 28/09/2005, imp. Donati).

Non v'è certamente tale corrispondenza tra le varie ipotesi di bancarotta.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale, quella fraudolenta documentale, quella preferenziale, le plurime e diverse ipotesi di bancarotta semplice, la bancarotta pre-fallimentare e quella post-fallimentare si concretizzano attraverso condotte diverse, determinano eventi diversi, hanno gradi di offensività non omologhi, sono sanzionate in modo differenziato, non tutte coincidono come tempo e luogo di consumazione (la bancarotta pre-fallimentare si consuma nel momento e nel luogo in cui interviene la sentenza di fallimento, mentre la consumazione di quella post-fallimentare si attua nel tempo e nel luogo in cui vengono posti in essere i fatti tipici).

7.2. A non diversa conclusione deve pervenirsi con riferimento alla previsione di cui all'art. 669 cod. proc. pen. in tema di pluralità di sentenze di condanna irrevocabili pronunciate contro la stessa persona per il <<medesimo fatto>>.

Anche in questo caso, se più condanne irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per reati di bancarotta commessi nell'ambito dello stesso fallimento, in tanto può ordinarsi l'esecuzione della sentenza che ha inflitto la pena meno grave e revocarsi le altre, in quanto vi sia esatta coincidenza, nel senso innanzi indicato, tra i fatti-reato oggetto dei plurimi giudizi.

7.3. Una riflessione merita la questione concernente la possibilità di applicare l'art. 671 cod. proc. pen. al caso in cui contro la stessa persona siano state pronunciate, in procedimenti distinti, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta riguardanti la medesima procedura concorsuale.

La detta norma menziona testualmente la <<disciplina del reato continuato>> e ha carattere eccezionale, nel senso che fa eccezione alla regola generale dell'intangibilità del giudicato, con l'effetto che non può essere applicata oltre i casi in essa previsti.

L'operazione ermeneutica, però, non può rimanere negli angusti limiti del dato testuale offerto dalla citata norma, ma deve essere di più ampio respiro, nella prospettiva di non vanificare la finalità che la norma persegue e di non determinare irragionevoli disparità di trattamento, che legittimerebbero dubbi di costituzionalità, in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Tale operazione deve tenere conto, innanzi tutto, che il vigente codice di rito, favorendo la separazione delle regiudicande, tende a <<recuperare *in executivis* quelle occasioni di riunificazione legislativa dei fatti di reato e di cumulo giuridico tra le pene che non siano state fruite in sede di cognizione>>; deve, inoltre, considerare che la previsione di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. configura, come si è detto, una particolare ipotesi di continuazione, c.d. "continuazione fallimentare". Sulla base di tali premesse, è agevole concludere che non vi sono ostacoli insuperabili per applicare in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., la peculiare disciplina di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. (sostitutiva di quella di cui all'art. 81 cod. pen.) nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi a un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione *quoad poenam* dei detti reati.

8. All'esito dell'analisi logico-sistematica della normativa esaminata, devono enunciarsi, in ossequio al disposto dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., i seguenti principi di diritto:

<<più condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento mantengono la propria autonomia ontologica e danno luogo a un concorso di reati, che vengono unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico>>;

<<la disposizione di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall. non integra, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta una peculiare disciplina della continuazione, in deroga a quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen., in tema di reati fallimentari>>;

<<deve escludersi, con riferimento a condotte di bancarotta ancora sub iudice, la preclusione dell'eventuale giudicato intervenuto su altre e distinte condotte di bancarotta relative alla stessa procedura concorsuale>>.

Omissis

Con la sentenza in epigrafe le Sezioni unite della Suprema Corte:

A. affrontano alcune questioni in ordine al deposito della motivazione della **sentenza di non luogo a procedere** pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, al termine di impugnazione della stessa ed alla decorrenza del medesimo, enunciando, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto:

- a) il **termine di impugnazione** della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585, comma 1, lett. a), c.p.p. per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio;
- b) detto termine, per le parti presenti, decorre dalla lettura in udienza della sentenza contestualmente motivata o dalla scadenza del termine legale di trenta giorni, in caso di motivazione differita e depositata entro tale termine;
- c) non è consentito al G.U.P. fissare, ai sensi dell'**art. 544, comma 3, c.p.p.**, un termine più ampio per il deposito della motivazione della sentenza di non luogo a procedere;
- d) ove ciò si verifici, deve essere comunicato o notificato alle parti legittimate all'impugnazione il relativo avviso di deposito e da tale comunicazione o notificazione decorre il termine per impugnare.

B. interpretano, traendo occasione dalla questione loro devoluta, **l'art. 219, secondo comma, n. 1, l.f.**, fissando i seguenti principi:

- a) più condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento mantengono la propria autonomia ontologica e danno luogo a un **concorso di reati, che vengono unificati, ai soli fini sanzionatori**, nel cumulo giuridico;
- b) la disposizione anzidetta non integra, **sotto il profilo strutturale**, una circostanza aggravante, ma detta una peculiare disciplina della continuazione, in deroga a quella ordinaria di cui all'art. 81 c.p., in tema di reati fallimentari;
- c) deve escludersi, con riferimento a condotte di bancarotta ancora *sub iudice*, la preclusione dell'eventuale giudicato intervenuto su altre e distinte condotte di bancarotta relative alla stessa procedura concorsuale.

1. A costringere le Sezioni Unite a tornare ad occuparsi della sentenza di non luogo a procedere, dei termini di deposito ed impugnazione della stessa, è un errore compiuto dal giudice del merito che, all'esito dell'udienza preliminare, ha ritenuto di poter applicare la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 544 c.p.p. e, quindi, indicare nel dispositivo della sentenza un termine di deposito più lungo di quello previsto.

Nei sopra citati principi enunciati dalla Corte **non si ravvisano profili di novità**.

I Supremi giudici rafforzano, peraltro, il sostegno argomentativo di soluzioni interpretative alle quali la giurisprudenza prevalente e dottrina erano già da tempo pervenute.

Valgono a conferma le seguenti considerazioni che descrivono, in sintesi, la situazione preesistente.

1.1. Il G.U.P. – come è noto - deve, di regola, dare immediata lettura del provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare

La regola dell'immediatezza del deposito non ammette eccezioni per quanto concerne il decreto che dispone il giudizio.

Un'eccezione è, invece, prevista per la sentenza di non luogo a procedere.

Questa eccezione alla regola dell'immediata deliberazione, lettura e deposito è contemplata dal comma 4 dell'art. 424 ove è stabilito che, qualora non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi, il giudice deve provvedervi non oltre il trentesimo giorno da quello della pronuncia.

E' la legge, dunque, a fissare il termine per la redazione dei motivi della sentenza pubblicata con la lettura del dispositivo.

Non è previsto, per la sentenza di non luogo a procedere, che il giudice possa fissare un termine diverso (e più lungo) per la redazione dei motivi.

E, a tale proposito, l'interpretazione giurisprudenziale aveva sempre escluso l'applicabilità del menzionato art. 544 comma 3, dettato per le sole sentenze pronunciate in giudizio, anche abbreviato [cfr. *ex plurimis* Cass. V 28.4.1995, p.m. in proc. Chiurazzi, *CED* 202250; Cass. VI 1.10.2007, p.m. in proc. Esposito, *CED* 238037].

1.2. Si ricorderà che le disposizioni contenute nell'art. 424 avevano già generato interrogativi ai quali le Sezioni Unite erano state chiamate a dare risposta.

Ci si era chiesti, in particolare, se, nel caso in cui il giudice avesse provveduto a depositare la motivazione nei trenta giorni di cui sopra si è detto, la cancelleria fosse tenuta a dare avviso del deposito della sentenza alle parti presenti (tenuto conto che la lettura in udienza del dispositivo della sentenza equivale a notificazione per le parti presenti) a norma dell'art. 128 c.p.p..

La Corte [Cass. S.U. 26.6.2002, D'Alterio, in *CP* 2002, 3682, *CED* 222043-4] ha risposto in senso negativo, richiamandosi al tenore letterale dell'art. 128 che fa espressamente "salvo quanto disposto per i provvedimenti emessi nell'udienza preliminare e nel dibattimento", così mostrando di escludere l'applicabilità dell'art. 128 ai provvedimenti dal giudice assunti all'esito dell'udienza preliminare.

Non va, dunque, notificato o comunicato avviso di deposito, alle parti presenti alla lettura del dispositivo, della motivazione della sentenza di non luogo a procedere sempre che la stessa sia stata depositata entro il trentesimo giorno.

1.3. Alle Sezioni Unite era stata sottoposta un'altra, collegata, questione: quella relativa alla decorrenza del termine per l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere per le parti presenti nel caso in cui la motivazione della sentenza venga depositata entro il trentesimo giorno dalla pronuncia del dispositivo.

E la Corte ebbe a statuire che il termine di quindici giorni per l'impugnazione (previsto dall'art. 585, comma 1, lett. a), per tutti i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio) decorre non dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito del provvedimento (come previsto dall'art. 585 comma 2 lett. a), ma "dalla scadenza del termine stabilito dalla legge" (come previsto, con riguardo a qualsivoglia sentenza, dall'art. 585, comma 2, lett. c).

E detto principio è stato, poi, più volte riaffermato [Cass. VI 9.10.2003, P.g. in proc. Bassetto, in *CP* 2005, 2693, *CED* 227601; Cass. VI 28.6.2007, p.c. in proc. Bimbi, *CED* 237087; Cass. VI 1.10.2007, p.m. in proc. Esposito, *cit.*; Cass. I 12.3.2008, p.m. in proc. Capocci, *CED* 239801], precisandosi che neppure l'irrituale fissazione di un termine più ampio per il deposito muta i termini della questione, posto che le parti sono al corrente del termine massimo entro cui deve essere depositata la sentenza [Cass. VI 9.10.2003, P.G. in proc. Bassetto, *cit.*; Cass. VI 1.10.2007, p.m. in proc. Esposito, *cit.*] e chiarendosi, inoltre, che il termine di impugnazione resta sempre quello di quindici giorni, stabilito dall'art. 585, comma 1, lett. a), per i provvedimenti emessi a seguito di procedimento in camera di consiglio, essendo influente l'irrituale applicazione, da parte del giudice, di un termine più ampio per il deposito della motivazione, ai sensi dell'art. 544, comma 3 [Cass. VI 7.5.2008, P.G. in proc. Formisano, *CED* 240076; Cass. VI 11.10.2007, p.m. in proc. Lancella, *CED* 238156; unica voce dissonante, *clamans in deserto*, Cass. IV 22.9.2010, p.m. in proc. Poloni, *CED* 248769].

1.4. In dottrina si era, poi, ulteriormente precisato [BRICCHETTI-PISTORELLI *L'udienza preliminare. Dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano 2003, p. 273; CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, Milano 2007, p. 243]:

- che, in caso di deposito dei motivi nei trenta giorni successivi alla pubblicazione della sentenza mediante lettura del dispositivo, l'avviso di deposito va notificato o comunicato all'imputato contumace e alle altre parti non presenti (compresi quelle non presenti "per definizione" come il procuratore generale, come successivamente affermato da Cass. V 23.6.2009, P.G. in proc. Granifero, *CED* 244606);
- che, in caso di deposito dei motivi fuori termine, è necessaria la notificazione dell'avviso di deposito anche alle parti presenti;
- che il termine di quindici giorni per l'impugnazione della sentenza, la cui motivazione sia stata depositata entro il termine legale, decorre, per l'imputato contumace e per le parti non presenti dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito;
- che il termine anzidetto, nel caso in cui la motivazione della sentenza di non luogo a procedere sia stata depositata dopo lo spirare del termine legale, decorre, anche per le parti presenti, dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito.

2. Passando al secondo tema affrontato dalla Suprema Corte, va ricordato che l'art. 219, primo comma, n. 1, l.f. prevede, nell'ambito di una disposizione che contempla circostanze dei reati di bancarotta fraudolenta (art. 216) e semplice (art. 217), e di ricorso abusivo al credito (art. 218), che le pene stabilite in detti articoli suddetti sono aumentate (secondo i parametri ordinari dell'art. 64 c.p.) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli medesimi.

La sentenza in esame contiene opzioni interpretative che vanno oltre i sopra indicati principi di diritto. Vediamole.

2.1. Il primo importante argomento affrontato ruota attorno al significato da attribuire alle parole usate dal legislatore per configurare la circostanza.

La disposizione in esame parla, invero, di **"più fatti"** tra quelli previsti in **"ciascuno"** degli articoli suddetti.

a) La dottrina meno recente ne desumeva che la circostanza era applicabile soltanto in caso di commissione di fatti previsti dallo stesso articolo (vale a dire di fatti di bancarotta fraudolenta o di bancarotta semplice o di ricorso abusivo al credito) e non di fatti previsti da articoli diversi (ad es. fatti di bancarotta fraudolenta e fatti di bancarotta semplice).

In tale ultimo caso, riprendevano, pertanto, vigore le disposizioni sul concorso materiale di reati (segnatamente quelle sulla continuazione di cui all'art. 81, comma secondo, c.p.).

Per la stessa dottrina, peraltro, l'impossibilità di riconoscere al dato testuale un significato diverso da quello descritto non comportava la necessaria condivisione della scelta operata dal legislatore, ritenuta invero tutt'altro che ragionevole.

Irragionevolezza che si rivelava soprattutto nell'ipotesi della commissione di reati dolosi e colposi, che rendeva inevitabile procedere al cumulo materiale delle sanzioni (non potendosi applicare né la circostanza aggravante per le ragioni dette, né la disciplina della continuazione perché incompatibile con il reato colposo).

Anche la giurisprudenza meno recente era tuttavia su questa posizione (cfr. ad es. Cass. V 19.4.1971, Grandi, in *GP* 1972, II, 695, *CED* 118608; Cass. V 7.6.1996, D'Angelo, in *CP* 1998, 3412, *CED* 206386; Cass. V 13.10.2000, P.G. in proc. Giormani, *CED* 217913; ultima in ordine di tempo Cass. V 10.11.2004, Mancosu, *CED* 230514, in *CP* 2006, 1564).

b) Negli ultimi anni, però, l'orientamento è radicalmente mutato.

Ha trovato, invero, spazio prevalente l'affermazione, in aperto e consapevole contrasto con l'orientamento fin qui descritto, secondo cui la circostanza aggravante deve applicarsi anche nel caso di **commissione di fatti previsti da articoli diversi**, segnatamente di fatti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice (cfr. Cass. V 21.11.2007, p.m. in proc. Dalpiaz, *CED* 238337, che ha precisato – richiamando le perplessità già espresse in proposito, come si è visto, dalla dottrina - che non è ragionevole punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a colui che abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta; Cass. V 15.12.2006, Belsito, *CED* 236050, in *RTDPE* 2007, 990; Cass. V 3.6.2005, La Face, in *DPP* 2005, 1237, *CED* 236182).

Naturalmente, la circostanza è ritenuta applicabile, anche nel caso di **reiterazione di fatti dello stesso tipo** e cioè riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, ad es., più fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale (v. *ex plurimis* Cass. V 12.1.2010, Calì, *CED* 246707, caso in cui erano stati contestati all'imputato fatti di bancarotta fraudolenta prefallimentare e fatti di bancarotta fraudolenta postfallimentare; Cass. V 5.10.1981, Brandinelli, *CED* 150982, in *CP* 1982, 2105); è necessario, però, che si tratti di distinte condotte criminose, cioè di comportamenti staccati nel tempo ed autonomamente enucleabili nella loro completezza, perché in ogni caso sussiste quella maggiore gravità del fatto che, a giudizio del legislatore, giustifica l'aggravamento della pena.

Le Sezioni Unite confermano, con la sentenza in esame, questa lettura, imposta – secondo i Supremi giudici - dalla necessità di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma “perché, diversamente opinando, si determinerebbero, in contrasto con l'art. 3 Cost., situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento” (se ne accennava sopra citando Cass. V 21.11.2007, p.m. in proc. Dalpiaz).

Va aggiunto che anche in passato si era affermato che la circostanza non è invece configurabile “nella diversa ipotesi in cui l'azione rimanga unica, pur alimentandosi di una pluralità di atti” (Cass. V 5.10.1981, Brandinelli, cit.); la Suprema Corte riprende il concetto: “il reato rimane logicamente unico nelle ipotesi ... di condotte criminose in rapporto di “alternatività formale” o “alternatività di modi”, di condotte espressione di un'unica azione con pluralità di atti, di fattispecie costruite, per espressa previsione normativa, su una base strutturale unitaria, assimilabile a quella del reato abituale ma non coincidente con la stessa”.

Insomma, la disposizione non si applica nel caso in cui la pluralità di azioni già costituisca un tratto che caratterizza la fattispecie incriminatrice.

Nella legge fallimentare sono infatti frequenti le fattispecie a condotta eventualmente plurima, la cui struttura supporta quindi un'esecuzione del fatto tipico scaglionata nel tempo: si pensi, nell'art. 216, primo comma, n. 1, alla dissipazione nonché all'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti e nel n. 2 alla tenuta della contabilità in modo da non rendere possibile la ricostruzione; nell'art. 217 alle spese eccessive, alle operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti e alle operazioni di grave imprudenza del primo comma, n.1-3, nonché alla tenuta irregolare o incompleta della contabilità del secondo comma.

2.3. Secondo tema interpretativo, non meno importante, è quello della portata della disposizione, segnatamente della sua estensibilità ai fatti di bancarotta e di ricorso abusivo al credito commessi da persone diverse dal fallito (ipotesi racchiuse nella generale categoria della cd. “**bancarotta impropria**”).

Con la sentenza che si annota le Sezioni Unite hanno ribadito la soluzione affermativa con affermazioni che sembrano riferirsi, anche se il concetto non è esplicitamente rimarcato, a tutte le ipotesi di bancarotta impropria (in particolare anche a quelle di cui all'art. 223, secondo comma, n. 2, l.f., vale a dire la causazione del dissesto con dolo o per effetti di operazioni dolose).

L'art. 219, secondo comma, n. 1, non contiene un richiamo alle norme sulla bancarotta *impropria*, segnatamente agli artt. 223, 224, 225 e 227.

a) Secondo la giurisprudenza, peraltro, che ha avuto modo di occuparsene soprattutto con riguardo ai fatti di bancarotta fraudolenta, la circostanza aggravante in esame deve applicarsi anche alla bancarotta *impropria* di cui all'art. 223, primo comma ed ai fatti indicati nell'art. 223, secondo comma, n. 1, vale a dire alla cd. bancarotta da illecito societario (Cass. V 29.11.1968, Solaro, *CED* 110171; Cass. V 4.12.1968, Delfino, *CED* 110175; Cass. V 8.1.1980, Riva, in *GP* 1980, II, 650; Cass. V 25.10.2000, Mazzei, *CED* 217939; Cass. V 5.3.2003, Cometto, *CED* 224198).

In tal senso la Suprema Corte ha affermato che (Cass. V, 27.4.1992, Bertolotti, *CED* 191564): “nell'ambito dei reati commessi da persone diverse dal fallito e puniti dalla legge fallimentare (art. 223), sebbene le ipotesi delittuose previste dall'art. 2621 c.c. e dalle altre norme - cui fa riferimento il comma secondo n. 1 dello stesso art. 223 - non si identifichino sostanzialmente con quelle previste dall'art. 216, trattandosi di fattispecie ontologicamente diverse tra loro,

nondimeno le stesse non si sottraggono alla disciplina stabilita dall'art. 219, che è comune ai reati di bancarotta propria ed a quelli di bancarotta impropria. Invero, una volta che il legislatore ha inteso seguire un costante parallelismo tra i reati commessi da persone diverse dal fallito e quelli imputabili all'imprenditore fallito, non vi è ragione perché i primi che, nel sistema della legge, sono posti sullo stesso piano degli altri, non debbano sottostare alla stessa disciplina per quanto riguarda le circostanze aggravanti e la circostanza attenuante previste dall'art. 219 legge fallimentare”.

Trattandosi di norma favorevole all'imputato - si legge poi in altra pronuncia (Cass. V 1.12.2000, Mazzei, *cit.*, che riprende in sostanza Cass. V 17.3.1967, Folonari, *CED* 104231-2, in *FI* 1967, II, 574) - “ne è consentita applicazione estensiva alla bancarotta impropria per l'*eadem ratio* che sorregge i due tipi di bancarotta, pur trattandosi di fattispecie criminose ontologicamente diverse tra loro. Il trattamento penale riservato agli amministratori di società che abbiano commesso alcuno dei fatti previsti dall'art. 216 (pur essendo “persone estranee al fallito”, cioè alla società) è equiparato a quello degli imprenditori individuali falliti, quando la dichiarazione d'insolvenza riguardi la società. Agli stessi amministratori (o alle altre persone indicate nel primo comma dell'art. 223) si applicano la pena principale e quella accessoria previste per la bancarotta fraudolenta “se hanno commesso fatti preveduti dagli articoli 2621, 2622c.c.” (bancarotta impropria), sempre che la società sia dichiarata fallita: “data la totale identità di trattamento tra i due tipi di reato, aventi come elemento comune il fallimento della società, sarebbe iniquo non estendere la previsione favorevole dell'art. 219, secondo comma, n. 1, anche alle persone diverse dal fallito (nel caso di decozione della società) quando commettano non solo fatti di bancarotta propria ma anche di bancarotta impropria equiparati tra loro ed alla bancarotta dell'imprenditore individuale.”.

A tale orientamento si è rifatta una successiva decisione (Cass. V, 18.12.2009, Truzzi, *CED* 246155) in cui si osserva che “con riferimento alla previsione del comma 1 dell'art. 223, il richiamo normativo allo stesso trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi ordinaria non lascia adito a dubbi di sorta in ordine all'applicabilità del relativo regime nella sua interezza, comprensivo, dunque, anche dell'operatività dell'aggravante in questione. Per quanto concerne, poi, la fattispecie della bancarotta fraudolenta impropria da reato societario di cui al comma secondo dell'art. 223 (...) non è revocabile in dubbio che, ancora una volta, la previsione dell'applicabilità della pena prevista dal primo comma dell'art. 216, deve intendersi - per genericità di formulazione - comprensiva dell'intero trattamento sanzionatorio previsto per la bancarotta propria, e dunque anche del regime dell'aggravante (stante il parallelismo tra i reati commessi da persone diverse dal fallito e quelli imputabili allo stesso imprenditore fallito). Non solo, ma l'applicazione estensiva, in via analogica, ai reati di bancarotta impropria non può ritenersi preclusa nel caso di specie, trattandosi di disposizione favorevole all'imputato. Ed infatti, la norma di cui all'art. 219 esclude il concorso di reati - e, dunque, il cumulo materiale delle pene - in caso di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli art. 216, 217 e 218. Inoltre, nel considerare la pluralità delle condotte come circostanza aggravante, ne autorizza la soggezione all'ordinario giudizio di bilanciamento tra aggravanti ed attenuanti di cui all'art. 69 c.p. In quanto norma più favorevole per gli anzidetti riflessi, la stessa è, dunque, estensibile all'ipotesi di pluralità di fatti commessi da amministratori di società o da altre persone diverse dal fallito indicate nel primo comma dell'art. 223, stante l'identità di *ratio* sottesa ai due tipi di bancarotta (propria ed impropria)”.

b) Anche in ordine all'applicabilità dell'aggravante in caso di concorso tra le *operazioni dolose* di cui all'art. 223, cpv., n. 2, e fatti di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 (in relazione all'art. 223, primo comma) o fatti di bancarotta di cui all'art. 223, cpv. n. 1, la giurisprudenza si è pronunciata in senso affermativo (Cass. V, 24.6.1992, Chiabotti, *CED* 191935; Cass. V, 23.2.1995, Barducco, *CED* 201057; *contra* peraltro Cass. V 5.7.2007, p.m. in proc. Ascone, *CED* n. 237716).

c) Ad analoghe affermazioni la giurisprudenza si è sempre spinta, infine, anche con riguardo alla circostanza della rilevante gravità del danno di cui all'art. 219, primo comma (da ultimo Cass. V 22.6.2010, Poli, *CED* 247970).

2.3. Come si è sopra accennato, le Sezioni Unite hanno affrontato altro fondamentale interrogativo: se la disposizione in esame contempra un «*unico fatto*» di bancarotta aggravato o se, invece, disciplini in modo peculiare *un concorso di reati*.

a) Dopo una minuziosa analisi del contenuto e della portata delle norme incriminatrici (artt. 216, 217, 218) richiamate dall'art. 219, comma secondo, n. 1, La Corte perviene alla conclusione che dette norme contengono plurime, distinte e autonome fattispecie delittuose in concorso materiale tra loro.

Riflettendo, poi, sulla disciplina alle stesse riservata dall'art. 219, secondo comma, n. 1, i Supremi giudici concludono nel senso che ci si trovi, sul piano formale e funzionale, di fronte ad una circostanza aggravante.

Detta circostanza aggravante ha, peraltro, connotazione strutturale atipica nel senso che è lo strumento tecnico scelto dal legislatore per disciplinare, nella sostanza, “un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica fittiziamente agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico”.

Dunque una **circostanza aggravante nella forma**, una **pluralità di reati nella sostanza**: l'art. 219, comma secondo, n.1 è un'ipotesi di concorso di reati, regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione.

ovvero del documento di identificazione per stranieri di cui all'art. 6, comma 9, del citato decreto legislativo, essendo il possesso di uno di questi ultimi documenti inconciliabile con la condizione stessa di straniero in posizione irregolare.

Tale giurisprudenza è stata ribadita dalla già citata sentenza Calmus (n. 44157 del 23/09/2009), secondo cui è esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, salvo che ricorra un giustificato motivo, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti di soggiorno e ciò pur dopo la novella della disposizione incriminatrice ad opera dell'art. 1, comma 22, lett. h), l. n. 94 del 2009 (in senso conforme, ma senza particolare motivazione, anche le pronunce n. 6343 del 2010, Wainan, e n. 785 del 2010, Timimouni).

3. Al fine di dare risposta al quesito sopra formulato, è opportuno prendere le mosse della sentenza Mesky, la cui *ratio decidendi* è dichiaratamente fondata sul contenuto della norma posta dall'art. 6, comma 3, d. lgs. 286/1998, interpretata nel "senso fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore" (art. 12, comma primo, r.d. n. 262 del 1942, recante "Disposizioni sulla legge in generale").

La norma, nel testo vigente all'epoca della decisione, indicava quattro tipi di documenti che lo straniero (senza alcuna distinzione tra legittimamente o irregolarmente presente sul territorio nazionale) era abilitato a esibire a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza.

L'esibizione di uno qualsiasi di tali documenti (<<il passaporto o altro documento di identificazione ovvero il permesso di soggiorno o la carta di soggiorno>>) escludeva la sussistenza del reato. Rilevava la sentenza che i primi due (passaporto o altro documento d'identificazione) non hanno alcun rilievo ai fini della regolarità dell'ingresso e della giustificazione della presenza nel territorio dello Stato, ma attengono solo alla certa identificazione del soggetto. Il permesso e la carta di soggiorno attestano, invece, la regolare presenza dello straniero in territorio nazionale e di tale regolarità sono idonei a dare esaustiva contezza, ma - secondo quanto precisa la sentenza - valgono nel contempo alla sicura identificazione del soggetto.

La locuzione *ovvero* attribuiva agli ultimi due valore di equipollenza e ne derivava che l'esibizione di uno qualsiasi di tali documenti escludeva la sussistenza del reato, con la conseguenza che lo straniero in posizione irregolare aveva l'obbligo di esibire i documenti d'identificazione, mentre non era da lui esigibile l'esibizione dei documenti di soggiorno.

La *ratio* della norma - secondo la predetta decisione - non era quella di consentire agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza di verificare, *illico et immediate*, attraverso l'esibizione di uno di quei documenti, la regolarità o meno della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma era solo quella di procedere alla sua documentale identificazione.

L'interesse protetto dalla norma veniva individuato non già nella verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma nell'identificazione dei soggetti stranieri presenti (regolarmente o meno) nel territorio dello Stato, potendo l'accertamento di regolarità del soggiorno essere effettuato in un momento successivo.

4. L'approdo interpretativo del massimo organo di nomofilachia, nonostante talune residue critiche di dottrina, aveva determinato una giurisprudenza sostanzialmente pacifica sino al nuovo intervento del legislatore, che con l'art. 1, comma 22, lett. h), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") ha sostituito il precedente testo normativo, disponendo che <<Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000>>.

Rispetto al precedente testo, le modificazioni riguardano l'inasprimento sanzionatorio (aumento del massimo edittale), la precisazione della condotta tipica (inottemperanza all'ordine di esibizione,

anziché mancata esibizione alla richiesta di ufficiali e agenti di p.s.), ma soprattutto la sostituzione della locuzione “e” alla disgiunzione “*ovvero*” relativamente alle due categorie di documenti da esibire: quelli d’identificazione e quelli attestati la regolarità del soggiorno nel territorio dello Stato.

5. Numerosi giudici di merito hanno interpretato la nuova norma nel senso accolto dalla sentenza impugnata, mentre questa Corte, con la menzionata sentenza Calmus (seguita dalle altre due pronunce sopra indicate), ha ritenuto che – a prescindere dall’inasprimento sanzionatorio, che ovviamente (art. 25 Cost. e art. 2 cod. pen.) non si applica ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore – l’intervenuta modificazione normativa non determina mutamenti di alcun genere, in quanto la precisazione della condotta tipica ha valore esclusivamente formale, mentre l’introduzione <<della congiunzione “e” posta tra le classi dei documenti d’identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, adottata nella nuova formulazione in luogo di quella precedente, sicuramente disgiuntiva (“*ovvero*”), non può incidere sulla condizione di esigibilità dell’ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, né, in ogni caso, sulle situazioni pregresse>>.

6. Tale conclusione non può essere condivisa, giacché, com’è stato efficacemente evidenziato nell’ordinanza di rimessione, il tenore oggettivo della disposizione incriminatrice tipizza la condotta contravvenzionale nel senso che, ai fini dell’adempimento del precetto normativo, è necessaria la concorrenza dell’esibizione dei documenti d’identificazione unitamente a quella del titolo di soggiorno.

A tanto conduce l’interpretazione della disposizione di cui all’art. 6, comma 3, d. lgs. cit., seguendo i canoni dettati dall’art. 12 delle preleggi (secondo i criteri seguiti dalla stessa sentenza Mesky), al fine di attribuire significato alla norma per misurarne la precisa estensione e la possibilità di applicazione alla concreta fattispecie.

E’ vero che, in astratto, la congiunzione “e” può essere utilizzata in funzioni di collegamento di tipo copulativo (nel senso di “e anche”) sia di tipo disgiuntivo (“e/o”), ma l’analisi testuale del dettato normativo nel suo sviluppo diacronico (rispetto al precedente testo) e sincronico (rispetto alle coppie alternative poste all’interno delle due categorie di documenti) assegna alla congiunzione “e” il significato della necessaria compresenza delle due categorie di documenti: quelli d’identità (passaporto o altro documento identificativo) e quelli di regolarità (permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato).

Dalla successione delle congiunzioni emerge che i collegamenti sono di disgiunzione e alternatività all’interno di ciascuna categoria (stante la fungibilità dei documenti richiamati per attestare rispettivamente l’identità e la regolarità del soggiorno), di addizione e compresenza delle due diverse categorie (essendo palese l’infungibilità tra documenti d’identificazione e quelli relativi al soggiorno).

7. A conforto dell’irrelevanza della sostituzione della congiunzione disgiuntiva “*ovvero*” con la congiunzione “e” al fine di stabilire il mutamento del valore copulativo o alternativo della congiunzione, la sentenza Calmus richiama la decisione di queste Sezioni unite (n. 7958 del 27/03/1992, Delogu) in tema di reati contro la pubblica amministrazione, con riferimento all’uso, ritenuto analogo, operato dal legislatore in materia di qualifica soggettiva del pubblico ufficiale (art. 357 cod. pen.).

Al testo di tale articolo (introdotto dall’art. 17 l. 26 aprile 1990, n. 86), che qualificava come pubblica <<la funzione amministrativa [...] caratterizzata [...] dal svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi>>, l’art. 4 l. 7 febbraio 1992, n. 181, aveva apportato modifiche, tra cui la sostituzione della congiunzione copulativa “e” con quella disgiuntiva “o”.

Ritiene il Collegio che tale precedente non sia utilizzabile a sostegno della ritenuta irrilevanza della modificazione apportata, poiché la sostituzione della congiunzione operata dal legislatore del 1992 non è affatto “analogo” a quella operata nel testo oggi in esame.

Quella sostituzione recepiva normativamente l'elaborazione interpretativa che, con riferimento al precedente testo, era stata già fatta dalla prevalente giurisprudenza, secondo cui, ai fini della qualificazione di pubblico ufficiale, era sufficiente l'esercizio disgiunto del potere autoritativo o certificativo (cfr. Cass. n. 7958 del 1992, Delogu; Cass. sez. 5, 25/07/1991, Garetto).

In quel caso, dunque, il legislatore, apportando diverse innovazioni all'art. 157 del codice penale, aveva colto l'occasione per una modifica della congiunzione copulativa in quella disgiuntiva, per conformare la lettera della norma al "diritto vivente", secondo l'interpretazione prevalente della Corte di legittimità.

Nel caso in esame, è accaduto il contrario. A sei anni dalla sentenza Mesky, che aveva reso pacifica la giurisprudenza sulla questione, se il legislatore avesse voluto soltanto inasprire il trattamento sanzionatorio per la mancata esibizione dei documenti a carico degli stranieri non comunitari, indipendentemente dalla regolarità o meno dell'ingresso e del soggiorno sul territorio nazionale, avrebbe semplicemente modificato il massimo edittale della pena detentiva e pecuniaria (eventualmente con la formale e poco rilevante indicata precisazione sulla condotta).

Il legislatore ha, invece, consapevolmente operato la sostituzione della congiunzione da disgiuntiva ("ovvero") a congiuntiva ("e"), modificando la connessione delle parole e facendo venir meno l'equipollenza degli adempimenti evidenziata dalla sentenza Meski, così imponendo allo straniero di esibire, oltre ai documenti d'identificazione personale, anche quelli attestanti la regolarità della presenza nel territorio dello Stato.

Ciò all'evidente scopo, per parafrasare la motivazione della sentenza Mesky, di consentire agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza non soltanto di procedere all'esatta e compiuta identificazione dello straniero, ma anche «di verificare, *illico et immediate*, attraverso l'esibizione di uno di quei documenti, la regolarità o meno della presenza dello straniero nel territorio nazionale», al fine di procedere al confronto tra dati identificativi e dati risultanti dai documenti concernenti la legalità dell'ingresso e del soggiorno, in maniera da far subito emergere l'eventuale non corrispondenza tra essi o l'utilizzazione di documenti falsi.

8. Lo scopo della predetta modifica normativa, volta a porre un freno al diffuso fenomeno dell'uso di documenti di soggiorno falsi o contraffatti, si ricava dalla contestuale e coerente introduzione (ad opera dell'art. 1, comma 22, lett. f), l. n. 94 del 2009, che ha modificato l'art. 5, comma 8-*bis*, d. lgs. 286 del 1998) di una nuova fattispecie penale, che estende la pena della reclusione da uno a sei anni anche all'utilizzazione di uno dei documenti, contraffatti o alterati, relativi all'ingresso e al soggiorno.

Tale oggettiva *ratio legis* emerge dalla relazione illustrativa dell'articolato proposto dalle Commissioni permanenti 1^a e 2^a riunite, comunicata alla Presidenza del Senato in data 11 novembre 2008, nella quale risulta chiaro che l'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 6, comma 3, d. lgs. n. 286 del 1998 è mutato in quello della verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale.

In detta relazione si legge che con l'art. 39 (poi diventato art. 1 della legge approvata), che modifica in più punti il testo unico sull'immigrazione, con inasprimento delle «norme circa le condizioni di ingresso nel territorio dello Stato e relativamente alla concessione del permesso di soggiorno», è stata anche «introdotta una sanzione per chi si rifiuti di esibire i documenti di identificazione attestanti la regolare presenza nel territorio dello Stato» (Atti parlamentari – Senato della Repubblica – n. 733-A, pag.7).

Per tale attestazione non basta l'esibizione del passaporto o di altro documento d'identificazione, ma è necessaria la congiunta esibizione di essi unitamente a quelli riguardanti il legale ingresso o legittimo soggiorno in Italia.

9. Deve dunque concludersi che, rispetto alla precedente formulazione, secondo cui il reato era integrato per il fatto di non esibire una delle due categorie di documenti (d'identificazione ovvero di regolare soggiorno), a seguito della ricordata modifica, la fattispecie contravvenzionale è integrata

dallo straniero che, a richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, omette di esibire entrambe le categorie di documenti.

Così ricostruita la fattispecie, ne deriva che essa non può più applicarsi allo straniero in posizione irregolare, cioè a colui che è entrato illegalmente in Italia o qui è rimasto nonostante la scadenza del titolo di soggiorno. Come ha correttamente ritenuto il giudice di merito, la norma incriminatrice non può riguardare tale straniero perché egli, in quanto irregolarmente presente nel territorio dello Stato, non può, per ciò stesso, essere titolare di permesso di soggiorno.

Il Collegio rimettente ha esattamente precisato che la condotta dello straniero irregolare non può essere ricompresa nella nuova fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. cit. in forza del principio di tipicità, risultando chiaro dal contenuto della norma e dall'interesse da essa tutelato che il soggetto attivo del reato è stato circoscritto allo straniero regolarmente soggiornante.

Nel caso in esame, a differenza di quanto emerge dalla motivazione della sentenza impugnata e da quella della ricordata sentenza Calmus (pur antitetiche nelle conclusioni), non viene affatto in rilievo la presenza o l'assenza del giustificato motivo, che esclude la configurabilità del reato, né il principio di esigibilità della condotta.

La clausola del giustificato motivo – come ha affermato la Corte costituzionale – funge «da valvola di sicurezza del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l'osservanza del precetto appaia concretamente inesigibile, in ragione, a seconda dei casi, di cause ostative a carattere soggettivo od oggettivo [...]: estrema indigenza, indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, difficoltà nell'ottenimento di titoli di viaggio» (Corte cost., nn. 5 del 2004 e 349 del 2010).

La sussistenza dell'eventuale giustificato motivo è, perciò, operazione di verifica rimessa al giudice di merito che, caso per caso, in relazione alla particolare situazione di fatto, oggettiva o eventualmente addotta dall'interessato, ritenga in concreto inesigibile una condotta astrattamente doverosa, mentre nel caso in esame deve prendersi atto che è intervenuta una modificazione legislativa che ha escluso dall'ambito della fattispecie la condotta dello straniero irregolare, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri in posizione irregolare.

10. Le conclusioni sopra raggiunte sono avvalorate dall'esame dell'intero contesto normativo in cui il legislatore ha introdotto la modificazione dell'art. 6, comma 3, d. lgs. cit., contesto costituito non soltanto dall'introduzione dell'indicata estensione della fattispecie delittuosa dell'art. 5, comma 8-*bis*, stesso d. lgs. all'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsificati o contraffatti, ma anche dall'introduzione nell'ordinamento del delitto di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” e dalle disposizioni penali e processuali che l'accompagnano (art. 10-*bis* d. lgs. 286 del 1998, inserito dall'art. 1, comma 16, lett. a), l. n. 94 del 2009).

Con la modificazione del predetto art. 6, comma 3 (inasprimento sanzionatorio per l'omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero regolarmente soggiornante), e con l'inserimento nell'art. 5, comma 8-*bis* della punizione dell'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsi o contraffatti, il legislatore ha inteso facilitare, innanzitutto per le forze di polizia, la distinzione tra le due categorie di stranieri (regolari e irregolari), allo scopo di sottoporre quelli in posizione irregolare (la cui condotta integra il reato di cui all'art. 10-*bis* d. lgs. 286 del 1998) a sanzione pecuniaria, inflitta dal giudice di pace, a seguito di rapido e semplificato processo penale, finalizzato alla più veloce estromissione dal territorio dello Stato.

A ben vedere, come ha rilevato la Corte costituzionale (sent. n. 250 del 2010) «il legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito “subordinato” rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente. Lo attestano univocamente le circostanze [...] che, in deroga al generale disposto dell'art. 13, comma 3, d. lgs. n. 286 del 1998, lo straniero sottoposto a procedimento penale per il reato» di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato «<possa essere espulso in via amministrativa senza il nulla osta dell'autorità giudiziaria; che, una volta avuta notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, il giudice debba

pronunciare sentenza di non luogo a procedere [...]; che, nel caso di condanna, la pena dell'ammenda - espressamente sottratta all'oblazione [...] - possa essere sostituita dal giudice con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni» (Corte cost., sent. n. 250 del 2010).

Al legislatore, in effetti, interessa poco la sanzione penale per gli stranieri che sono entrati o soggiornano illegalmente nello Stato; interessa piuttosto attivare il meccanismo rapido volto all'espulsione, tant'è che il reato di cui all'art. 10-*bis* è sanzionato soltanto con pena pecuniaria, salva la ricorrenza dei più gravi reati, in forza dell'espressa clausola di sussidiarietà, all'evidenza prevista con riferimento ai delitti previsti dai successivi artt. 13 e 14 (non già per la contravvenzione prevista dal precedente art. 6, comma 3).

11. In conclusione, il legislatore ha introdotto un "doppio binario", sanzionando gli stranieri regolarmente soggiornanti per la mancata esibizione dei documenti con la pena inasprita dall'art. 6, comma 3, cit. (costringendoli a circolare sempre muniti di completa documentazione d'identità e di soggiorno) e gli stranieri in posizione irregolare con un crescendo sanzionatorio-repressivo scandito sulle diverse eventuali condotte illecite in progressione (artt. 10-*bis*, 14, comma 5-*ter*, 14, comma 5-*quater*, 13, comma 13, del d. lgs. cit.), sempre finalizzato all'espulsione dal territorio nazionale nel più breve tempo possibile, obiettivo che rischierebbe di essere compromesso dai tempi processuali di accertamento e di eventuale esecuzione di pena per il reato di cui all'art. 6, comma 3 (per il quale non sono previsti i meccanismi facilitatori dell'espulsione di cui all'art. 10-*bis*).

Al fine di attivare la dinamica repressiva-espulsiva appena indicata è funzionale la stessa previsione dell'art. 6, comma 3, d. lgs. 286 del 1998, nell'interpretazione sopra formulata.

Come si è notato, l'interesse protetto da questa norma è quello di procedere immediatamente alla verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, per poter il più rapidamente possibile mettere in opera il meccanismo processual-penale e amministrativo volto all'espulsione dal territorio nazionale dello straniero in posizione irregolare.

L'identificazione e l'accertamento di regolare presenza degli stranieri legalmente soggiornanti costituiscono, infatti, attività prodromiche e funzionali a innescare il procedimento di espulsione di quelli in posizione irregolare. Invero, la mancata esibizione di documenti attestanti la regolarità del soggiorno, di per sé, costituisce un indizio del reato di cui all'art. 10-*bis*, con tutto ciò che consegue in termini di accertamenti di polizia giudiziaria, a cominciare dai poteri d'identificazione di cui all'art. 349 cod. proc. pen.

In ogni caso, ritenere che la fattispecie dei cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. cit. escluda come soggetto attivo lo straniero in posizione irregolare, non implica affatto che egli sia sciolto dai vincoli connessi al dovere di farsi identificare, a richiesta anche di ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, applicandosi comunque a tutti gli stranieri (in posizione regolare o irregolare) l'art. 6, comma 4, che consente di sottoporre a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici lo straniero (in posizione regolare o irregolare) nel caso che vi sia motivo di dubitare della sua identità personale.

12. In conclusione, le Sezioni unite ritengono corretta la decisione del giudice di merito che ha disposto non luogo a procedere nei confronti dell'imputato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, cod. pen., per essere intervenuta l'*abolitio criminis* del reato già previsto dall'art. 6, comma 3, d. lgs. 286 del 1998 nei confronti dello straniero in posizione irregolare, a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 1, comma 22, lett. *h*), l. n. 94 del 2009.

omissis

Nel vigore della previgente formulazione della disposizione relativa al reato contravvenzionale previsto dall'art. 6, comma terzo, del D. Lgs. n. 286/98, essendo sanzionata *ex lege* la mancata esibizione del passaporto (o di altro documento di identificazione), *ovvero* del permesso o della carta di soggiorno, le **Sezioni Unite** sono intervenute su un contrasto giurisprudenziale formatosi in ordine all'ambito di applicazione della norma incriminatrice *de qua*, tracciando una linea di demarcazione delle condotte sostanzialmente individuata nei seguenti termini: a) la punibilità della mancata

(ingiustificata) esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione, commessa dallo straniero (extracomunitario), a prescindere dalla regolarità o meno della sua presenza nel territorio nazionale; **b)** l'irrelevanza penale, invece, dell'omessa esibizione, da parte dello straniero clandestino, del permesso o della carta di soggiorno, ovvero del documento di identificazione per stranieri di cui all'art. 6, comma nono, del D. Lgs. sopra citato, trattandosi di un obbligo da lui inesigibile, attesa l'inconciliabilità del possesso di uno di detti ultimi documenti con la condizione stessa di straniero clandestino (**Sez. Un., n. 45801, 29 ottobre 2003 - 27 novembre 2003, Mesky, Rv. 226102**). Siffatta linea interpretativa è stata poi costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (v., da ultimo, **Sez. II, 3 luglio - 4 settembre 2009, Diakate, n. 34068; Sez. I, 9 aprile 2009 - 23 aprile 2009, Cheikh, n. 17315; Sez. VI, 5 marzo 2009 - 16 aprile 2009, Wagane, n. 16047; Sez. I, 16 gennaio 2009 - 27 gennaio 2009, n. 3604, Uica; Sez. I, 9 dicembre 2008 - 19 gennaio 2009, n. 1837, Chen Guanghua e altri; Sez. II, e 28 novembre 2008 - 24 dicembre 2008, n. 48062, Lakhdari; Sez. I, 26 marzo 2008, Anyanwu, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Straniero*, n. 240, e, per esteso, in *Giur. it.*, 2008, 2559; **Sez. I, n. 26589, 8 maggio 2007 - 9 luglio 2007, Laraichi, Rv. 2369018**). In conseguenza della modifica della fattispecie astratta di cui all'art. 6, comma terzo, del D. Lgs. n. 286/1998, le prime posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità hanno mostrato di aderire ai principi enunciati dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 45801/2003, ritenendo tuttora esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti di soggiorno (**Sez. I, n. 44157, 23 settembre 2009 - 18 novembre 2009, P.G. in proc. Calmus e altro, Rv. 245555**). Si osserva nell'*iter* motivazionale della pronuncia ora citata: **a)** che la novella ha comportato un inasprimento sanzionatorio, ovviamente (*ex art. 25 Cost. e art. 2 c.p.*) non applicabile ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, ed un mutamento lessicale dal valore pressoché esclusivamente formale nella descrizione della fattispecie; **b)** che il problema del valore copulativo o correlativo, ovvero alternativo, della congiunzione "e", posta tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, e adottata nella nuova formulazione in luogo di quella sicuramente disgiuntiva ("o") del testo precedente, "*non può incidere sulla condizione di esigibilità dell'ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, né, in ogni caso, sulle situazioni pregresse*". Non si registrano pronunce di segno contrario rispetto all'indirizzo delineato dalla su citata Sez. I, n. 44157, 23 settembre 2009 - 18 novembre 2009, P.G. in proc. Calmus.**

Le prime pronunce dei giudici di merito, invece, sembrano orientarsi in modo del tutto diverso, proponendo soluzioni differenziate in ordine all'esatta delimitazione del perimetro applicativo della fattispecie di cui all'art. 6, comma terzo, del D. Lgs. n. 286/1998. Una prima indicazione al riguardo viene offerta da **Trib. Bologna - Sezione G.I.P., del 28 ottobre 2009, imp. YH**, secondo cui il nuovo *dictum* letterale della norma in esame induce a ritenere che sarebbe ora sanzionata l'omessa, contestuale (e non alternativa), esibizione da parte dello straniero, sottoposto a controllo, sia di un documento idoneo a stabilirne l'identità, sia di un documento idoneo a comprovarne la regolare presenza sul territorio dello Stato. A favore di tale conclusione ermeneutica si adduce la *ratio* giustificatrice delle innovazioni riconducibili alla l. n. 94/09, con l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio italiano di cui all'art. 10-*bis* D.lgs. cit., sicché il legislatore ha sostanzialmente previsto un «doppio binario» sanzionatorio: **a)** l'uno, per gli stranieri regolarmente presenti sul territorio (onerati dell'esibizione contestuale, a richiesta, dei documenti indicati nell'art. 6 D. Lgs. cit.); **b)** l'altro, per gli stranieri «clandestini punibili — in via gradatamente sempre più grave — con le (nuove) previsioni di cui agli art. 10 - *bis*, 14, comma 5 - *ter*, 14, comma 5 - *quater*, e 13, comma 13, D. leg. cit.

La ricostruzione del contenuto della nuova fattispecie incriminatrice descritta nell'art. 6, comma 3, del D. Lgs. n. 286/1998, a seguito della modifica introdotta dall'art. 1, comma 22, lett. *h*), della l. n. 94/2009, e la stessa individuazione dei destinatari dell'obbligo di esibizione documentale ivi enunciato, sono risultate assai problematiche anche nell'ambito della più recente elaborazione dottrinale.

Già all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite nel caso "Mesky", del resto, autorevole dottrina aveva criticamente osservato che la "sostanziale identificazione tra mancata attivazione per ottenere il possesso del documento e responsabilità *ex art. 6, comma 3*, dimentica da un lato l'esistenza proprio del "giustificato motivo" come elemento (negativamente costruito) del reato capace di far venire meno la tipicità della fattispecie e, dall'altro, finirebbe per sanzionare la violazione di un obbligo diverso, sostanzialmente indeterminato e addirittura indipendentemente dalla sua concreta e dimostrata esigibilità" (**F. PALAZZO, Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione**, in *Quest. Giust.*, n. 4/2004, p. 790 ss.). Non può trascurarsi di rilevare, infatti, che "molte delle situazioni locali e personali, in cui maturano le decisioni degli extracomunitari di entrare clandestinamente nei nostri Paesi occidentali, ben possono essere spesso tali "da giustificare" il mancato assolvimento dell'obbligo "previo" di munirsi dei documenti di identità. A parte ovviamente i più eclatanti e indiscutibili casi in cui i migranti vengono privati dei loro documenti dai trafficanti, si pensi a quei Paesi in cui il possesso dei documenti di identità non costituisce un obbligo civico oppure in cui le condizioni generali sono tali da affievolire assai la sensibilità degli abitanti per quest'obbligo, oppure ancora all'ipotesi in cui la decisione di migrare e la sua attuazione siano avvenute in situazioni e tempi tali da rendere del tutto irrealistica la cura di munirsi previamente del documento".

Nel quadro consolidatosi a seguito dell'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 45801/2003, Mesky, *cit.*, l'orientamento prevalente tende a ritenere che l'interpolazione della disposizione in esame ad opera del legislatore del 2009 possa indurre ad un complessivo ripensamento della portata stessa della fattispecie incriminatrice, nel senso che la richiesta del pubblico ufficiale dovrebbe oggi necessariamente avere ad oggetto i documenti identificativi "e" quelli relativi al soggiorno: in questa prospettiva, l'ottemperanza prescritta dalla disposizione in esame si riferirebbe

esclusivamente ad una richiesta congiunta dei documenti di entrambi i tipi, con la conseguenza che essa sarebbe esigibile solo per lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio.

D'altra parte, l'esclusione, dal novero dei destinatari della norma incriminatrice di cui al nuovo art. 6, comma 3, T.U., degli stranieri illegalmente presenti in Italia, risulterebbe coerente con la contestuale introduzione del reato *ex art. 10-bis T.U.* (A. CAPUTO, *Il nuovo diritto penale dell'immigrazione*, Relazione tenuta all'Incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema: "Le recenti riforme del sistema penale", Roma, 29 novembre – 1° dicembre 2010, pp. 35 - 37).

All'interno di un'analoga prospettiva ermeneutica, si è osservato che "l'aver introdotto il reato di clandestinità rende non punibile per lo straniero il rifiuto di eseguire condotte, come l'esibizione dei documenti, che hanno come necessaria conseguenza quella di autoaccusarsi del nuovo reato" (L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in AA. VV., *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA e F. VIGANO', Giappichelli, 2009, pp. 59-61).

Con la penalizzazione del soggiorno irregolare, infatti, per lo straniero clandestino, dai cui documenti emerga lo *status* di irregolarità, il dovere di esibizione di tali documenti configura un vero e proprio obbligo di autoincolpazione, che si pone in contrasto con il principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*, introducendosi in tal modo in capo allo straniero irregolare, che non ottemperi all'ordine, quel giustificato motivo evocato dalla norma incriminatrice (L. MASERA, *cit.*, p. 61).

Ne consegue che il reato in esame non può oggi applicarsi al clandestino, cui al più potrebbero essere inflitte le assai più lievi sanzioni di cui all'art. 651 cod. pen., qualora lo straniero (come il cittadino italiano) non solo non abbia mostrato i documenti, ma si sia anche rifiutato di dare indicazioni sulla propria identità.

Un risultato ermeneutico – quello di rendere applicabile il reato ai soli stranieri regolari – che di certo non corrisponde alle intenzioni del legislatore della riforma, ma che d'altra parte sembra costituire un *ineludibile effetto collaterale del nuovo reato di clandestinità* (L. MASERA, *cit.*, p. 61, secondo cui, sviluppando logicamente il principio del *nemo tenetur se detegere*, si dovrebbe giungere ad escludere anche l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 651 cod. pen. al clandestino, posto che per tale soggetto dichiarare le proprie generalità (anche senza mostrare i documenti) equivale comunque ad una sostanziale confessione del reato di clandestinità. "La conclusione – ai limiti del paradosso – sarebbe che il clandestino non ha neppure, al contrario dello stesso cittadino, l'obbligo penalmente presidiato di declinare le proprie generalità: paradosso da imputare alla scelta legislativa di punire con la sanzione penale il possesso di un mero *status*, rendendo autoincriminante per lo straniero irregolare anche la sola dichiarazione della propria identità personale").

V'è da osservare, inoltre, che in occasione del precedente arresto sul tema, le su citate Sezioni Unite, nel replicare all'argomento secondo cui non può considerarsi esigibile una condotta, pur prevista come obbligatoria, che esporrebbe chi vi è tenuto ad un aggravamento della propria posizione giuridica, obiettarono che esso "non appare tener conto del preminente interesse pubblico sotteso alla norma, ragguagliato alla circostanza che l'ingresso irregolare in territorio nazionale non è comunque previsto come reato, sicchè non si tratterebbe di disvelare un commesso reato, ma solo un *illecito amministrativo*".

Sulla stessa posizione si colloca sostanzialmente G. L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1336-1337, secondo cui l'inapplicabilità della norma incriminatrice in esame nei confronti dei "clandestini" appare una conseguenza indiretta dell'introduzione del reato di clandestinità: la legge punisce, infatti, l'inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti d'identità o del permesso di soggiorno che avvenga "senza giustificato motivo". Oggi che la clandestinità viene configurata come reato, la mancata esibizione di quei documenti da parte del clandestino, per *non auto-incolparsi* di quel reato, è sorretta da un giustificato motivo, apprezzabile alla luce del principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*.

La scelta legislativa ha fatto emergere una conseguenza irragionevole e di certo non voluta: seguendo, infatti, l'interpretazione letterale del testo normativo (che contempla, come si è visto, l'omissione dell'ingiustificata *congiunta* esibizione dei documenti di identità "e" del permesso di soggiorno), la norma incriminatrice potrà trovare applicazione solo nei confronti di chi effettivamente possiede un permesso di soggiorno e, quindi, *mai del clandestino*, neanche nell'ipotesi della mancata esibizione del passaporto o di altro documento di identità, che prima della riforma veniva invece ricondotta dalle Sezioni Unite nell'ambito della fattispecie in esame (G. L. GATTA, *cit.*, p. 1337).

Analogamente, secondo I. FONZO, *Le modifiche dell'art. 12 T.U. e delle altre disposizioni penali in materia di immigrazione*, Relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema "Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione", Roma, 4-5 febbraio 2010, in www.csm.it, pp. 6-8, il testo normativo vigente non lascia dubbi in ordine al fatto che l'accertamento relativo alla regolarità del soggiorno dello straniero sia ormai pienamente inglobato nella *ratio* dell'art. 6, comma 3: la modifica operata dal legislatore – ossia, il fatto che non sia più sufficiente mostrare un solo documento che garantisca la propria identificazione, ma occorranza *due documenti*, al fine di assicurare altresì la prova del proprio regolare soggiorno nel territorio dello Stato - comporta l'inclusione nelle finalità della norma di un risultato che, nella sua precedente formulazione, era stato ritenuto estraneo alla sua *ratio* (la quale - secondo Sez. Un. n. 45801/2003, Mesky - come è noto, si limitava a proteggere l'interesse dello Stato di «identificare compiutamente, documentalmente, il soggetto, sia, poi, egli in regola o meno con le norme di soggiorno, accertamento, quest'ultimo, che ben può avvenire in un momento successivo, susseguente e perciò estraneo alla condotta dovuta al momento della richiesta di esibizione di uno di questi documenti»).

Ne discende che fino a quando l'esibizione del permesso di soggiorno aveva carattere eventuale ed alternativo al passaporto (o ad altro documento identificativo), il precetto conteneva un obbligo complessivamente esigibile da

qualsiasi straniero, anche perché la clausola di salvaguardia del giustificato motivo consentiva di valutare eventuali ragioni dell'inottemperanza.

Al contrario, *l'attuale formulazione della norma, ove questa venisse rivolta indistintamente a tutti gli stranieri, comporterebbe l'incriminazione di una condotta concretamente non rimproverabile allo straniero clandestino, il quale non può esibire il permesso di soggiorno per il semplice fatto..... che non lo ha.* (L. FONZO, cit., p. 8).

Altra posizione dottrinale tende a valorizzare maggiormente la *littera legis*, sottolineando come essa “concerna oggi, come condotta, la necessità di ottemperare ad un ordine che riguardi congiuntamente un documento identificativo ed uno concernente la legittima permanenza sul territorio dello Stato” (D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica*, in *Leg. Pen.*, 3/2009, pp. 400 - 401, secondo cui una chiave di lettura che si limitasse a vedere il *novum* della disposizione in un mero incremento sanzionatorio non convincerebbe del tutto).

Entro tale prospettiva è probabile, dunque, che la contravvenzione *de qua* abbia “cambiato pelle”, trovando il suo fondamento non già nell'esigenza di una mera identificazione dell'extracomunitario, ma proprio nell'accertamento funzionale alla verifica o meno della “clandestinità” in cui versa lo straniero, posto che l'ipotesi di mancata ottemperanza del soggiornante regolare, pur ammessa in astratto dalla norma, sembra davvero difficilmente realizzabile, e comunque del tutto residuale.

Se questa, veramente, fosse la ragione essenziale della norma, si aprirebbero tuttavia diverse questioni interpretative legate alla sua compatibilità costituzionale, poiché da un lato essa verrebbe a costituire una sorta di “duplicazione” rispetto al reato di clandestinità, dall'altro verrebbe ad attribuire un tale rilievo al momento del “controllo”, da riconnettersi una punizione assai più significativa di quella applicabile al fatto (ossia, la clandestinità) che si intende accertare.

E' infatti probabile, ad avviso di tale Autore (cfr. pp. 404 – 407), che la clausola di specialità contenuta nell'art. 10-*bis* del su citato D. Lgs. possa funzionare – almeno in parte - anche con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 6, comma 3, del medesimo testo normativo, avendo riguardo al fatto che tale ultima disposizione si è trasformata nella “constatazione” della clandestinità, sicché la distanza tra le due fattispecie potrebbe ritenersi in realtà colmata e, almeno in parte, “fattualmente coincidente”.

Un diverso, ma isolato, orientamento dottrinale ritiene sussistente un'ipotesi di concorso formale tra i reati di cui agli artt. 6, comma 3, e 10-*bis*, T.U., ai sensi dell'art. 81, comma primo, cod. pen., il che comporterebbe l'attrazione della competenza al giudice ordinario anche per il reato di cui all'art. 10-*bis* e l'impossibilità di giudicare lo straniero con il nuovo rito sommario dinanzi al giudice di pace, così come previsto alla l. n. 94/2009 per il reato punito dall'art. 10-*bis* (P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, imm. e citt.*, n. 4, 2009, p. 85 ss., secondo cui la mancata esibizione del passaporto o del titolo di soggiorno integrerebbe anche il reato di cui all'art. 10-*bis*, poiché la permanenza illegale si potrebbe concretizzare e sarebbe dimostrata con la mancata esibizione del documento, condotta che integrerebbe la violazione del relativo obbligo previsto e punito dall'art. 6 T.U.).

Ritiene invece configurabile un concorso materiale di reati A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, in AA.VV., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di F. GIUNTA e E. MARZADURI, Giuffrè, 2010, p. 349 – 353, trattandosi di fattispecie che tutelano differenti beni giuridici. Secondo l'Autrice, peraltro, non integra alcuna ipotesi di reato l'omessa esibizione, da parte dello straniero immigrato clandestinamente in Italia, del permesso o della carta di soggiorno, ovvero del documento di identificazione per stranieri di cui all'art. 6, comma 9, D. Lgs. n. 286/1998, in quanto il possesso di uno di tali documenti è inconciliabile con la condizione stessa di “straniero clandestino” e ne è, dunque, inesigibile l'esibizione).

Si pone in evidenza, inoltre, che nel caso di concorso fra i due reati, si renderà necessaria la celebrazione di due distinti procedimenti penali, poiché ai sensi dell'art. 6 D. Lgs. n. 274/2000, tra procedimenti di competenza del giudice di pace (quello di immigrazione clandestina) e procedimenti di competenza di altro giudice (quello di mancata esibizione dei documenti) vi è connessione (con la conseguente competenza del giudice superiore) solo nel caso di più reati commessi con una sola azione od omissione (A. PALMA, cit., p. 349).

Muovendo dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'*incipit* dell'art. 10-*bis* e dal presupposto che il “fatto” della mancata esibizione del permesso di soggiorno, perché mai conseguito, è implicito nella condotta di soggiorno illegale, secondo G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale: Le altre modifiche introdotte dalla l. n. 94/2009*, in *Dir. imm. e citt.*, 2009, n. 4, p. 70-72, dovrebbe ritenersi astrattamente applicabile l'art. 6, comma 3, in quanto contravvenzione più gravemente sanzionata rispetto a quella di ingresso o soggiorno illegale.

Avuto riguardo, tuttavia, alla giurisprudenza consolidata della S.C., che esclude la punibilità della mancata esibizione di un permesso mai conseguito, si ricadrebbe, secondo tale Autore, nell'ipotesi del reato di ingresso o soggiorno illegale, che troverebbe applicazione nonostante sia reato meno grave della contravvenzione di cui all'art. 6, comma 3, mentre in difetto di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione, rientrando nella originaria disponibilità dello straniero, costui continuerebbe a rispondere della contravvenzione sopra citata.

In senso decisamente critico rispetto alla tesi del concorso di reati tra l'art. 6, comma 3, e l'art. 10-*bis* T.U., si è espresso M. GAMBARDELLA, *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti*, in www.dirittocontemporaneo.it, 13 dicembre 2010, p. 3, secondo cui la clausola di riserva posta nell'*incipit* di quest'ultima disposizione (“salvo che il fatto costituisca reato”) istituisce senza dubbio un espresso rapporto di sussidiarietà rispetto, ad esempio, alle ipotesi criminose previste agli artt. 13 comma 13 e 14, comma 5-*ter*, T.U. imm., mentre, per il caso in esame – anche muovendo dalla soluzione adottata dalla prima sezione della

Cassazione “Calmus”, che include gli stranieri irregolari fra i possibili autori del reato di cui all’art. 6 comma 3 – *non sarebbe possibile configurare un concorso di reati, giacché il “fatto che costituisce più grave reato” è rappresentato dalla classe di fattispecie della mancata esibizione del permesso di soggiorno (ex art. 6 comma 3) che, come già affermato dalle Sezioni unite “Mesky”, non è integrabile dallo straniero irregolare perché si tratta di una condotta da lui inesigibile. Sicché, la clausola di riserva non opererebbe nel caso di specie, essendo già escluso il concorso di reati dalla impossibilità in concreto per lo straniero irregolare di realizzare uno dei reati in concorso.*

Una diversa posizione dottrinale, pur ipotizzando che la nuova formulazione letterale della norma incriminatrice possa costituire “*un mero refuso legislativo*” che non riflette l’effettiva volontà di mutare l’assetto previgente dell’incriminazione (tanto più che nei lavori parlamentari non si rinviene traccia di una volontà di questo genere), pone in evidenza che anche qualora dovesse leggersi la norma secondo il suo significato letterale (nel senso, cioè, di una richiesta congiunta di esibizione dei documenti di entrambi i tipi), nulla cambierebbe rispetto agli approdi interpretativi cui sono pervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2003, che in proposito hanno chiarito che la “esibizione” di un documento presuppone che lo stesso esista nel mondo fenomenico. Appare dunque evidente che della contravvenzione non poteva (e non potrà nemmeno in futuro) essere chiamato a rispondere l’immigrato clandestino per il solo fatto di non essere stato in grado di esibire il permesso di soggiorno o altro documento equipollente, atteso che per definizione esso non può esistere (**R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI**, *Responsabilizzati i proprietari al momento dell’affitto*, in *Guida dir.*, 2009, n. 34, p. 51; v., inoltre, **R. RELLA**, *Reati propri*, in *AA.VV.*, *Diritto penale dell’immigrazione*, a cura di **S. CENTONZE**, Giappichelli, 2010, p. 64-68, che peraltro sottolinea la necessità di ritagliare un ambito di operatività diverso della locuzione “giustificato motivo”, rispetto al semplice caso fortuito o forza maggiore).

All’interno della medesima prospettiva ermeneutica, si riconosce peraltro un’incertezza nella ricostruzione dell’effettivo contenuto del reato: *a)* se la richiesta dell’operante non abbia effettivamente ad oggetto entrambe le tipologie di documenti menzionate dalla norma incriminatrice, il reato sembrerebbe non poter sussistere per difetto di tipicità (effetto questo determinato dalla modifica della congiunzione cui si è fatto cenno e che evidenzia la dubbia ragionevolezza della stessa; *b)* qualora, invece, la richiesta sia conforme al tipo descritto dalla norma rimane dubbio se il reato rimanga integrato anche dalla mancata esibizione di uno solo dei due documenti di cui viene sollecitata l’esibizione. Ed ancor più problematico si rileva il caso in cui lo straniero ometta di esibire il documento d’identità perché colpevolmente non detenuto e quello relativo al soggiorno perché invece non conseguito e non conseguibile (**L. PISTORELLI**, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica introdotte con la Legge 15 luglio 2009 n. 94. Prime interpretazioni ed applicazioni delle norme*, Relazione tenuta all’incontro di studi organizzato dal C.S.M. - Ufficio dei referenti per la formazione decentrata di Trento, 6 novembre 2009, p. 56-57, in *www.csm.it*).

Infine, secondo un ulteriore, ed assai ben argomentato, indirizzo dottrinale (sostanzialmente collocabile, sia pure con maggior dovizia di argomentazioni, all’interno dell’orientamento prevalente), l’interpretazione logico - sistematica del nuovo art. 6, comma 3, T.U. imm., consente di ritenere mutato il novero dei possibili soggetti attivi del reato *de quo* (**M. GAMBARDILLA**, *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all’ordine di esibizione dei documenti*, cit., p. 3 ss.).

L’inserimento della incriminazione che sanziona penalmente l’ingresso e il soggiorno illegale dello straniero extracomunitario (art. 10-bis t.u. imm.) e la contemporanea modifica dell’art. 6, comma 3, *scindono la coppia dei possibili astratti soggetti attivi* (stranieri regolari/irregolari), mantenendo nell’ambito della fattispecie tipica esclusivamente gli stranieri regolari (conseguenza, questa, prodottasi, come si è visto sopra, con l’inserimento della congiunzione copulativa “e” fra le classi di documenti da mostrare). Gli extracomunitari irregolari, non colpiti da un precedente ordine di espulsione ovvero di allontanamento, rispondono, invece, esclusivamente del reato di cui all’art. 10-bis: per il passato, dunque, si è verificata una perdita di rilevanza penale della sottofattispecie relativa alla mancata esibizione del documento di identificazione.

Seguendo tale prospettiva, inoltre, se si ritiene che nel nuovo art. 6, comma 3, il soggetto agente è per forza un immigrato soggiornante regolarmente in Italia, la clausola di riserva contemplata all’art. 10-bis t.u. imm. non potrebbe ritenersi applicabile con riferimento all’art. 6 comma 3, perché, ovviamente, nell’art. 10-bis il “fatto” punito presuppone un soggetto attivo che può essere soltanto uno straniero irregolare.

Occorre aggiungere, del resto, che, almeno in parte, è venuta meno la stessa esigenza che era alla base del precedente orientamento giurisprudenziale delineato dalle citate Sez. Un. “Mesky”, ossia l’interesse dello Stato alla identificazione dei cittadini stranieri presenti nel territorio italiano, a prescindere dunque dalla loro regolarità (finalità di ordine pubblico all’interno della quale la pena criminale mirava a sanzionare la condotta del soggetto volta ad impedire la sua compiuta identificazione da parte degli agenti di pubblica sicurezza).

Oggi siffatta esigenza, essendo penalmente rilevante il soggiorno irregolare, si è grandemente affievolita: infatti, l’extracomunitario viene identificato quando è sottoposto al procedimento penale davanti al giudice di pace per il reato di cui all’art. 10-bis t.u. imm., e con l’instaurazione del procedimento davanti al magistrato onorario, tramite la presentazione in via immediata dello straniero irregolare o la sua citazione contestuale per l’udienza, si procede – in base alla lett. *a)* dell’art. 20-bis D. lgs. n. 274 del 2000 – all’identificazione dell’accusato (anche attraverso rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici).

Risultano, dunque, attenuati il disvalore e la ragione politico-criminale che erano alla base della previgente incriminazione, restando assorbita l’esigenza pregressa - costituita dalla attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione di soggetti stranieri presenti sul territorio italiano - nei nuovi modelli processuali di presentazione

entrambe le qualità) del veicolo; diversamente il problema del concorso non si pone perché le ipotesi disciplinate dal codice penale si riferiscono solo a chi riveste queste qualità (reato proprio).

All'esame del tema proposto vanno premesse alcune brevi considerazioni riguardanti il principio di specialità: sia in generale per quanto riguarda le fattispecie penali sia con riferimento al concorso tra norme penali e violazioni di natura amministrativa. Questo tema, sotto il primo profilo, si inserisce nel problema più generale del concorso di reati - che può essere *materiale* (pluralità di condotte) o *formale* (unicità della condotta) - ipotizzabile quando una persona è chiamata a rispondere di più reati. In entrambe le ipotesi il concorso può essere *omogeneo* o *eterogeneo* a seconda che vengano violate una sola o più norme incriminatrici.

Se questi reati sono disciplinati - come nel caso in esame - da una o più leggi che regolano la stessa materia si pone il problema se ci si trovi in presenza di concorso di reati ovvero se il concorso sia soltanto apparente nel senso che solo una delle ipotesi di reato può essere ritenuta esistente evitandosi il rischio di incorrere nel c.d. *ne bis in idem* sostanziale. Questo tema - per quanto riguarda il concorso tra norme penali - è disciplinato dall'art. 15 cod. pen. (principio di specialità) secondo cui, in queste ipotesi, la legge o la disposizione di legge speciale deroga a quella generale salvo che sia altrimenti stabilito.

Trattasi di una definizione assai generica che dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rendere più determinata anzitutto con una serie di distinzioni che consentono un inquadramento più preciso del principio e una sua più agevole applicazione ai casi concreti.

1.1. La specialità può anzitutto riguardare una soltanto delle fattispecie penalmente sanzionate; si parla in questo caso di specialità unilaterale che può assumere carattere di specificazione o di aggiunta; queste ipotesi si realizzano:

- con la specificazione dei requisiti dell'altra fattispecie (specialità per specificazione); per es. violenza sessuale e violenza privata;
- con l'aggiunta di elementi rispetto all'altra fattispecie (specialità per aggiunta); per es. sequestro di persona e sequestro di persona a scopo di estorsione.

La specialità unilaterale si caratterizza perché - se si elimina la specificazione o l'aggiunta - si ricade nell'ipotesi generale. In questi casi la soluzione dei casi specifici è agevole e l'applicazione del principio di specialità non trova ostacoli; nella specialità per specificazione l'ipotesi speciale è addirittura già ricompresa in quella generale per cui sarebbe comunque punibile in base all'ipotesi generale; ma anche nell'ipotesi per aggiunta (nella quale l'ipotesi speciale non era già prevista dall'ipotesi generale) la condotta posta in essere ricade comunque in quella generale perché sono presenti tutti gli elementi della fattispecie tipica generale.

Nel caso di specialità unilaterale non sorgono dunque problemi per l'applicazione del principio di specialità od ostacoli per ritenere apparente il concorso di reati.

1.2. 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 610 e 611 cod. pen.: 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).

E' 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. Su questo punto è da osservare che, per rendere concretamente applicabile il principio di specialità in questi casi più complessi, sono stati proposti il criterio di sussidiarietà e quello di consunzione (detto anche di assorbimento).

Il criterio di sussidiarietà (è sussidiaria la norma che tutela un grado inferiore dello stesso bene tutelato dalla norma generale in grado inferiore: per. es. atti contrari alla pubblica decenza e atti osceni) può peraltro essere agevolmente riportato al principio di specialità (per rimanere all'esempio fatto: l'atto osceno ha, in aggiunta, il riferimento alla sessualità). E alla medesima conclusione è pervenuta parte della dottrina per quanto riguarda il criterio di consunzione o

assorbimento (si è affermato che è «consumante la norma, il cui fatto comprende in sé il fatto previsto dalla norma consumata, e che perciò esaurisce l'intero disvalore del fatto concreto»).

E' comunque da rilevare che entrambi questi criteri – sussidiarietà e consunzione (o assorbimento) - sono stati ritenuti, dalle Sezioni unite di questa Corte, tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità (v. sentenza 20 dicembre 2005 n. 47164, Marino, rv. 232302-4) perché, così si esprimono le sezioni unite, «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». Resta dunque fermo che l'unico criterio normativamente certo è quello di specialità.

Ma questa conclusione non basta a risolvere i problemi perché la norma non chiarisce se la specialità debba intendersi in concreto (applicando il trattamento più grave) o in astratto anche se dottrina e giurisprudenza propendono per questa seconda ipotesi perché, si è osservato, «non ha senso fare dipendere da un fatto concreto l'instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra norme. La specialità o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto».

1.3. L'art. 15 cod. pen. fa riferimento alla “stessa materia” ma non chiarisce che cosa si intenda con l'uso di questa locuzione. Inutile dire che, anche su questo aspetto, si sono creati contrasti in dottrina: c'è chi la intende nel senso di stesso fatto “materiale” ma altra parte della dottrina ha messo in evidenza come esistano ipotesi certamente riconducibili al concorso di reati in cui il fatto è unico (per es. violenza sessuale e incesto); c'è invece chi fa riferimento all'identità del bene protetto.

Ma nei confronti di quest'ultima ricostruzione – l'identità del bene protetto - è stato obiettato che ciò condurrebbe a ritenere il concorso di reati anche nel caso di specialità unilaterale (per es. sequestro di persona e sequestro di persona a scopo di estorsione perché, in questo secondo caso, bene protetto è anche il patrimonio; e così variano i beni protetti nel caso di ingiuria e oltraggio a magistrato in udienza e in quello di violenza privata e violenza a p.u.; tutti casi per i quali non sono mai sorti dubbi sulla natura apparente del concorso).

E' dunque da ritenere che per “stessa materia” debba intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico di reato nel quale si realizza l'ipotesi di reato. Tesi confermata dalle sezioni unite di questa Corte che hanno ritenuto (v. sentenza 19 aprile 2007 n. 16568, Carchivi, rv. 235962) che «il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, perché si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia».

E' da rilevare che l'identità di materia si ha sempre nel caso di *specialità unilaterale per specificazione* perché l'ipotesi speciale è ricompresa in quella generale; ciò si verifica anche nel caso di *specialità reciproca per specificazione* (si veda per es. il rapporto tra 581 e 572 cod. pen.) ed è compatibile anche con la *specialità unilaterale per aggiunta* (per es. 605 e 630) e con la *specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta* (641 cod. pen. e 218 legge fall.). L'identità di materia è invece da escludere nella *specialità reciproca bilaterale per aggiunta* nei casi in cui ciascuna delle fattispecie presenti, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (per es. violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso; rapporto di parentela o affinità nel secondo).

1.4. Precisato che cosa si intende per “stessa materia” occorre stabilire che cosa sia speciale.

Come si è già accennato la soluzione è agevole nel caso di specialità unilaterale. E' il caso più semplice perché caratterizzato dalla circostanza che tutti gli elementi della fattispecie c.d. generale siano ricompresi in quella c.d. speciale che ne prevede di ulteriori. In questo caso ci troviamo certamente nell'ipotesi del “concorso apparente” per cui deve ritenersi applicabile soltanto la fattispecie speciale.

Ma perché possa ritenersi applicabile l'art. 15 ricordato è necessario che i reati abbiano la stessa obiettività giuridica nel senso che deve trattarsi di reati che devono disciplinare tutta la medesima materia ed avere identità di struttura. Tale è, per es., il rapporto tra le fattispecie criminose previste dagli artt. 610 e 611 cod. pen. o tra quelle previste dagli artt. 624 e 626 cod. pen.

Si è già visto invece che, nel caso di specialità bilaterale o reciproca, il problema è di meno agevole soluzione proprio perché entrambe le fattispecie (ma potrebbero essere anche più di due) presentano, rispetto all'altra, elementi di specialità. Giurisprudenza e dottrina si rifanno a indici diversi che possono così indicativamente riassumersi:

- i diversi corpi normativi in cui le norme sono ricomprese (per es. cod. civ. e legge fall.);
- specialità tra soggetti (per es. 616 e 619 cod. pen.);
- la fattispecie dotata del maggior numero di elementi specializzanti.

Nei casi di specialità reciproca spesso è la stessa legge a indicare quale sia la norma prevalente con una *clausola di riserva* che può essere:

- determinata (al di fuori delle ipotesi previste dall'art.);
- relativamente determinata (si individua una categoria: per es.: se il fatto non costituisce un più grave reato);
- indeterminata (quando il rinvio è del tipo se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge).

2. Il concorso di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative (e quello tra norme che prevedono violazioni amministrative) è invece disciplinato dall'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in base al quale se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa si applica la disposizione speciale. Si tratta di una norma innovativa perché, in precedenza, il principio generalmente accolto era quello del normale concorso tra sanzione penale e violazione amministrativa.

Per ovvie ragioni il concorso tra disposizione penale e violazione amministrativa ha natura di concorso "eterogeneo" di norme.

La prima considerazione da fare, su questa norma, è che la stessa non prevede la "clausola di riserva". La diversa formulazione, rispetto all'art. 15 cod. pen., non preclude comunque al legislatore di prevedere espressamente la clausola nei singoli casi: v., per es., l'art. 214, comma 8, cod. strada) ma vale sicuramente a dettare un criterio interpretativo restrittivo in quelli che potrebbero essere considerati casi di riserva implicita ampliando inevitabilmente l'area del concorso apparente in un percorso di valorizzazione di questo principio che certamente il legislatore ha voluto perseguire con l'eliminazione del riferimento alla clausola di riserva. Anche se non può condividersi l'orientamento (di cui è espressione Cass., sez. III, 4 aprile 2008 n. 19124, Palmieri e altro, n.m.) secondo le norme del codice della strada sono sempre speciali rispetto a quelle del codice penale nulla vietando che una specificazione o aggiunta sia prevista solo dal secondo.

Altrettanto rilevante è, nel testo dell'art. 9, la differenza rispetto all'art. 15 cod. pen. laddove, invece di parlare di "stessa materia", si fa riferimento allo "stesso fatto". Non è però da ritenere che con questa formula il legislatore abbia inteso fare riferimento alla specialità in concreto dovendosi al contrario ritenere che il richiamo sia fatto alla fattispecie tipica prevista dalle norme che vengono in considerazione evitando quella genericità che caratterizza l'art. 15 cod. pen. con il riferimento alla materia.

Valgono infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni in precedenza espresse sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Il che, del resto, è confermato dal tenore dell'art. 9 che, facendo riferimento al "fatto punito", non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso. Orientamento condiviso anche dalla Corte costituzionale che, nella sentenza 3 aprile 1987, n. 97 – pronunciata proprio sul tema del concorso tra fattispecie di reato e violazione di natura

amministrativa e con riferimento alla disciplina prevista dall'art. 9, comma primo legge n. 689 del 1981 – ebbe ad osservare che per risolvere il problema del concorso apparente <<vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente inteso>>.

3. Fatte queste premesse si osserva che, per risolvere il caso proposto alle sezioni unite, occorre preliminarmente esaminare la struttura del reato e della violazione amministrativa del cui concorso si discute. Il problema del concorso apparente richiede infatti la previa verifica dell'esistenza di un'area, comune e sovrapponibile, tra le condotte descritte nelle norme concorrenti; diversamente, se le condotte tipiche fossero diverse, neppure si porrebbe il problema di cui ci stiamo occupando perché si tratterebbe di una mera "interferenza" che può verificarsi, per esempio, nei casi in cui non si è in presenza di un medesimo fatto ma soltanto di una comune condotta.

L'art. 334 cod. pen. disciplina diverse ipotesi. Quella prevista dal primo comma può essere commessa solo da chi ha in custodia la cosa e si realizza con condotte alternative analiticamente indicate (sottrazione, soppressione, distruzione, dispersione, deterioramento); si tratta di un'ipotesi che richiede in capo all'agente l'esistenza del dolo specifico (lo scopo di favorire il proprietario della cosa).

L'ipotesi che viene maggiormente in considerazione è quella prevista dal secondo comma dell'art. 334 nella quale le condotte tipiche già descritte sono realizzate dal proprietario che sia anche custode.

Entrambe le ipotesi previste dall'art. 334 (ma anche l'ipotesi colposa disciplinata nell'art. 335 cod. pen.) sono caratterizzate, rispetto all'ipotesi prevista dal codice della strada, dalla circostanza che si tratta di reati "propri" che possono essere commessi esclusivamente dal custode (comma primo; ma anche l'ipotesi colposa prevista dall'art. 335) o dal proprietario custode (comma secondo); questa è una prima rilevante differenza con l'illecito di carattere amministrativo perché la condotta prevista dal comma 4 dell'art. 213 cod. strada può essere realizzata da "chiunque".

A loro volta gli elementi specializzanti contenuti nell'art. 213 sono costituiti dalle circostanze che la norma si riferisce al solo sequestro amministrativo previsto dal medesimo articolo e che non ogni condotta prevista dall'art. 334 integra l'ipotesi di illecito amministrativo ma esclusivamente la condotta di chi "circola abusivamente".

La verifica che va compiuta è dunque quella rivolta ad accertare se una delle condotte descritte dalla norma del codice penale sia sovrapponibile alla condotta di chi circola abusivamente.; se cioè la circolazione abusiva realizzi anche uno dei fatti tipici descritti nell'art. 334. Questa verifica consente di affermare che, tra le condotte descritte nell'art. 334 cod. pen., l'unica per la quale può affermarsi una corrispondenza e sovrapposizione tra i fatti descritti nelle due norme è la sottrazione.

Il problema del concorso apparente neppure si pone quindi per quanto riguarda le altre condotte previste dalla norma codicistica: soppressione, distruzione e dispersione nulla hanno a che vedere con la circolazione del veicolo.

3.1. Ritengono le Sezioni unite che il problema non si ponga neppure per l'ipotesi del deterioramento che alcune decisioni di legittimità hanno invece preso in considerazione.

Circolare abusivamente costituisce un fatto tipico ben distinto dal deteriorare che può costituire una conseguenza indiretta della condotta illecita ma non realizza la condotta descritta anche perché l'usura che può conseguire alla circolazione non è equiparabile al deterioramento e la circolazione può addirittura servire ad evitare il deterioramento del motore del veicolo.

Si aggiunga che, nell'ipotesi del deterioramento la condotta dell'agente deve essere caratterizzata, sotto il profilo soggettivo, dal dolo (l'ipotesi colposa prevista dall'art. 335 cod. pen. non prevede il deterioramento) che appare difficilmente ipotizzabile nel caso della abusiva circolazione.

3.2. Si può invece convenire con la prevalente giurisprudenza di legittimità secondo cui anche la sola *amotio* del veicolo può realizzare la sottrazione. La condotta di sottrazione non implica l'impossessamento della cosa e può realizzarsi con la semplice elusione del vincolo cui il bene è sottoposto. Si è infatti condivisibilmente osservato (da parte di Cass., sez. VI, 28 novembre 2007 n. 2163, Ferreri, rv. 238477) che <<lo spostamento non più controllabile dal luogo di custodia, integra la condotta di "sottrazione", perché il bene esce dalla sfera giuridica propria della procedura ablatoria ed entra in quella di fatto e privatistica dell'utilizzatore, sia esso il proprietario o il custode, con conseguente incidenza negativa sulla regolarità della procedura>>.

Va però precisato che deve trattarsi di una condotta effettivamente caratterizzata da offensività che valga a far ritenere esistente una reale sottrazione, eventualmente anche temporanea, non soltanto alla disponibilità del bene ma altresì all'esercizio dei poteri di controllo esercitati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa (non deve dunque trattarsi del semplice spostamento del veicolo da un luogo ad un altro senza che lo stesso venga sottratto alla possibilità di esercizio di questi poteri ma si deve trattare di un uso incompatibile con le finalità del sequestro).

3.3. Fatte queste considerazioni ritengono le Sezioni unite che nel caso proposto vada ritenuta l'esistenza della sola violazione amministrativa prevista dall'art. 213 cod. strada.

Va premesso, da un punto di vista logico, che il già ricordato percorso normativo – espresso dal più volte menzionato art. 9 - diretto a privilegiare la specialità (e quindi l'apparenza del concorso) costituisce un'importante chiave di lettura in tutti i casi in cui, ad una condotta penalmente sanzionata, si aggiunga (soprattutto se ciò avvenga in tempi successivi rispetto all'entrata in vigore della prima norma) una disciplina normativa che la preveda anche come violazione di natura amministrativa.

A meno che non risulti (da una previsione espressa o da ragioni logiche implicite o da altre considerazioni) che il legislatore abbia inteso affiancare la sanzione amministrativa a quella penale l'interprete deve privilegiare l'interpretazione che valorizza la specialità ritenendo la depenalizzazione della condotta in precedenza costituente reato che sia presa in considerazione dalla nuova normativa e, nel caso inverso, optando per la sola ipotesi penalmente sanzionata.

A maggior ragione si impone l'applicazione del principio di specialità quando la violazione amministrativa, come nel caso in esame, costituiva precedentemente reato (la depenalizzazione è avvenuta in forza dell'art. 19, comma 5, d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507) perché, in questo caso, è ancor più evidente l'intenzione del legislatore di affidare la disciplina del caso alle sole norme che disciplinano l'illecito amministrativo.

3.4. Fatta questa premessa di ordine logico l'esame della struttura delle due ipotesi di illecito in considerazione conferma l'ipotesi della sola apparenza del concorso; in particolare questo esame consente di escludere che il concorso di norma possa essere inquadrato nella fattispecie della specialità bilaterale o reciproca. Infatti tutti gli elementi specializzanti qualificanti l'illecito sono contenuti nell'art. 213: la circolazione abusiva e la natura amministrativa del sequestro.

Si tratta di elementi specializzanti per specificazione perché entrambi sono già ricompresi nella fattispecie tipica dell'art. 334 cod. pen. e non si aggiungono al fatto descritto nella norma codicistica. Se la sottrazione si realizza anche con la sola *amotio* del veicolo questa condotta è prevista dalla norma del codice penale che, sotto il diverso profilo indicato, prevede espressamente anche il sequestro disposto dall'autorità amministrativa.

C'è però, nell'art. 213, un ulteriore elemento specializzante: la circostanza che la violazione amministrativa possa essere commessa da "chiunque" e questo elemento può essere ritenuto specializzante "per aggiunta" (l'illecito può essere commesso – in aggiunta ai soggetti indicati nell'art. 334 cod. pen. – anche da persone che non hanno quelle qualità).

Se così è la soluzione del quesito proposto è obbligata: gli elementi specializzanti sono tutti contenuti nell'art. 213, comma 4, cod. strada e dunque questa norma deve essere ritenuta speciale ai sensi dell'art. 9, comma primo, legge 24 novembre 1981, n. 689 (ma lo sarebbe anche con l'applicazione dell'art. 15 cod. pen.) con la conseguenza che il concorso con l'art. 334 cod. pen. - limitatamente alla condotta di chi circola abusivamente con il veicolo sottoposto a sequestro

amministrativo in base alla medesima norma – deve essere ritenuto apparente.

Né l'identità del fatto può essere negata in considerazione della (peraltro parziale) diversità dell'oggetto giuridico della tutela nel caso in esame per le considerazioni già svolte sull'irrelevanza di questo criterio che porterebbe ad escludere la specialità nei casi già indicati per i quali è pacificamente da sempre riconosciuta l'apparenza del concorso.

4. Deve dunque concludersi che nel caso esaminato il concorso tra le norme ricordate sia solo apparente e che sia applicabile all'ipotesi in esame soltanto la violazione amministrativa prevista dall'art. 213, comma quarto, cod. strada.

Dal che consegue il rigetto del ricorso. La questione di legittimità costituzionale – proposta dal difensore del ricorrente subordinatamente all'accoglimento del ricorso – deve ritenersi assorbita.

Omissis

Come noto, l'art. 9 l. n. 689/1981 regolamenta, ricorrendo al principio di specialità, i rapporti tra norme penali e amministrative apparentemente convergenti nel configurare l'illiceità dello stesso fatto, affermando la prevalenza, per l'appunto, della disposizione ritenuta speciale.

Prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 689, in assenza di una espressa disciplina normativa, il problema della convergenza tra norma penale e norma sanzionatoria amministrativa veniva tendenzialmente risolto dalla giurisprudenza nel senso del concorso formale eterogeneo tra gli illeciti e, dunque, del cumulo delle sanzioni.

Una diversa impostazione del problema ha iniziato a farsi largo solo con l'avvento delle prime leggi di depenalizzazione. In tal senso, nei casi in cui la trasformazione di alcune fattispecie in illeciti amministrativi avrebbe determinato la riespansione di norme penali incriminatrici di portata più generale, è stata affermata, soprattutto dalla giurisprudenza di merito, la sussidiarietà di queste ultime rispetto alle norme sanzionatorie amministrative di nuovo conio, considerate prevalenti ad oltranza in caso di convergenza, ritenendo che questo fosse il significato da attribuire alla scelta operata dal legislatore nel derubricare l'illecito.

Come detto, l'avvento nel 1981 di una espressa regolamentazione normativa della questione ha rappresentato una assoluta novità, anche perché la formulazione definitiva della disposizione destinata ad accoglierla è stata per certi versi inattesa. Infatti, nell'originario "progetto Bonifacio" la disciplina immaginata, seppure improntata al principio di specialità, riguardava esclusivamente i rapporti fra illecito penale ed illecito depenalizzato, riflettendo in qualche modo quegli orientamenti giurisprudenziali di cui si è testè detto.

Nel corso dei lavori parlamentari questa iniziale soluzione era stata modificata nel senso di risolvere, sempre ricorrendo al principio di specialità, la convergenza tra norme penali e norme "depenalizzate" e di prevedere invece il cumulo delle sanzioni nel caso di concorso tra fattispecie penale e fattispecie *ab origine* amministrative.

Le numerose critiche suscitate da questa soluzione a "doppio binario" avevano inizialmente convinto il legislatore ad abbandonare *tout court* l'idea di disciplinare normativamente i rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo. Un, per l'appunto, inatteso ripensamento dell'ultima ora consegnava invece al testo definitivo della legge la formulazione vigente dell'art. 9 (rimasta immutata in questi trent'anni), il quale, sempre ispirandosi al principio di specialità, dettava questa volta una disciplina unitaria del concorso tra norme penali e sanzionatorie amministrative.

Apparentemente, dunque, l'intenzione legislativa era quella di ricalcare il modello di disciplina sovrapponibile a quello già previsto dall'art. 15 cod. pen. per l'ipotesi del concorso di norme penali incriminatrici. Peraltro dovevano registrarsi alcune differenze nella formulazione testuale delle due disposizioni di non agevole interpretazione e che puntualmente hanno dato adito a divisioni tra i commentatori della novella.

Innanzitutto la norma contenuta nella legge n. 689 del 1981 non ha previsto la clausola di riserva («salvo che sia altrimenti stabilito») contenuta invece nell'art. 15 citato e sulla quale parte della dottrina penalistica (e parte della giurisprudenza) ha tradizionalmente fatto perno negli ultimi decenni per dare ingresso a soluzioni "pluralistiche" del concorso tra norme penali, in grado di superare la ritenuta troppo angusta prospettiva del modello "monastico" incentrato sulla previsione normativa espressa del solo principio di specialità. In proposito va ricordato che l'omissione del legislatore del 1981 fu tutt'altro che involontaria, atteso che nel testo originario della disposizione una clausola analoga era invece stata prevista e solo successivamente era stata consapevolmente soppressa. Circostanza che ha portato la dottrina spesso ad evidenziare una presunta volontà legislativa di bandire espressamente – quantomeno nell'ambito del concorso eterogeneo – criteri di soluzione dell'interferenza tra norme diversi da quello della specialità.

In secondo luogo il nucleo centrale della disciplina contenuta nell'art. 9 si riferisce alla convergenza delle disposizioni sanzionatorie non già nel regolamentare «la stessa materia» – come invece previsto nell'art. 15 cod. pen. -, quanto nel punire «lo stesso fatto». Differenza che ha dato adito a diverse interpretazioni in ordine alla effettiva qualificazione del criterio di specialità adottato nella specie per risolvere il concorso di norme come specialità in astratto piuttosto che in concreto.

In proposito la giurisprudenza di legittimità – riprendendo sostanzialmente la posizione maggioritariamente espressa nell’elaborazione dell’art. 15 cod. pen. con riguardo al concorso di norme penali incriminatrici - ha consolidato negli anni una posizione decisamente orientata nell’intendere il criterio della specialità evocato dall’art. 9 in senso logico-formale, ritenendo cioè che il presupposto della convergenza di norme – necessario perché risulti applicabile la regola sull’individuazione della disposizione prevalente posta dall’articolo citato – possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza strutturale tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate. In tal senso il fatto punito cui si riferisce la disposizione menzionata non sarebbe quello in concreto realizzato dall’agente, bensì quello oggetto di incriminazione e pertanto per accertare se norma penale e norma sanzionatoria amministrativa effettivamente interferiscono dovrebbe esclusivamente effettuarsi la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire la fattispecie tipica dalle stesse configurata.

Seguendo questa impostazione **Sez. III 4 novembre 1997 (dep. 11 febbraio 1998), n. 3617, Mannino, rv 209808** ha ad esempio escluso il rapporto di specialità tra l’art. 171, lett. a), legge 22 aprile 1941, n. 633 e l’art. 1, legge 22 maggio 1993, n. 159 (successivamente abrogato) ed ha dunque ritenuto la cumulabilità delle sanzioni previste dalle suddette disposizioni in tema di riproduzione di opere librarie tutelate dal diritto d’autore (nella specie la Corte ha ritenuto che le due fattispecie tipiche differissero sia nella condotta, che nell’oggetto materiale: in senso conforme **Sez. III 24 febbraio 2000, n. 4353, Balduzzi, rv 215791** e **Sez. III 10 dicembre 2002, n. 4688, Chinellato, rv 223150**). Applicando i medesimi principi **Sez. I 10 marzo 1993 (dep. 16 aprile 1993), n. 1003, Baiocco, rv 194689**, ha invece ritenuto speciale l’art. 180 cod. strada sull’art. 650 cod. pen. ed ha conseguentemente affermato che la mancata ottemperanza all’ordine di presentarsi ad un ufficio di polizia per esibire il documento di circolazione integra esclusivamente l’illecito amministrativo previsto dalla prima delle due disposizioni menzionate (nello stesso senso *ex multis* **Sez. I 25 marzo 1998, n. 4796, Angeli, rv 210477**). Sempre in materia di circolazione stradale **Sez. I 10 luglio 1998 (dep. 15 luglio 1998), n. 8385, Balestra, rv 211147**, ha ritenuto speciale l’art. 192 cod. strada ancora sull’art. 650 cod. pen., con riguardo all’inosservanza dell’obbligo di fermarsi all’invito degli agenti in servizio di polizia stradale (in senso conforme *ex multis* e da ult. **Sez. I 17 settembre 2008, n. 36736, Beninati, rv 241127**). Ancora nella medesima prospettiva **Sez. V 7 marzo 2007 (dep. 4 luglio 2007), n. 25548, Lanciani, rv 237702**, ha ritenuto speciale sul delitto di furto l’illecito amministrativo previsto dall’art. 23 d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 in materia di impossessamento di acque pubbliche.

E la prospettiva della comparazione strutturale tra fattispecie astratte è stata recepita anche delle Sezioni Unite quando le stesse hanno dovuto occuparsi del concorso tra illecito penale e illecito amministrativo. In tal senso, ad esempio, affrontando la questione relativa agli apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, **Sez. Un. 18 dicembre 2002 (dep. 20 febbraio 2003), n. 8545, Scuncia, rv 223395**, hanno ritenuto la specialità del combinato disposto degli artt. 1, 4 e 6 d.lgs. 15 novembre 2000, n. 373 sull’art. 171-*octies* legge n. 633 del 1941, quantomeno con riguardo alle condotte sovrapponibili o assimilabili previste dalle due disposizioni. Nell’occasione il Supremo Collegio non ha affrontato *ex professo* la tematica dell’effettiva natura del principio di specialità sancito dall’art. 9 legge n. 689 del 1981, ma ha applicato al caso di specie quest’ultima disposizione attraverso il confronto strutturale delle fattispecie previste dalle norme ritenute convergenti e rilevando la presenza di elementi specializzati in grado di determinare la prevalenza (nei termini sopra precisati) dell’illecito amministrativo sul reato configurato nel citato art. 171-*octies*.

Analogamente **Sez. Un. 20 dicembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), n. 47164, Marino, rv 232303**, nello stabilire che l’acquisto di supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali - effettuato prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 68/2003 che ne ha modificato l’ambito di applicazione in termini più restrittivi - integrava esclusivamente l’illecito amministrativo previsto dall’art. 16 della legge 18 agosto 2000, n. 248 e non anche il delitto di ricettazione a prescindere dallo scopo dell’acquisto medesimo, hanno ancora una volta fatto ricorso al criterio strutturale per affermare la specialità della norma sanzionatoria amministrativa su quella penale.

La sentenza Marino si segnala anche per un altro motivo. La Corte ha dovuto affrontare infatti anche il profilo dell’eventuale concorso apparente tra il menzionato reato di ricettazione e quello di immissione in commercio dei supporti sopra descritti, previsto dall’art. 171-*ter* legge n. 633 del 1941. Anche in questo caso, ma al fine di escludere l’esistenza di un rapporto di specialità tra le due disposizioni incriminatrici, i giudici di legittimità sono ricorsi al criterio del confronto strutturale tra le fattispecie astratte (ovviamente applicato nell’ottica dell’art. 15 cod. pen., trattandosi di concorso tra sole norme penali).

Gli stessi giudici hanno però colto l’occasione per ribadire l’impostazione “monistica” della soluzione del concorso apparente di norme incriminatrici e per mettere in discussione la legittimità del ricorso a metodi diversi da quello utilizzato e a principi ulteriori rispetto a quello di specialità normativamente previsto.

In particolare la motivazione della sentenza ricorda come, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, anche nel caso di diversità strutturale delle fattispecie, il rapporto di consunzione o di assorbimento, cui alluderebbe l’ultimo inciso dell’art. 15 cod. pen. quale applicazione sostanziale del principio processuale del *ne bis in idem*, richiederebbe di considerare solo apparente il concorso tra due norme relative a un medesimo quadro di vita sociale, quando la commissione di un reato comporti, secondo *l’id quod plerumque accidit*, anche la commissione dell’altro e una delle fattispecie esaurisca compiutamente l’intero disvalore del fatto. Sicché, in quest’ottica, il concorso

dovrebbe escludersi non solo quando la commissione di un reato comporti necessariamente la consumazione anche dell'altro, ma altresì quando sia solo ricorrente la consumazione di entrambi i reati in un contesto sociale unitario.

Tuttavia per la sentenza Marino i criteri di assorbimento e di consunzione sarebbero privi di fondamento normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 citato alluderebbe all'evidenza esclusivamente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferirebbe in tal senso e per l'appunto solo a casi determinati, senza configurare una regola di portata generale, come invece supposto dall'orientamento criticato.

Per la Corte, inoltre, i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiedono sarebbero tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché farebbero dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale. Non solo, un'esigenza di determinatezza e tassatività si porrebbe anche con riferimento "all'ordinamento penale complessivamente considerato", perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriverebbe anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili.

La sentenza Marino ammette, infine, che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie, ma sottolinea come questa operazione di selezione rimanga pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili. Per converso i criteri di assorbimento e di consunzione esigerebbero scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura delle fattispecie.

Tornando all'art. 9 legge n. 689 del 1981, va evidenziato come sempre più spesso la giurisprudenza di legittimità faccia riferimento nelle sue pronunzie anche all'oggettività giuridica nel risolvere il concorso eterogeneo di norme. Tale riferimento viene peraltro utilizzato ad integrazione di quello strutturale (o, se si preferisce, in ragione del valore sintomatico che esso esprime), per lo più per rafforzare l'eventuale giudizio negativo sull'identità del fatto oggetto dell'incriminazione penale e di quella amministrativa. In taluni casi la diversità del bene giuridico tutelato viene invece sottolineata per escludere che tra fattispecie strutturalmente compatibili sussista comunque una relazione di specialità unilaterale in grado di comportare la prevalenza di una disposizione sull'altra ai sensi della norma citata ovvero per superare le incertezze determinate dal riscontro di rapporti di specialità reciproca o bilaterale. Va peraltro ribadito che il riferimento all'oggettività giuridica, nell'impostazione seguita dalle pronunzie in questione, presuppone comunque l'approccio strutturale alle norme in concorso e prescinde invece sempre dalla valutazione del fatto concreto.

Così, ad esempio, **Sez. III 3 dicembre 1997 (dep. 11 febbraio 1998), n. 1686, Abbate, rv 209807**, ha escluso il concorso apparente tra l'art. 515 cod. pen. e l'art. 22 legge 15 febbraio 1963, n. 281 in tema di commercio di mangimi destinati all'alimentazione animale, rilevando la disomogeneità tra gli interessi protetti dalle due norme. Ed in relazione ad altre tipologie di prodotti alimentari e ad altre disposizioni sanzionatorie amministrative, alle medesime conclusioni e ricorrendo alle medesime argomentazioni sono pervenute **Sez. III 14 febbraio 2000 (dep. 22 giugno 2000), n. 7318, Godino, rv 216972, Sez. III 5 dicembre 2006 (dep. 19 gennaio 2007), n. 1356, p.g. in proc. Scotti, rv 235650, e Sez. 12 febbraio 2009 (dep. 13 maggio 2009), n. 20125, Nacci, rv 243711**. E sempre facendo riferimento alla disomogeneità dei beni giuridici tutelati **Sez. II 29 marzo 2007 (dep. 31 maggio 2007), n. 21324, p.g. in proc. Giraud, rv 237034**, ha escluso il rapporto di specialità tra l'illecito amministrativo di somministrazione di sostanze dopanti (artt. 3 e 4 legge 26 ottobre 1971, 1009) e il reato di frode sportiva (art. 1 legge 13 dicembre 1989, n. 401), mentre **Sez. II 1 ottobre 2008 (dep. 14 ottobre 2008), n. 38801, Trombetta, rv 241462**, ha escluso il concorso apparente tra l'art. 633 cod. pen. e l'art. 26 legge 8 agosto 1977, n. 513 in tema di occupazione abusiva di alloggi di edilizia popolare, nonché, infine, **Sez. II 2 ottobre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2808, Bedino, rv 242651**, ha escluso l'applicabilità dell'art. 9 legge n. 689 del 1981 in tema di quote latte in riferimento al concorso tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato e l'illecito amministrativo previsto dall'art. 5, comma quinto, legge 30 maggio 2003, n. 119.

In senso analogo **Sez. III 7 novembre 2007 (dep. 11 febbraio 2008), n. 6419, Costanza, rv 239059**, ha affermato il concorso materiale tra la contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 cod. pen.) e l'illecito amministrativo previsto in tema di scarichi di acque reflue domestiche dall'art. 54 d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, evidenziando sia una differenza strutturale tra le fattispecie in ordine ai presupposti di applicazione, sia la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme.

Nella stessa ottica **Sez. I 14 marzo 2002 (dep. 14 giugno 2002), n. 23066, Rinaldi, rv 221653 e Sez. I 31 gennaio 2002 (dep. 12 marzo 2002), n. 10475, Fantasia, rv 221610**, hanno escluso la sussistenza di un rapporto di specialità tra il menzionato art. 674 cod. pen. e l'art. 15 legge 22 febbraio 2002, n. 36 in materia di inquinamento elettromagnetico, rilevando come le due fattispecie si basino su differenti presupposti, ma altresì evidenziando ancora una volta una differente obiettività giuridica. L'orientamento espresso dalle menzionate pronunzie – per cui il reato, come l'illecito amministrativo, sarebbe integrato dal mero fatto del superamento dei limiti di emissione posti dalla normativa vigente – è stato contraddetto dalla giurisprudenza successiva, che ha ancorato invece la consumazione della fattispecie penale alla realizzazione di un concreto pericolo di offesa per le persone escludendo che lo stesso possa essere presunto per lo sfondamento delle citate soglie (v. da ult. in questo senso **Sez. III 13 maggio 2008 – dep. 26 settembre 2008, n. 36845, p.g. in proc. Tuci, rv 240770 e Sez. III 9 gennaio 2009 – dep. 15 aprile 2009, n. 15707**,

Abbaneo, rv 243430). Ma nel giungere a tali conclusioni le pronunzie menzionate da ultimo non hanno escluso la possibilità di un concorso materiale tra i due illeciti, rifiutandosi invece di approfondire la questione perché non rilevante ai fini della decisione di competenza.

Va peraltro ricordato che di recente **Sez. Un. 19 aprile 2007 (dep. 27 aprile 2007), n. 16568, Carchivi, rv 235962**, nell'affrontare il problema dei rapporti tra gli artt. 316-ter e 483 cod. pen., hanno evidenziato come una volta riconosciuto un rapporto di parziale identità tra fattispecie, il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminative non assume immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, atteso che può sussistere identità di oggettività giuridica tra fattispecie strutturalmente eterogenee e viceversa disomogeneità di interesse tutelato in fattispecie in rapporto di continenza strutturale. Principio questo che sembra porsi in discontinuità con quanto affermato in precedenza da **Sez. Un. 21 aprile 1995 (dep. 13 settembre 1995), n. 9568, La Spina, rv 202011**, per le quali la nozione della formula "stessa materia" prevista dall'art. 15 cod. pen. sarebbe da riferirsi proprio all'identità di bene giuridico tutelato dalle norme incriminative convergenti.

Ancora va annotato che nella giurisprudenza della Corte decisamente minoritaria, se non addirittura sporadica, è invece l'apparente adesione all'indirizzo dottrinario per cui la specialità evocata dall'art. 9 legge n. 689 del 1981 andrebbe valutata con riferimento al fatto in concreto realizzato piuttosto che a quello in astratto punito dalle norme in concorso. In tal senso ad esempio sembra far riferimento a tale criterio **Sez. VI 1 ottobre 1993 (dep. 14 dicembre 1993), n. 11395, Bellone, rv 196061**, nel riconoscere la cumulabilità tra la sanzione penale prevista dall'art. 5, lett. a), legge 30 aprile 1962, n. 283 e quella amministrativa già prevista dalla successivamente abrogata legge 3 febbraio 1961, n. 4. In senso analogo **Sez. III 20 febbraio 1995 (dep. 3 aprile 1995), n. 3467, Mengo, rv 201979**, si esprime in termini di specialità in concreto nell'affermare la prevalenza del reato previsto dall'art. 1161, primo comma, cod. nav. sulla violazione amministrativa di cui all'art. 1174, comma secondo, dello stesso codice.

Infine deve ricordarsi che anche il giudice delle leggi ha avuto modo di riconoscere come l'accertamento della convergenza tra norma penale e norma sanzionatoria amministrativa presupponga un rapporto di continenza strutturale tra le stesse. In tal senso **Corte Cost. 3 aprile 1987, n. 97**, ha infatti precisato che per affermare il concorso apparente tra le due disposizioni «vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente unico». Nello stesso contesto la Corte ha altresì precisato, poi, come rimanga estraneo all'ambito di applicazione dell'art. 9 legge n. 698 del 1981 l'ipotesi della specialità bilaterale, bilateralmente per aggiunta.

Come già accennato l'art. 9 legge n. 689 del 1981 ha riproposto, seppure con alcune differenze terminologiche, la formulazione del principio di specialità contenuta nell'art. 15 cod. pen., disposizione cui è demandato il compito di fornire la regola di soluzione delle ipotesi di concorso apparente di norme penali.

Non deve dunque sorprendere che l'analisi compiuta dalla dottrina (più che altro nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge n. 689, giacché difettano apprezzabili studi organici del tema in tempi recenti) sulla norma speciale si rifaccia soprattutto ai risultati dell'elaborazione compiuta in precedenza su quella contenuta nel codice penale e per la cui sintesi, per non appesantire oltremodo la presente relazione, si rinvia agli allegati contributi di carattere generale di alcuni autorevoli Autori (v. **ROMANO, Commentario sistematico del codice penale**, 2006, 173 e ss.; **MANTOVANI, Diritto penale**, PtG, 2009, 462 e ss.; **DE VERO, Corso di diritto penale**, I, 2004, 353 e ss.).

Ed anche con riguardo al principio di specialità sancito dall'art. 9 legge n. 689 del 1981, la stessa dottrina ha riproposto le medesime divisioni sull'effettiva natura del criterio adottato dal legislatore che già avevano caratterizzato in passato il dibattito a proposito del citato art. 15 cod. pen.

In particolare, secondo un primo orientamento la diversa formulazione adottata nell'art. 9, rispetto a quella utilizzata invece nell'art. 15 per individuare l'oggetto della convergenza delle norme supposte in concorso (come già ricordato: «stesso fatto» piuttosto che «stessa materia»), rivelerebbe l'intenzione del legislatore di configurare il criterio di prevalenza menzionato dalla prima disposizione citata in termini di specialità in concreto. In tal senso, dunque, presupposto del riconoscimento di un effettivo concorso apparente tra norma penale e norma amministrativa non sarebbe la semplice convergenza tra le rispettive fattispecie astratte, bensì la riconducibilità del fatto come concretamente realizzato contemporaneamente ad entrambe le norme, delle quali verrebbe a costituire una "sottofattispecie" (v. **VINCIGUERRA, La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689**, 1983, 72, **SINISCALCO, Commento all'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689**, in *Leg. Pen.*, 1982, 227). Tale posizione – che riecheggia in alcune delle pronunzie dell'orientamento minoritario in giurisprudenza riflette nell'ambito del concorso tra norma penale e amministrativa la teoria elaborata da autorevole dottrina in riferimento all'art. 15 cod. pen. per mediare tra la dimensione naturalistica del fatto realizzato ed il profilo della qualificazione normativa delle fattispecie convergenti, soprattutto al dichiarato scopo di elaborare un criterio in grado di ricondurre nell'alveo della regola di prevalenza dettata dal legislatore anche le ipotesi di specialità bilaterale o reciproca (v. **MANTOVANI, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**, 1966, 230).

Di segno diametralmente opposto l'opinione dominante, secondo cui la convergenza tra norma penale e norma amministrativa presuppone esclusivamente un rapporto di continenza strutturale tra le stesse, il quale va accertato soltanto ricorrendo al confronto tra gli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie astratte. E ciò in quanto la teoria della "sotto-specie", non potendo prescindere dal fatto concretamente realizzato, finisce per attrarre nell'alveo del concorso apparente di norme anche le ipotesi di concorso formale di illeciti, dove inevitabilmente il fatto concreto realizza contestualmente le fattispecie che caratterizzano questi ultimi. Né, secondo il medesimo orientamento interpretativo, il tenore letterale dell'art. 9 consentirebbe di giungere a conclusioni diverse, ma anzi costituisce

Non può essere adottata o mantenuta una misura cautelare se sussistono le condizioni che rendono probabile l'applicabilità dell'indulto alla pena che si ritiene possa essere irrogata. (rv 248867)

La norma che prevede la notifica dell'avvenuta impugnazione alle altre parti (art. 584 cod. proc. pen.) non trova applicazione nell'ambito dei procedimenti "de libertate", dato che essa è funzionale alla facoltà di proposizione dell'appello incidentale, estraneo al sistema delle impugnazioni in materia cautelare. (rv 248868)

Il delitto di frode fiscale si connota come reato di pericolo o di mera condotta, avendo il legislatore inteso rafforzare la tutela del bene giuridico protetto anticipandola al momento della commissione della condotta tipica. (rv 248869)

Omissis

1. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bergamo, con ordinanza in data 9 maggio 2009, rigettava la richiesta del Pubblico ministero di applicare misure cautelari personali nei confronti di numerosi indagati per i reati di associazione per delinquere a carattere transnazionale, finalizzata alla commissione di plurimi delitti in materia tributaria (in particolare d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 5 e 8) e di truffa aggravata ai danni dello Stato. Il G.i.p., pur rilevando la presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati ipotizzati, non riteneva che sussistessero attuali esigenze cautelari.

2. Avverso tale decisione il Pubblico ministero proponeva appello davanti al Tribunale di Brescia che, con ordinanza del 23 giugno 2009, applicava nei confronti di alcuni indagati (Giordano, Gargiulo, Esposito Luigi, Esposito Giuseppe, Ratti, Lanzara, Vecchione, Cioffi, D'avino, Martinez e Le Guezennec) la misura cautelare della custodia in carcere e nei confronti di altri (Ascolese, Peviani, Cuomo, Petti, Iodice e De Lorenzo) quella degli arresti domiciliari.

Il Tribunale, dopo avere sintetizzato il contenuto dell'appello del Pubblico ministero e delle difese dei singoli indagati contenute nelle memorie depositate in atti, riteneva di dovere procedere ad una nuova valutazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, respingendo, in via preliminare, l'eccezione di inutilizzabilità, formulata da alcune difese, con riferimento ad atti compiuti dopo il termine di scadenza delle indagini preliminari, sia perché genericamente formulata, sia in considerazione della natura permanente del delitto di associazione per delinquere, sia perché, infine, tutti gli atti rilevanti utilizzati erano stati compiuti nei termini di legge.

Il Tribunale illustrava, quindi, l'ipotesi accusatoria, secondo la quale le indagini avevano consentito di reperire gli elementi in ordine all'esistenza di un sodalizio criminale che aveva ideato un'ingente frode IVA nel settore del commercio delle materie prime (principalmente plastiche, prodotti petroliferi e metalli), con false fatturazioni stimate in quasi due miliardi di euro. Erano state individuate sette società per azioni italiane e 28 società straniere (con sedi dichiarate in Gran Bretagna, Isole Vergini Britanniche e Svizzera) inserite in un "carosello" fraudolento, con un profitto illecito, derivante dall'evasione sistematica dell'IVA, per oltre 132 milioni di euro nelle annualità dal 2004 al 2006.

Il meccanismo fraudolento consisteva nell'interposizione commerciale di un doppio livello di società estere: alcune ("cartiere" o "bare fiscali") erano risultate prive di regolare partita IVA, altre società estere (società "filtro"), invece, erano titolari di regolare partita IVA italiana e annotavano le fatture imponibili IVA emesse dalle società prive di partita IVA italiana, fatturando nuovamente le merci, con IVA italiana, in confronto di società italiane strutturate in forma di società per azioni, "destinatari finali" del credito IVA fraudolentemente generato. In taluni casi, le stesse società "filtro" svolgevano operazioni su due livelli con una ulteriore cessione intermedia ad un'altra società "filtro", che figurava infine cedere la merce alle società italiane, "destinatari finali". Il meccanismo

della frode si incentrava al livello delle società "filtro", che imputavano contabilmente l'acquisto dei beni alle società estere ("cartiere"), prive di regolare partita IVA in Italia, anziché al reale venditore (in genere, primarie multinazionali del settore) e ciò consentiva di creare un credito IVA fittizio, perché le "cartiere", che erano società appartenenti all'Unione Europea, figuravano avere esposto l'IVA relativa alle cessioni fittiziamente effettuate.

Il Tribunale esaminava tutti gli elementi emersi dalle indagini, la documentazione sequestrata, analizzata dalla Guardia di Finanza, le dichiarazioni acquisite e le conversazioni intercettate e concludeva per l'esistenza di una struttura organizzativa, sofisticata e complessa, che coinvolgeva molte persone, costituita dalle numerose società di capitali, con sede in Italia e all'estero, le quali erano interposte fraudolentemente nel commercio dei beni operato, in realtà, dalle sole società "destinatario finali".

L'elevato volume di fatturazioni false e la ricorrenza costante ed incrociata dello stesso gruppo di società nelle fittizie operazioni commerciali, che convergevano ineluttabilmente sulle società "destinatario finali", era funzionale al programma criminoso e difficilmente spiegabile, se non supponendo un'organizzazione unitaria, che si evidenziava anche nei caratteri comuni alle varie società: la condivisione della sede operativa (benché la sede legale per alcune di esse fosse stata trasferita), la comunione per almeno alcune di esse dei dipendenti, e, particolarmente, la circostanza che molte di esse fossero state costituite (attraverso una società fiduciaria italiana) da tre società di diritto anglosassone, tutte con sede al medesimo indirizzo. Inoltre, le società coinvolte nell'attività fraudolenta non erano società reali, ma sostanzialmente società fittizie, che esistevano solo come soggetti giuridico-fiscali, ma prive di qualsiasi sostanza e struttura commerciale.

Il Tribunale, successivamente, individuava il ruolo dei singoli indagati all'interno della associazione per delinquere e riteneva che sussistessero gravi indizi di colpevolezza anche in ordine ai reati-fine, affermando la configurabilità del concorso degli illeciti di natura tributaria con la truffa ai danni dello Stato, richiamando a tal fine una sentenza di questa Suprema Corte ed osservando che, nel caso di specie, «va comunque evidenziato che l'artificio non si identifica solo con l'emissione o annotazione di fatture per operazioni inesistenti, ma inoltre con la fraudolenta costituzione ed operatività di decine di società di capitali straniere, destinate ad indurre in errore, per la loro stessa apparenza lecita, l'Amministrazione finanziaria in ordine alla effettività delle operazioni rappresentate»; aggiungendo che «sotto un profilo concreto, dunque, non vi è identità di condotte, perché l'artificio truffaldino è assai più complesso degli elementi contestati a titolo di violazione penale tributaria».

Omissis

1. Preliminare rispetto a tutti gli altri motivi di ricorso è l'esame della questione di diritto sottoposta al giudizio di queste Sezioni Unite (se i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74 del 2000 siano speciali rispetto al delitto di truffa aggravata a danno dello Stato), sollevata da alcuni ricorrenti, ma estensibile a tutti, sia a coloro ai quali sia stato contestato il concorso formale fra i predetti reati sia a coloro ai quali sia stata contestata la sola truffa aggravata, ma, comunque, in concorso con coloro che hanno commesso anche i reati fiscali. E' evidente, infatti, che la soluzione della questione giuridica sottoposta all'esame delle Sezioni Unite, ove si escluda il contestato concorso di reati, anche in presenza di altri reati che consentirebbero l'emissione del provvedimento cautelare, incide sulla complessiva valutazione che il giudice deve effettuare ai sensi degli artt. 274 e ss. cod. proc. pen.

Sulla questione in esame si registrano due orientamenti giurisprudenziali contrastanti, come già evidenziato nell'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite.

Secondo un primo orientamento, è ammissibile il concorso tra il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.) e quelli di emissione ed utilizzazione, al fine di evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto, di fatture per operazioni inesistenti (artt. 2 ed 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), non sussistendo tra i predetti reati rapporto di specialità, poiché

diversi sarebbero i beni giuridici protetti e diversi gli elementi costitutivi delle fattispecie criminose, in quanto nei reati di frode fiscale non occorre l'effettiva induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria, né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'Amministrazione (Sez. 5, n. 6825 del 23/01/2007, Melli, Rv. 235632; Sez. 3, n. 14707 del 14 novembre 2007, dep. 09/04/2008, Rossi, Rv. 239659; Sez. 3, n. 25883 del 26 maggio 2010, Tosato, n.m.); in taluni casi si precisa che «la ravvisabilità del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato non costituisce violazione del principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., qualora dalla dinamica dei fatti e sulla base di obiettivi elementi di riscontro si configuri una condotta truffaldina tipica ed inequivoca desunta dalle particolari modalità esecutive della evasione fiscale» (Sez. 5, n. 6825 del 23 gennaio 2007, cit.)

Secondo un altro orientamento, invece, il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità rispetto a quello di truffa aggravata a norma del secondo comma n. 1 dell'art. 640 cod. pen., in quanto è connotato da uno specifico artificio (costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o alle imposte sul valore aggiunto). D'altro canto, il reato tributario, quale delitto speciale, si caratterizza come reato di pericolo o di mera condotta, per il quale la tutela è anticipata, perché la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno, consistente nel conseguimento di un indebito vantaggio, ma tale caratterizzazione non pone le due fattispecie criminose in rapporto di specialità reciproca, perché il verificarsi dell'evento di danno è posto al di fuori della fattispecie oggettiva della frode fiscale, rendendo così indifferente che esso si verifichi e postulandosi come necessaria solo la sussistenza di un collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale (Sez. 2, n. 7996 del 29/01/2004, Grieco, Rv. 228795; Sez. 2, n. 8000 del 29/01/2004, Passannante, n.m.; Sez. 2, n. 40226 del 23/11/2006, Bellavita, rv. 235593; Sez. 5, n. 3257 del 15/12/2006, dep. 30/01/2007, Barisano, Rv. 236037; Sez. 5, n. 7916 del 10/01/2007, Cutillo, Rv. 236053, n.m. sul punto; Sez. 2, n. 5656 dell'11/01/2007, Perrozzì, Rv. 236126; Sez. 2, n. 28676 del 5/06/2008, Puzella, Rv. 241110; Sez. 2, n. 30537 del 02/07/2009, Simone, n.m.; Sez. 2, n. 46621 del 18/11/2009, Avallone, n.m.).

Una diversa prospettiva interpretativa esclude ugualmente la sussistenza del concorso tra le fattispecie criminose in esame, ma non sulla base del principio di specialità, in quanto mancherebbe la identità naturalistica del fatto al quale le due norme si riferiscono (l'una, la frode fiscale, richiede un artificio peculiare e l'altra, la truffa, necessita per il suo perfezionamento di elementi, l'induzione in errore ed il danno, indifferenti per il reato tributario), ma di quello di consunzione «per il quale è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave»; «l'apprezzamento negativo della condotta è tutto ricompreso nella prima norma [art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000] che prevede il reato più grave per cui il configurare anche la previsione meno grave [art. 640 cod. pen.], che di per sé integra una diversa fattispecie, comporterebbe un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni penali» (così Sez. 3, n. 37409 del 10/07/2007, Colombari, Rv. 237306; nonché: Sez. 3, n. 37410 del 10/07/2007, Sarti, n.m.; Sez. 2, n. 28685 del 05/06/2008, Chinaglia, Rv. 241111, n.m. sul punto; Sez. 2, n. 8357 del 10/12/2008, dep. 24/02/2009, Liggeri, n.m.; Sez. 2, n. 8362 del 10/12/2008, dep. 24/02/2009, Giarrata, n.m.; Sez. 2, n. 21566 del 08/05/2008, Puzella, Rv. 240910, n.m. sul punto; Sez. 2, n. 41488 del 29/09/2009, Rimoldi, Rv. 245001, n.m. sul punto; Sez. 1, n. 27541 del 31/03/2010, Barbara, n.m.).

2. La soluzione della questione giuridica controversa richiede la preliminare specificazione dei presupposti per la configurabilità o meno del concorso di reati.

Nell'ambito della problematica di più ampia portata del concorso apparente di norme l'ordinamento positivo è ispirato al principio di specialità, consacrato nell'art. 15 cod. pen., il quale prevede 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». Si definisce tradizionalmente norma speciale

quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale; è necessario, cioè, che le due disposizioni appaiano come due cerchi concentrici, di diametro diverso, per cui quello più ampio contenga in sé quello minore, ed abbia, inoltre, un settore residuo, destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità.

Sulla applicazione del principio di specialità e sulla sua idoneità a risolvere tutte le problematiche concernenti il concorso di norme si sono manifestate le più variegate posizioni, anche nell'ambito delle stesse Sezioni Unite, alcune interpretando la "stessa materia" come identità del bene alla cui tutela le norme in concorso sono finalizzate (Sez. U, n. 9568 del 21/04/1995, La Spina, Rv. 202011), altre, invece, escludendo che il concorso apparente di norme sia configurabile sulla base del bene giuridico protetto dalle disposizioni apparentemente confliggenti (Sez. U, n. 420 del 28/11/1981, dep. 19/01/1982, Emiliani, Rv. 151618). La giurisprudenza prevalente e più recente prende posizione a favore di un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, prescindendo dall'analisi del fatto storico e abbandonando la soluzione di combinare criteri tra loro diversi (Sez. U, n. 35 del 13 dicembre 2000, dep. 15/01/2001, Sagone; Sez. U, n. 8545 del 18/12/2002, dep. 20/02/2003, Scuncia, Rv. 223395), ed afferma che il criterio di specialità «presuppone una relazione logico- strutturale tra norme. Ne deriva che la locuzione "stessa materia" va intesa come fattispecie astratta - ossia come settore, aspetto dell'attività umana che la legge interviene a disciplinare - e non quale episodio in concreto verificatosi sussumibile in più norme, indipendentemente da un astratto rapporto di genere a specie tra queste»; il richiamo alla natura del bene giuridico protetto non è considerato "decisivo" e, inoltre, «può dare adito a dubbi nel caso di reati plurioffensivi; a ciò aggiungasi che le parole "stessa materia" sembrano utilizzate in luogo di "stessa fattispecie" o "stesso fatto", per comprendere nel dettato dell'art. 15 cod. proc. pen. anche il concorso di norme non incriminatrici che altrimenti resterebbe escluso» (Sez. U, n. 23427 del 09/05/2001, Ndiaye, Rv. 218771). Si aggiunge che «una volta riconosciuto un rapporto di parziale identità tra le fattispecie, il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, perché si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia» (Sez. U, n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv. 235962; nonché Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302).

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di applicare il criterio della continenza strutturale tra fattispecie, sia pure in un caso di concorso tra illecito amministrativo e illecito penale, affermando che l'applicazione del principio di specialità ex art. 15 cod. pen. implica la «convergenza su di uno stesso fatto di più disposizioni, delle quali una sola è effettivamente applicabile, a causa delle relazioni intercorrenti tra le disposizioni stesse», dovendosi confrontare «le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente unico» (Corte cost., sent. n. 97 del 1987). Già in precedenza, la stessa Corte aveva affermato che «per aversi rapporto di specialità ex art. 15 cod. pen. è indispensabile che tra le fattispecie raffrontate vi siano elementi fondamentali comuni, ma una di esse abbia qualche elemento caratterizzante in più che la specializzi rispetto all'altra» (Corte cost., ord. n. 174 del 1994).

Deve, pertanto, affermarsi che il criterio di specialità è da intendersi in senso logico-formale, ritenendo, cioè, che il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dal citato art. 15, possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse.

Peraltro, secondo un orientamento giurisprudenziale, occorrerebbe verificare se «al di là del

principio di specialità» il concorso materiale dei reati debba essere escluso «alla luce di una manifestata volontà normativa di valutare in termini di unitarietà le pur omogenee fattispecie» (così Sez. U, n. 23427 del 2001 cit.; nonché, Sez. U, n. 22902 del 28/03/2001, Tiezzi, Rv. 218873). Si vuole, in tal modo, richiamare il c.d. principio di consunzione o di assorbimento, accolto da parte della giurisprudenza e della dottrina, che troverebbe riconoscimento legislativo nello stesso art. 15 cod. pen. che, se, da un lato, sancisce il principio di specialità, dall'altro lato, ne ammette delle deroghe a favore della norma che prevede il reato più grave, sicché tale principio dovrebbe ritenersi avere validità *a fortiori* anche quando tale deroga non sia espressamente stabilita dal legislatore. Le norme legate dal rapporto di consunzione perseguono scopi per loro natura omogenei, senza che, tuttavia, tale rapporto di omogeneità si risolva nell'identità del bene giuridico, che costituisce soltanto il nucleo dello scopo della norma, così che lo scopo della norma che prevede un reato minore sia chiaramente assorbito da quello relativo ad un reato più grave, il quale esaurisca l'intero disvalore del fatto ed assorba l'interesse tutelato dall'altro, in modo che appaia con evidenza inammissibile la duplicità di tutela e di sanzione in relazione al principio di proporzione tra fatto illecito e pena, che ispira il nostro ordinamento. Secondo questa teoria, il criterio di specialità non è suscettibile di assorbire tutte le situazioni di concorso apparente, di modo che è necessario fare ricorso al criterio non espressamente codificato, ma conforme all'interpretazione sistematica, della consunzione o dell'assorbimento. Diversamente verrebbe ad essere addebitato più volte un accadimento unitariamente valutato dal punto di vista normativo, in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale posto a fondamento degli artt. 15, 68 e 84.

Contro tale tesi è stato osservato (Sez. U, n. 47164 del 2005 cit.) che «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 cod. pen. 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»; «inoltre 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»; infatti, «un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili»; si aggiunge che «è vero che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie. Ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura delle fattispecie».

In verità, l'orientamento giurisprudenziale che fa applicazione del principio di consunzione ammette che tale applicazione comporta una operazione interpretativa di giudizi di valore, ma «onde evitare che venga pregiudicata la fondamentale esigenza di determinatezza in campo penale, postula che la considerazione abbinata delle vicende tipiche sia resa oggettivamente evidente e detta risultanza non può che essere individuata nella maggiore significatività della sanzione inflitta per il reato consumante o assorbente; quando invece sia più grave la pena sancita per quello che andrebbe assorbito, la consunzione va negata, dovendosi ravvisare un intento di consentire, attraverso un effettivo autonomo apprezzamento del disvalore delle ipotesi criminose, il regime del concorso dei reati. Invero, l'aver sottoposto a più benevolo trattamento il fatto/reato che potrebbe per la sua struttura essere assorbente, sta a dimostrare che della fattispecie eventualmente assorbibile non si è tenuto conto: pertanto la norma che la punisce è applicabile in concorso con l'altra, senza incorrere in duplicità di addebito» (Sez. U, n. 23247 del 2001, cit.). Tali osservazioni, però, non tengono conto della possibilità (che pur è stata ravvisata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla giurisprudenza costituzionale) che, talvolta, pur in presenza di fattispecie omogenee, prevale

l'applicazione di norme di favore, che sottraggono dall'ambito applicativo di norme più ampie, compresenti nell'ordinamento, talune fattispecie, allo scopo e con l'effetto di riservare loro un trattamento sanzionatorio più mite di quello altrimenti stabilito da tali norme, salva la valutazione, riservata alla sede del controllo di costituzionalità, della ragionevolezza della opzione legislativa (Corte cost., sent. n. 394 del 2006, con riferimento all'art. 100, comma terzo, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 e all'art. 90, comma terzo, d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570; Sez. U, n. 8545 del 18/12/2002, Scuncia, Rv. 223395, con riferimento all'art.6 d.lgs. 15 novembre 2000 n.373 in rapporto all'art. 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n.633, introdotto dall'art. 17 della legge 18 agosto 2000, n.248). Resta, in tal modo, confermato che anche il riferimento alla gravità della sanzione non attribuisce di per sé carattere di oggettività alla scelta interpretativa di applicazione del criterio di consunzione, posto che non può affermarsi in linea di principio che il disvalore del fatto sanzionato più gravemente abbia sempre e comunque carattere assorbente nel rapporto tra due fattispecie incriminatrici.

Non può trascurarsi, inoltre, di considerare che il principio di legalità trova fondamento anche nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre che nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, oggi espressamente richiamata nel *corpus* comunitario attraverso l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007). Nella giurisprudenza della Corte EDU al suddetto principio si collegano i valori della accessibilità (*accessibility*) della norma violata e della prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma "vivente" quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto, la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale. Il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si articola nei due sotto principi di precisione e di stretta interpretazione (Corte EDU 02/11/2006, ric. Milazzo c. Italia; Grande Camera 17/02/2004, ric. Maestri contro Italia; 17/02/2005, ric. K.A. ET A.D. contro Belgio; 21/01/2003, ric. Veeber c. Estonia; 08/07/1999, ric. Baskaya e Okcuoglu c. Turchia; 15/11/1996, ric. Cantoni c. Francia; 22/09/1994, ric. Hentrich c. Francia; 25/05/1993, ric. Kokkinakis c. Grecia; 08/07/1986, ric. Lithgow e altri c. Regno Unito).

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo si è pronunciata sui principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, affermando che la normativa degli Stati membri deve avere una formulazione non equivoca, in modo da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti e ai giudici di garantirne l'osservanza (Corte Giustizia, 26/02/1991, C-119/89, ric. Commissione c. Spagna) e che il principio di legalità delle pene costituisce un'emanazione del principio di certezza del diritto (Tribunale CE, 05/04/2006, T-279/02, ric. Degussa AG; Corte Giustizia, 28/06/2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P; Corte Giustizia, 08/10/1987, C-80/86, ric. Kolpinghuis Nijmegen).

Si comprende, pertanto, la necessità del rigoroso rispetto del principio di legalità e dei conseguenti principi di determinatezza e tassatività, anche con riferimento alla materia del concorso apparente di norme incriminatrici.

Certamente, non può trascurarsi l'esigenza sottesa alla giurisprudenza che fa ricorso al criterio della consunzione, cioè il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ma tale rispetto è assicurato da una applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la *ratio* delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU. D'altro canto, anche quella giurisprudenza che fa riferimento al criterio di consunzione (Sez. Un., n. 23427 e n. 22902 del 2001, cit.) lo utilizza ad integrazione o a conferma delle conseguenze applicative del principio di specialità e in funzione garantistica rispetto al destinatario della norma

penale.

3. Applicando tali principi al caso in esame deve aderirsi all'orientamento giurisprudenziale che ravvisa un rapporto di specialità tra la frode fiscale e la truffa aggravata ai danni dello Stato.

Il raffronto fra le fattispecie astratte evidenzia che la frode fiscale è connotata da uno specifico artificio, costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. Una volta chiarito che la condotta di cui alla frode fiscale è una specie del genere "artificio", non si può far leva, per affermare la diversità dei fatti, sugli elementi danno e profitto, giacché questi dati fattuali di evento non possono trasformare una tale situazione di identità ontologica dell'azione in totale diversità del fatto.

Per quanto riguarda l'evento di danno, esso è specificato nell'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 74 del 2000, che include nel "fine di evadere le imposte" anche il fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, e il conseguimento di tale fine è posto come scopo della condotta tipica, cioè come caratterizzante l'elemento intenzionale e non rileva il suo conseguimento, in quanto il delitto di frode fiscale si connota come reato di pericolo o di mera condotta, perché il legislatore ha inteso rafforzare in tal modo la tutela, anticipandola al momento della commissione della condotta tipica, intendimento ulteriormente confermato dalla misura della sanzione, superiore (sia nel minimo che nel massimo) a quella prevista per il delitto di truffa aggravata.

Nella stessa relazione governativa, si osserva che la dichiarazione fraudolenta «si connota come quella ontologicamente più grave: essa ricorre, infatti, quando la dichiarazione non soltanto non è veridica, ma risulta altresì "insidiosa", in quanto supportata da un "impianto contabile", o più genericamente documentale, atto a sviare o ad ostacolare la successiva attività di accertamento dell'amministrazione finanziaria, o comunque ad avvalorare artificiosamente l'inveritiera prospettazione di dati in essa racchiusi». In tal modo, il legislatore valuta che la condotta descritta, oltre che essere connotata di particolare disvalore, è anche oggettivamente idonea a raggiungere lo scopo perseguito, cioè ad esporre concretamente a pericolo il bene tutelato, ciò spiega la indifferenza dell'evento di danno nell'integrazione della fattispecie oggettiva. Lo stesso legislatore, peraltro, non considera irrilevante l'entità del profitto e del conseguente danno, posto che prevede una diminuzione della sanzione, parametrandola proprio ai suddetti elementi (artt. 2, comma 3, e 8, comma 3, d.lgs. n. 74 del 2000), con la conseguenza che ritenere la configurabilità in concorso della truffa aggravata significherebbe svuotare di ogni valenza giuridica le soglie sanzionatorie.

La citata relazione governativa marca queste caratteristiche dei reati in questione e sembra proprio escludere la configurabilità di un concorso con la truffa aggravata ai danni dello Stato, osservando, rispetto a quest'ultimo reato, come «il relativo paradigma punitivo prescinda sia dall'ammontare dell'ingiusto profitto conseguito che dalla particolare natura dell'artificio utilizzato (la quale, nel delitto tributario in esame, assume connotati di particolare disvalore)».

Queste considerazioni sono sufficienti a rispondere alle obiezioni circa l'assenza nel reato di frode fiscale dei due elementi dell'induzione in errore e del danno al patrimonio dello Stato, che sono elementi essenziali per la configurazione del reato di truffa. Ma potrebbe anche aggiungersi, sotto un altro profilo, che sia l'induzione in errore che il danno sono presenti nella condotta incriminata dal reato di frode fiscale, posto che alla presentazione di una dichiarazione non veridica si accompagna normalmente il versamento di un minor (o di nessun) tributo e genera, in prima battuta e nella fase di liquidazione della dichiarazione, un'induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria e un danno immediato quanto meno nel senso del ritardo nella percezione delle entrate tributarie.

Quanto alle connotazioni della condotta nel caso di specie, l'ordinanza impugnata erroneamente fa riferimento all'esistenza di ulteriori e diversi raggiri rispetto all'emissione o annotazione di fatture per operazioni inesistenti, rappresentati dalla fraudolenta costituzione ed operatività di decine di società di capitali straniere (pag. 74), quale elemento autonomamente considerabile ai fini della truffa, in tal modo richiamando quella giurisprudenza di questa Suprema

Corte che affida al giudice di merito la valutazione delle particolari modalità esecutive della evasione fiscale al fine di ritenere configurabile il concorso con il reato di truffa (Sez. 5, n. 6825 del 23/01/2007, cit.). Tale affermazione è in contrasto con il principio secondo il quale il confronto deve essere effettuato fra le fattispecie astratte e non partendo dalla condotta in concreto posta in essere, da portare a raffronto con le diverse fattispecie astratte, per risolvere il dubbio sulla operatività del criterio di specialità. Deve considerarsi, inoltre, da un lato, che è l'artificio della fatturazione di operazioni inesistenti ad essere in linea astratta speciale e che la sua realizzazione non può non presupporre la creazione di una "struttura" capace di produrre siffatta specifica documentazione fraudolenta; dall'altro - e comunque - che nell'ambito dei delitti in materia di dichiarazione fraudolenta (dei redditi o dell'imposta sul valore aggiunto) la frode "mediante altri artifici" è specificatamente prevista dall'art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000, e che essa non può concorrere con quella attuata mediante fatture per operazioni inesistenti per l'espressa clausola di riserva contenuta all'inizio dell'alea del medesimo art. 3.

La negazione del rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa ai danni dell'Erario, si pone, inoltre, in contraddizione con la linea di politica criminale e con la *ratio* che ha ispirato il legislatore nella riforma di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000.

La linea di politica criminale adottata dal legislatore, nell'ambito delle scelte discrezionali che gli competono, in occasione della riforma introdotta con il d.lgs. n. 74 del 2000, sono state ampiamente delineate dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 27 del 25/10/2000, Di Mauro), affrontando il problema della continuità normativa d'illecito fra l'ipotesi di frode di cui all'art. 4, lett. f), d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982, n. 516 e la nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, e successivamente dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 49 del 2002), nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 9, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui escludono, rispettivamente, la punibilità a titolo di tentativo del delitto di cui all'art. 2 del medesimo decreto legislativo, e la punibilità di chi si avvale di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti a titolo di concorso nel reato di emissione di tali fatture o documenti, previsto dall'art. 8 del decreto stesso, posto che il giudice rimettente aveva, in sostanza, richiesto alla Corte di rimuovere la sospetta incostituzionalità tramite un riequilibrio *in malam partem* del rispettivo regime sanzionatorio.

Sia le Sezioni Unite che la Corte Costituzionale sottolineano che il legislatore, in occasione della riforma introdotta con il d.lgs. n. 74 del 2000, con una scelta di radicale alternatività rispetto al pregresso modello di legislazione penale tributaria, ha inteso abbandonare il «modello del c.d. "reato prodromico", caratteristico della precedente disciplina di cui al d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1982, n. 516 - modello che attestava la linea d'intervento repressivo sulla fase meramente "preparatoria" dell'evasione d'imposta - a favore del recupero alla fattispecie penale tributaria del momento dell'offesa degli interessi dell'erario. Questa strategia - come si legge nella relazione ministeriale - ha portato a focalizzare la risposta punitiva sulla dichiarazione annuale, quale atto che «realizza, dal lato del contribuente, il presupposto obiettivo e definitivo dell'evasione, negando rilevanza penale autonoma alle violazioni "a monte" della dichiarazione stessa» (Corte Cost. cit.).

La dichiarazione annuale "fraudolenta" (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000), siccome non soltanto mendace ma caratterizzata altresì da un particolare "coefficiente di insidiosità" per essere supportata da un impianto contabile o documentale per operazioni inesistenti, costituisce dunque la fattispecie criminosa ontologicamente più grave; «il delitto, di tipo commissivo e di mera condotta, seppure teleologicamente diretto al risultato dell'evasione d'imposta [come precisato nella definizione del dolo specifico di evasione *sub* art. 1 lett. d)], ha natura istantanea e si consuma con la presentazione della dichiarazione annuale» ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non rilevando le dichiarazioni periodiche e quelle relative ad imposte diverse, «con la conseguenza che il comportamento di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, si configura come *ante factum* meramente strumentale e prodromico per la realizzazione dell'illecito, e perciò

non punibile” (così Sez. U cit.).

Risulta poi autonomamente strutturata la fattispecie criminosa di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, finalizzata a consentire l'evasione altrui, attività illecita di spiccata pericolosità consistente nell'immissione sul mercato di documentazione idonea a supportare l'indicazione fraudolenta in dichiarazione di elementi passivi fittizi: l'ipotesi criminosa dell'emissione, regolata dall'art. 8, è dunque punita di per sé, mentre l'utilizzazione solo in quanto trasfusa in una falsa dichiarazione.

Particolare rilievo sistematico assumono altresì le disposizioni normative degli artt. 6 e 9 d.lgs. n. 74 del 2000 sul tentativo e, rispettivamente, sul concorso di persone.

La disposizione dell'art. 6 del d.lgs. n. 74 del 2000, escludendo la punibilità a titolo di tentativo dei delitti in materia di dichiarazione di tipo commissivo di cui agli artt. 2, 3 e 4 dello stesso decreto legislativo, «mira - oltre che a stimolare, nell'interesse dell'erario, la resipiscenza del contribuente scoperto nel corso del periodo d'imposta - ad evitare che violazioni "preparatorie", già autonomamente repressi nel vecchio sistema (registrazione in contabilità di fatture per operazioni inesistenti, omesse fatturazioni, sottofatturazioni, ecc.), possano essere ritenute tuttora penalmente rilevanti *ex se*, quali atti idonei, preordinati in modo non equivoco ad una falsa dichiarazione», come tali punibili *ex se* a titolo di delitto tentato (così Corte Cost. cit.).

Sotto diverso profilo, «il successivo art. 9 esclude, in deroga all'art. 110 cod. pen., la configurabilità del concorso dell'emittente nel reato di dichiarazione fraudolenta commesso dall'utilizzatore e soprattutto, in forza della medesima logica sottesa alla non configurabilità del tentativo («quella cioè di ancorare comunque la punibilità al momento della dichiarazione fraudolenta evitando una indiretta resurrezione del reato prodromico»: Relazione governativa, par.3.2.1), del concorso dell'utilizzatore nel reato di emissione anche in caso di preventivo accordo. Di conseguenza, per l'emittente la successiva utilizzazione da parte di terzi configura un postfatto non punibile, mentre per l'utilizzatore, che se ne avvalga nella dichiarazione annuale, il previo rilascio costituisce un antecedente pure irrilevante penalmente; del pari, l'intermediario non potrà considerarsi concorrente in entrambi i reati ma, a seconda dei casi concreti, in una delle distinte ipotesi» (così Sez. U cit.).

Proprio sulla base di tali riflessioni della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite, alcune delle decisioni che sostengono l'esistenza di un rapporto di specialità tra la fattispecie penale tributaria e quella comune di truffa aggravata ai danni dello Stato osservano correttamente che la negazione della sussistenza del suddetto rapporto si porrebbe in palese contrasto con la linea di politica criminale e con la stessa *ratio* che ha ispirato il legislatore nel dettare le linee portanti della riforma introdotta con il decreto legislativo n. 74 del 2000; in particolare, sarebbe paradossale ipotizzare, in capo all'emittente la falsa documentazione, una responsabilità penale costruita facendo leva su di una fattispecie di "genere" (truffa ai danni dell'erario), in presenza di una condotta "fiscale" che si "esaurisce" nella configurabilità della ipotesi speciale descritta dal decreto legislativo n. 74 del 2000. In altri termini, se il legislatore individua nella presentazione della dichiarazione annuale la condotta tipica e il momento di rilevanza penale della fattispecie di evasione, espressamente escludendo che la soglia di punibilità possa essere "anticipata", ai sensi dell'art. 56 cod. pen., anche nel caso di accertamento di irregolarità fiscali compiute nel corso del periodo d'imposta, non è ovviamente consentita l'utilizzazione strumentale di un'ipotesi delittuosa comune contro il patrimonio quale la truffa aggravata ai danni dello Stato (eventualmente anche *sub specie* di tentativo) per alterare, se non stravolgere, il sistema di repressione penale dell'evasione disegnato dalla legge.

Ugualmente deve dirsi con riferimento al reato di mera emissione di fatture, destinate alla eventuale utilizzazione da parte di soggetti terzi, poiché la configurabilità di un concorrente delitto di truffa potrebbe portare, non solo ad eludere la norma che esclude che la punibilità possa essere anticipata ai sensi dell'art. 56 cod. pen., ma anche quella che impedisce la configurabilità di un concorso tra emittenti ed utilizzatori, in deroga all'art. 110 cod. pen. (art. 9, d.lgs. n. 74 del 2000).

Argomenti a favore della prospettata interpretazione sono stati tratti anche dalla legge 27

dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), poiché ai sensi del combinato disposto del comma 6, lett. c), dell'art. 8 («...il perfezionamento della procedura prevista dal presente articolo comporta.....c) l'esclusione ad ogni effetto della punibilità per i reati tributari di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, articoli 2...») e del comma 12 dello stesso articolo («La conoscenza dell'intervenuta integrazione dei redditi e degli imponibili ai sensi del presente articolo non genera obbligo o facoltà della segnalazione di cui all'art. 331 cod. proc. pen. L'integrazione effettuata ai sensi del presente articolo non costituisce notizia di reato») deve ritenersi che il legislatore abbia escluso il concorso con il delitto di truffa ai danni dello Stato. Diversamente, non avrebbe stabilito l'esonero dalla denuncia e non avrebbe espressamente disposto che l'integrazione effettuata ai sensi dell'art. 8, legge cit. "non costituisce notizia di reato". D'altro canto, se si facesse rientrare la condotta del soggetto agente nella sfera di punibilità del delitto di truffa ai danni dello Stato, si avrebbe l'effetto di impedire il perseguimento delle finalità a cui l'intervento normativo è rivolto, poiché la legge sul condono ha lo scopo di evitare costi all'Amministrazione finanziaria invitando l'evasore a definire ogni pendenza con l'Erario attraverso il pagamento di una somma di denaro predeterminata.

In definitiva, qualsiasi condotta di frode al fisco non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dalla apposita normativa.

Occorre ancora considerare che ai sensi dell'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 280 del T.C.E.), nel testo in vigore dal 1° dicembre 2009 «l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (comma 1). Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari (comma 2)». Questa disposizione esprime il c.d. principio di assimilazione: gli interessi finanziari europei sono assimilati a quelli nazionali con la conseguenza che gli Stati sono tenuti ad agire con gli stessi mezzi e adottando le stesse misure in entrambi i casi. La Corte di Giustizia U.E., già con sentenza 21 settembre 1989, causa n. 68/88, Commissione c. Repubblica ellenica, impose agli Stati membri di equiparare la tutela degli interessi comunitari a quella dei propri interessi finanziari e di prevedere un dispositivo di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. A tal fine, occorre considerare che la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (oggi dell'Unione Europea) del 26 luglio 1995, definisce, all'art. 1, la portata dell'espressione frode comunitaria, distinguendo tra quella in materia di spese (tra cui l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni e documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse) e quella in materia di entrate (tra cui l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni e documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse). Poiché tra le fonti di approvvigionamento delle risorse finanziarie dell'U.E. rientra una certa percentuale dell'imposta sul valore aggiunto IVA riscossa dagli stati membri, appare evidente come ogni condotta diretta ad eludere il pagamento dell'IVA, oltre a generare un danno economico per gli introiti dello Stato, si ripercuote negativamente sulle finanze U.E., seppure in misura proporzionalmente inferiore.

Pertanto, la lesione degli interessi finanziari dell'U.E. in casi di frode in materia di IVA si manifesta come lesiva, sia in via diretta che indiretta, degli stessi interessi e le norme penali nazionali in materia di IVA riguardano l'imposta nel suo complesso e, quindi, sono idonee a tutelare anche la componente comunitaria.

Particolarmente significativa è la previsione contenuta all'art. 7 della citata Convenzione secondo cui «1. Gli Stati membri applicano, nel loro diritto penale interno, il principio *ne bis in idem*, in virtù del quale la persona che sia stata giudicata con provvedimento definitivo in uno Stato membro non può essere perseguita in un altro Stato membro per gli stessi fatti, purché la pena

eventualmente applicata sia stata eseguita, sia in fase di esecuzione o non possa essere più eseguita ai sensi della legislazione dello Stato che ha pronunciato la condanna». Tale disposto, mentre evidenzia la duplicità della lesione degli interessi finanziari dei singoli Stati e della U.E., conferma che la tutela dei suddetti interessi deve essere attuata mediante un sistema sanzionatorio che è esaustivo degli interventi repressivi, non solo all'interno dei confini nazionali, ma anche nella dimensione comunitaria. Vi è, dunque, una generale specialità delle previsioni penali tributarie in materia di frode fiscale, le quali, in quanto disciplinano condotte tipiche e si riferiscono ad un determinato settore di intervento della repressione penale, esauriscono la connessa pretesa punitiva dello Stato (e della Unione Europea).

Ciò che può rilevarsi è la inadeguatezza della disciplina del d.lgs. n. 74 del 2000 al fine di un contrasto alle frodi fiscali, soprattutto in considerazione della impossibilità di applicare la confisca per equivalente, prevista, invece, in relazione al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640-*quater* cod. pen.). Lacuna, peraltro, colmata a seguito della legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 143, (Legge Finanziaria 2008), il quale dispone che «Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater* e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-*ter* del codice penale», in tal modo le somme di denaro sottratte al pagamento dell'IVA dovuta costituiscono il profitto del reato, in ordine al quale è possibile la confisca per equivalente, con conseguente legittimità del sequestro preventivo, *ex art.* 321 cod. proc. pen., comma 2 (Sez. III, 26 maggio 2010, n. 25890, Molon, rv. 248058). Ulteriori interventi di contrasto contro il fenomeno delle frodi fiscali, in particolare contro le c.d. operazioni carosello, sono contenuti nel d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito con modificazioni in legge 22 maggio 2010, n. 73.

Proprio queste novelle legislative dimostrano ulteriormente che il sistema sanzionatorio in materia fiscale ha una spiccata specialità che lo caratterizza come un sistema chiuso e autosufficiente, all'interno del quale si esauriscono tutti i profili degli interventi repressivi, dettando tutte le sanzioni penali necessarie a reprimere condotte lesive o potenzialmente lesive dell'interesse erariale alla corretta percezione delle entrate fiscali.

4. Deve, pertanto, affermarsi il seguente principio di diritto: «i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sono speciali rispetto al delitto di truffa aggravata a danno dello Stato di cui all'art. 640, secondo comma, n. 1, cod. pen.».

5. Diverso discorso deve farsi con riferimento alle ipotesi in cui dalla condotta di frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni. In tali ipotesi è possibile il concorso fra il delitto di frode fiscale e quello di truffa (in tal senso, già Sez. U, n. 27 del 2000, cit.; nonché: Sez. 2, n. 40266 del 23/11/2006, Bellavita, Rv. 235593; Sez. 2, n. 42089 del 08/10/2009, Carrera, n.m; Sez. 3, n. 14866 del 17/03/2010, Lovison, Rv. 246968). Infatti, l'ulteriore evento di danno che il soggetto agente si rappresenta non inerisce al rapporto fiscale, con la conseguenza che se l'attività frodatrice sia diretta non solo a fini di evasione fiscale, ma anche a finalità ulteriori, non sussiste alcun problema di rapporto di specialità tra norme, perché una stessa condotta viene utilizzata per finalità diverse e viola diverse disposizioni di legge e non si esaurisce nell'ambito del quadro sanzionatorio delineato dalle norme fiscali, con la conseguenza della concorrente punibilità di più finalità diverse compresenti nell'azione criminosa.

Nel caso di specie, come risulta dalla stessa ordinanza impugnata, nessuna finalità e nessun vantaggio o danno extratributario risultano realizzati o perseguiti.

omissis

Lo studio del principio di specialità si colloca nell'ambito della problematica, di ben più ampia portata, del cosiddetto **concorso di norme** o **concorso** o **conflitto apparente di norme**, che appunto si verifica quando due o più

disposizioni di legge appaiono, almeno *prima facie*, tutte applicabili ad un medesimo fatto, mentre una soltanto deve essere effettivamente applicata.¹

La funzione del concorso di norme rispetto alla teoria del concorso di reati consiste, appunto, nel determinare quali siano, per qualità, le norme applicabili al caso di specie.²

Se sotto la vigenza del Codice Zanardelli, l'esigenza di fissare confini netti fra il concorso di norme ed il concorso di reati era meno sentita, posto che tale codice, all'art. 78, sanciva il **principio dell'assorbimento**, stabilendo che nel caso di concorso di reati doveva applicarsi soltanto la pena per il reato più grave, con l'entrata in vigore del Codice attuale - che, prima della novella del 1974, puniva il concorso formale con il cumulo materiale - si è posta l'esigenza equitativa di comprimere, dilatando la categoria del concorso apparente di norme, la rigida disciplina del concorso di reati.³

Nonostante il fenomeno del concorso di norme possa prospettarsi con riferimento a gruppi di disposizioni appartenenti ad ogni ramo dell'ordinamento, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è da sempre polarizzata sui rapporti tra norme incriminatrici speciali, al fine di accertare quale fra più figure criminose debba trovare concreta applicazione da parte del giudice.⁴

Nell'ambito del diritto penale sostanziale, situazioni di concorso apparente possono riscontrarsi fra disposizioni di ogni tipo: fra norme che disciplinano le circostanze, le cause di giustificazione, le cause di estinzione del reato e della pena⁵, nonché fra norme incriminatrici e norme di liceità⁶.

Anche il concorso apparente fra fattispecie penali e fattispecie sanzionatorie amministrative è risolto alla stregua del principio di specialità, come stabilito dall'art. 9 l. 689/1981.

Nell'individuare i criteri di soluzione al concorso di norme, le diverse posizioni dottrinali possono essere schematicamente ordinate secondo due orientamenti interpretativi: la c.d. **teoria monistica** (*rectius*, le teorie monistiche) e la c.d. **teoria pluralistica** (*rectius*, le teorie pluralistiche), oggi dominante.

La giurisprudenza, in prevalenza attestata sulla posizione monistica, in alcune pronunce ha riconosciuto, accanto al principio di specialità, il principio di **accessorietà** ed il principio di **consunzione o assorbimento**.⁷

Secondo i fautori della c.d. **teoria monistica**, il problema del concorso apparente di norme può trovare adeguata soluzione facendo ricorso al solo principio di specialità, ancorché integrato da alcuni correttivi⁸. In particolare, la dottrina ha ampliato la nozione tradizionale di specialità - che può definirsi di **specialità unilaterale astratta** - fino a ricomprendervi anche altre categorie, quali la **specialità concreta**, la **specialità bilaterale o reciproca**, la **specialità bilaterale per specificazione** e la **specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta** (per le relative nozioni, si veda *infra*, il § seguente).

I sostenitori delle c.d. **teorie pluralistiche** ritengono necessario, affinché sia data un'esauriente soluzione alla problematica del concorso di norme, affiancare al principio di specialità anche altri criteri. Le posizioni dei diversi Autori si presentano, tuttavia, estremamente variegata. Invero, v'è chi risolve la questione del concorso di norme facendo riferimento ai criteri di **specialità e consunzione**⁹; ai principi di **specialità e sussidiarietà**¹⁰; a tutti e tre i criteri di **specialità, sussidiarietà e consunzione**¹¹; ancora v'è, chi fa richiamo ai criteri di **specialità, accessorietà, consunzione e prevalenza**¹² o a quelli di **specialità, progressione e accessorietà**¹³.

¹ V., nella dottrina tradizionale: **Bricola**, *Il rapporto di alternatività tra la fattispecie di falso in copie autentiche previste dall'art. 478 c.p.*, RIDPP 1960, p. 563; **Delogu**, *Le norme penali congiunte*, ADPP, 1936, p. 521; **Finzi**, *Reati con azioni plurime*, GP 1933, II, 1645; **Frosali**, *cit.*, p. 501; **Santoro**, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, SP 1938, p. 341.

² Così, in dottrina, **Pagliari**, *Concorso di norme*, EdD, VIII, 1961, p. 546.

³ V., sul tema, **Conti**, *Concorso apparente di norme*, NsD, III, 1958, p. 1007.

⁴ Così, **Conti**, *op. ult. cit.*, p. 1009.

⁵ Così, **Conti**, *op. ult. cit.*, p. 1009.

⁶ **Pagliari**, *op. ult. cit.*, p. 550.

⁷ V., sul principio di consunzione o sussidiarietà, sez. V, 9 marzo 1981, n. 4093, Fontana, Rv. 148693; sez. I, ord. 18 novembre 1971, n. 2227/72, Del Piano, Rv. 120885; sez. III, 6 aprile 1964, n. 1176, Fasulo, Rv. 099127.

⁸ In dottrina, per tale tesi: **Antolisei**, *Manuale di diritto penale*, PtG, Milano, 2000, p. 116 e p. 147; **Battaglini G.**, *Diritto penale*, PtG, Padova, 1949, p. 478; **De Marsico**, *Diritto penale*, PtG, Napoli, 1969, p. 242; **Manzini**, *Trattato di diritto penale italiano, T II Dirimenti, aggravanti e attenuanti, tentativo, partecipazione, concorso di reati, recidiva*, (a cura di G. D. Pisapia), Torino, 1981, p. 626.

⁹ Così, **Pagliari**, *Principi di diritto penale*, PtG, Milano, 2003, p. 186.

¹⁰ Così, **Frosali**, *op. cit.*, p. 230; **Moro**, *op. cit.*, p. 36; **Sabatini**, *Istituzioni di diritto penale*, PtG, Catania, 1946, p. 106.

¹¹ Così, **Bettiol**, *Diritto penale*, PtG, Padova, 1986, p. 648; **Fiandaca-Musco**, *Diritto penale*, PtG, Bologna, 2009, p. 383; **Grispigni**, *Diritto penale italiano, T I, Introduzione e parte prima: le norme penali sinteticamente considerate*, Milano, 1952, p. 416; **Musotto**, *Corso di diritto penale*, PtG, Palermo, 1964, p. 75; **Pannain**, *Manuale di diritto penale*, PtG, Torino, 1967, p. 223; **Spiezia**, *Il reato progressivo*, Torino, 1937, p. 51.

¹² Così, **Cavallo**, *Diritto penale*, PtG, I: *L'essenza del diritto penale*, Napoli, 1962, p. 298.

¹³ Così, **Piacenza**, *Rilievi e proposte sui rapporti tra concorso di reati e concorso apparente di norme*, GP 1947, II, p. 129.

I presupposti del principio di specialità - e, dunque, anche del concorso di norme - sono la **pluralità di norme** e l'**identità del fatto** (la "stessa materia")¹⁴.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, il concorso di norme può realizzarsi soltanto con riguardo a **norme eterogenee**, mentre non ha alcun senso ipotizzare il concorso di una norma con se stessa¹⁵.

L'opinione opposta¹⁶ si fonda su di un'eccessiva dilatazione dell'istituto del concorso di norme, che viene ad assorbire totalmente il concorso di reati, con ciò abbracciando anche problematiche ad esso connesse¹⁷. In merito alle c.d. *norme a più fattispecie* non può neanche astrattamente prospettarsi il problema del concorso di una norma con se stessa, trattandosi di norme che, pur essendo connotate da una pluralità di espressioni verbali, si mostrano come unitarie; diversamente, nel caso di *disposizioni a più norme*, il problema del concorso si pone come in ogni altro caso¹⁸.

Sull'interpretazione del concetto di **stessa materia** si riscontrano posizioni ermeneutiche diversificate.

Secondo taluni Autori e la giurisprudenza maggioritaria, il concetto di stessa materia fa riferimento alla **medesima situazione di fatto** intesa in senso naturalistico, sussumibile, a prima vista, sotto più norme, sì che potrebbe essere disciplinata da una qualsiasi di esse, se tutte le altre mancassero¹⁹. Il concorso di norme richiede, oltre ad una pluralità di norme, anche la loro convergenza verso il medesimo fatto naturale, cioè, presuppone che gli accadimenti storici, che possono riportarsi al contenuto delle norme in questione, coincidano sul piano naturale, nel senso che l'uno sia interamente contenuto nell'altro, così da dare luogo alla c.d. **unità naturale**²⁰.

Il supremo Collegio ha precisato come la valutazione sul punto debba essere effettuata in astratto sulla scorta della previsione normativa, verificando che nell'una fattispecie siano contenuti tutti gli elementi costitutivi più un elemento specializzante²¹. La comparazione fra le fattispecie incriminatrici deve essere compiuta esaminando la struttura della condotta, valutando gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi, individuando attorno ad un nucleo comune uno o più dati specializzanti che rendono speciale la disposizione rispetto a quella generale: si tratta dunque di verificare l'esistenza di una relazione di natura essenzialmente logico-strutturale fra le norme.

Secondo le prevalenti dottrina e giurisprudenza, avallate dalla Relazione al Progetto definitivo del codice penale²² si può parlare di stessa materia soltanto qualora le norme in rapporto di genere a specie siano dettate per la tutela dello **stesso bene giuridico** o comunque di **beni giuridici omogenei**, di talché il rapporto di specialità può configurarsi soltanto fra norme imperniate su di una medesima o omogenea oggettività giuridica²³.

La giurisprudenza richiede, oltre al rapporto di *genus a species* fra le fattispecie (cd. **specialità unilaterale per specificazione**), l'identità del bene giuridico tutelato²⁴.

Contro tale rigida posizione ermeneutica si obietta che la Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 12) ammette che più leggi possano regolare la stessa materia anche se "*non abbiano uno stesso oggetto giuridico*"; che comunque la tesi restrittiva è priva di fondamento testuale; comporta apprezzamenti di valore - al fine di individuare l'oggettività giuridica sottostante la norma - del tutto estranei al principio di specialità, che opera su di un piano strettamente logico-formale; infine, dà luogo a conseguenze applicative assurde, portando, ad esempio, a ritenere sussistente il concorso fra i reati di ingiuria e oltraggio, o fra i reati di violenza privata e violenza a pubblico ufficiale, in cui tradizionalmente si configura una relazione di specialità²⁵.

Nell'ottica di temperare la rigidità dell'impostazione prevalente, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno precisato come nelle precedenti pronunce di legittimità la natura del bene giuridico protetto non sia mai stata assunta quale unico presupposto per l'operare del principio di specialità, ma come essa sia sempre stata valutata unitariamente agli aspetti comportamentali - oggettivi e soggettivi - della fattispecie, assegnando preminenza a questi ultimi, ed hanno altresì rimarcato come il riferimento all'identità o diversità dei beni tutelati possa dare adito a dubbi in caso di reati

¹⁴ In tal senso, **Mantovani**, Diritto penale, PtG, Padova, 2009, p. 446; **Pagliari**, *op. cit.*, p. 185.

¹⁵ Così, in dottrina: **Mantovani**, *op. ult. cit.*, p. 446; **Pagliari**, *Concorso di norme*, EdD, *cit.*, p. 546; in giurisprudenza, v.: **sez. II, 26 aprile 1989, n. 7613/90, Olivieri, Rv. 184490; Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 23427, P.M. in proc. Ndiaye, Rv. 218771 - v. allegato 2.**

¹⁶ Sostenuta da **Frosali**, *op. cit.*, p. 520.

¹⁷ V., **Pagliari**, *op. ult. cit.*, p. 546.

¹⁸ V., **Pagliari**, *op. ult. cit.*, p. 546.

¹⁹ In dottrina, **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 507; **Moro**, *op. cit.*, p. 55; **Pannain**, *op. cit.*, p. 162. In giurisprudenza, **Sez. Un., 28 novembre 1981, n. 420/82, Emiliani, Rv. 151618; sez. III, 9 dicembre 1981, n. 5669/82, Sigali, Rv. 154129; sez. V, 9 aprile 1999, n. 7192, PG in proc. Sorgente M., Rv. 213695.**

²⁰ Così, **Pagliari**, *op. ult. cit.*, p. 549.

²¹ V., sul punto, **sez. V, 9 aprile 1999, Sorgente, cit.; **sez. VI, 26 maggio 1998, n. 7516, Izzo, Rv. 211250.****

²² V., *Rel. Prog. def. cod. pen. I*, p. 131.

²³ **Bettiol**, *op. cit.*, p. 482; **Sabatini**, *op. cit.*, p. 101; **Spiezia**, *op. cit.*, p. 51; *contra*, nel senso che il concorso apparente di norme presuppone un medesimo fatto: **sez. II, 10 dicembre 1982, n. 6861/83, Finelli, Rv. 160008; Sez. Un., 28 novembre 1981, Emiliani, cit.**

²⁴ V., in tal senso, per tutte: **Sez. Un., 21 aprile 1995, n. 9568, La Spina, Rv. 202011; Sez. Un., 7 febbraio 1981, n. 6713, Santamaria, Rv. 149667.**

²⁵ V., per tali obiezioni: **Antolisei**, *op. cit.*, p. 155; **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 505; **Mantovani**, *op. cit.*, p. 449.

plurioffensivi ²⁶. In alcune pronunce, la Corte ha riconosciuto il principio di specialità anche nel caso in cui fra i beni giuridici tutelati intercorra un **rapporto di omogeneità**, cioè qualora fra gli stessi esista un rapporto analogo a quello sussistente fra le fattispecie, così che resti assorbito il bene generico in quello specifico o il bene minore in quello omogeneo più comprensivo ²⁷.

Un autorevole Autore individua il presupposto del principio di specialità nella **convergenza di più norme su di un "medesimo fatto giuridico"**, inteso come "fatto capace di effetti giuridici" ad opera delle relative fattispecie ²⁸.

Altra parte della dottrina ritiene, ancora, che il concetto di "stessa materia" consenta di abbracciare nell'ambito del principio di specialità non soltanto il caso di un medesimo fatto contemplato da più norme incriminatrici, ma anche quello in cui un medesimo fatto concreto sia riconducibile a due o più figure criminose, se pur fra le medesime non sia configurabile in astratto alcun rapporto di genere a specie. Si parla a tale proposito di **specialità in concreto** - altrimenti detta **specialità lato sensu** - che si realizza quando il fatto sia riconducibile a più figure criminose, anche indipendentemente dall'esistenza in astratto, tra le singole fattispecie incriminatrici, di quella relazione di genere a specie.

Tale situazione è, ad esempio, riscontrabile nel rapporto fra il millantato credito e la truffa, laddove, pur mancando un rapporto di specialità in astratto, tuttavia può realizzarsi in concreto una relazione di interferenza fra le fattispecie, qualora la truffa sia commessa millantando credito ²⁹.

In presenza di tale rapporto fra norme, quella che più specificamente ne esprime il contenuto ha caratteristiche tali da assorbire in sé interamente il disvalore sociale del fatto stesso, tanto che, laddove se ne ritenesse il concorso, verrebbe violato il principio del *ne bis in idem* ³⁰.

A tale concezione si obietta che il richiamo al criterio dell'assorbimento della fattispecie meno grave nella fattispecie più grave - che normalmente conduce ad applicare la norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo - viene ad introdurre un criterio di valore del tutto estraneo al principio di specialità, che si caratterizza come un rapporto di tipo logico-formale fra fattispecie ³¹.

Taluni Autori individuano nella locuzione "stessa materia" il comportamento concretamente tenuto dall'agente, formula che consente di abbracciare nell'ambito del principio di specialità anche le c.d. ipotesi di **specialità reciproca** o **bilaterale**, che si realizzano allorché nessuna norma sia speciale o generale, ma ciascuna sia allo stesso tempo tale, presentando, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specializzanti ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra ³².

Se la relazione di specialità unilaterale può essere graficamente rappresentata da due cerchi concentrici, la relazione di specialità bilaterale può essere raffigurata da due cerchi intersecantesi ³³. Un tipico esempio di specialità bilaterale viene individuato nella relazione che v'è fra le ipotesi di aggio comune e di aggio societario, laddove, oltre ad alcuni elementi comuni, il primo reato richiede il dolo specifico (consistente nel "turbare il mercato interno"), mentre il secondo reato è punito a titolo di dolo generico; nel contempo, il primo è un reato comune (potendo essere commesso da chiunque), mentre il secondo richiede una specifica qualifica soggettiva dell'agente (quella di "amministratore, ecc.") ³⁴.

Ancora, il rapporto di specialità bilaterale viene riscontrato tra i reati di cui agli artt. 336 e 337 - che puniscono i delitti di violenza e resistenza a p.u. - ed il reato previsto dall'art. 186 c.p.m.p. - che punisce il delitto di insubordinazione con violenza - in quanto, rispetto al nucleo centrale comune, le fattispecie di cui alle prime norme presentano l'elemento specializzante del dolo specifico, mentre l'ultima fattispecie prevede l'elemento specializzante della qualifica del soggetto attivo di militare inferiore gerarchico al soggetto passivo di un rapporto di supremazia speciale ³⁵. A tale tesi viene mossa la medesima obiezione già elevata in merito alla specialità in concreto; si osserva infatti che fra i criteri proposti al fine di risolvere i casi di specialità reciproca viene indicato quello del trattamento sanzionatorio più severo che, in quanto criterio di valore, risulta del tutto avulso dalla natura della relazione di specialità ³⁶.

²⁶ V., Sez. Un., 9 maggio 2001, P.M. in proc. Ndiaye, cit..

²⁷ V., in termini: sez. V, 16 gennaio 1986, n. 2817, D'Amato, Rv. 172413; sez. V, 21 ottobre 1981, n. 435/82, Bole, Rv. 151634; sez. V, 14 ottobre 1999, n. 13349, Ghezzi, Rv. 215043.

²⁸ Così, Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 427.

²⁹ Così, Antolisei, *op. cit.*, p. 155; Conti, *op. cit.*, p. 1013; Petrone, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, RIDPP 1963, p. 160; Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, p. 115. In giurisprudenza, sez. VI, 27 gennaio 1975, n. 5679, Vincon, Rv. 130094.

³⁰ In tal senso, Conti, *op. cit.*, p. 1014.

³¹ In questi termini, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, p. 506.

³² Così, in dottrina, G.A. De Francesco, *Lex specialis - Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 59; Lozzi, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 82; Mantovani, *Diritto penale, PtG, op. cit.*, p. 447; Siniscalco, *op. cit.*, p. 117.

³³ Per questa efficace immagine, Grispigni, *op. cit.*, p. 419; Mantovani, *Diritto penale, PtG, op. cit.*, p. 447.

³⁴ Così, Mantovani, *Diritto penale, PtG, op. cit.*, p. 447.

³⁵ V., Sez. Un., ord. 24 aprile 1976, n. 10, Cadinu, Rv. 133367.

³⁶ Così, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, p. 507.

Infine, v'è chi ritiene che l'espressione "stessa materia" coincida con un dato puramente normativo, da accertare tramite un'indagine strutturale fra fattispecie astratte, mediante il confronto immediato e diretto tra i singoli elementi costitutivi delle fattispecie, così da individuare gli esatti confini tra le contrapposte sfere del concorso apparente e del concorso reale di fattispecie penali³⁷.

Accanto ai casi di specialità unilaterale, si individuano la **specialità bilaterale per specificazione**, che si realizza quando gli elementi delle due fattispecie sono in rapporto di *genus ad speciem*, ancorché le stesse siano per alcuni elementi generiche e per altri elementi specifiche, e la **specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta**, che si riscontra qualora l'elemento ulteriore presente in una sola delle fattispecie non può essere confrontato e definito diverso da alcun altro elemento dell'altra fattispecie, per il semplice fatto che quest'ultima non possiede un elemento che sia a sua volta ulteriore rispetto alla norma per prima considerata³⁸.

Si è già detto che i sostenitori delle c.d. **teorie pluralistiche** ritengono che il solo principio di specialità non sia sufficiente ad offrire una completa soluzione a tutti i casi di concorso di norme. I principali criteri elaborati dalla dottrina, ed in taluni casi riconosciuti anche dalla giurisprudenza, sono il principio di accessorialità ed il principio di consunzione o di assorbimento. Deve essere preliminarmente avvertito che in dottrina non si registrano definizioni univoche dei criteri predetti, riconoscendosi spesso all'un principio i caratteri dell'altro. Inoltre, non mancano pronunce giurisdizionali nelle quali i termini di sussidiarietà e consunzione vengono ritenuti equivalenti³⁹.

Il **principio di sussidiarietà** trova applicazione fra norme che tutelano stadi o gradi diversi di offesa ad uno stesso bene giuridico, così che la norma che tutela l'identico interesse giuridico ad un livello superiore può dirsi esaurire l'intero disvalore del fatto ed è destinata a prevalere sulle altre, secondo il brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*⁴⁰. Si distinguono le ipotesi di **accessorialità espressa**, fondate sulle clausole di riserva con le quali il legislatore ha esplicitato la norma da applicare nel caso di concorso, e le ipotesi di **accessorialità tacita**, che si realizzano laddove l'interesse protetto da una norma accentra in sé l'intero disvalore sociale del fatto⁴¹. E' evidente che l'applicazione dell'ultimo criterio non può che fondarsi sulla valutazione affidata all'esercizio responsabile del potere giurisdizionale⁴².

Secondo una parte della dottrina il **rapporto di consunzione**, altrimenti detto principio **dell'assorbimento** o del **ne bis in idem sostanziale** - alla stregua del quale *lex consumens derogat legi consumptae* - si realizza quando il fatto previsto da una norma è compreso nel fatto previsto da un'altra, di tal ché deve trovare applicazione la norma di più ampia portata, da ritenersi tale per la natura del bene tutelato o per i mezzi usati e gli effetti prodotti ovvero per la posizione delle disposizioni, l'una delle quali assuma come elemento costitutivo o circostanza aggravante il fatto previsto dall'altra⁴³.

Diversa parte della dottrina ritiene che il rapporto di consunzione sia configurabile in tutti i casi in cui la realizzazione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, anche la commissione di un secondo reato, che, ad una valutazione normativo-sociale, appare assorbito nel primo, in quanto esaurisce il significato antigiuridico del fatto, con la conseguenza che, fra più norme concorrenti, troverà applicazione quella che commina il trattamento sanzionatorio più grave⁴⁴.

Diversamente dal principio di specialità, che si fonda su di una relazione logico-formale fra le norme e presuppone la c.d. **unità naturale** - cioè la convergenza verso la medesima situazione di fatto - il criterio di consunzione si basa essenzialmente su di un giudizio di valore e presuppone la c.d. **unità normativa**, *id est* una situazione in cui una delle norme concorrenti esaurisca, con la sua valutazione dell'accadimento, l'intero significato delittuoso di esso, così che applicare le plurime norme contrasterebbe con il principio elementare del *ne bis in idem* nella sua espressione sostanziale⁴⁵. Secondo i sostenitori di tale tesi, il principio di consunzione trova riconoscimento legislativo nello stesso art. 15 cod. pen. che, se, da un lato, sancisce il principio di specialità, dall'altro lato, ne ammette delle deroghe a favore della norma che prevede il reato più grave, sicché tale principio deve ritenersi avere validità *a fortiori* anche quando tale deroga non sia espressamente stabilita dal legislatore⁴⁶. Le norme legate dal rapporto di consunzione perseguono scopi per loro natura omogenei, senza che, tuttavia, tale rapporto di omogeneità si risolva nell'identità del bene giuridico, che costituisce soltanto il nucleo dello scopo della norma⁴⁷. Si distinguono le ipotesi di

³⁷ Tesi sostenuta da **G.A. De Francesco**, *op. cit.*, p. 41.

³⁸ Così, **G.A. De Francesco**, *op. cit.*, p. 57; **Padovani**, *Diritto, penale*, Milano, 2008, p. 492.

³⁹ V., in termini, **sez. V, 9 marzo 1981, n. 4093, Fontana, Rv. 148693**.

⁴⁰ In dottrina: **Bettiol**, *op. cit.*, p. 484; **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 508; **Grispigni**, *op. cit.*, p. 419; **Moro**, *op. cit.*, p. 85.

⁴¹ Così, **Moro**, *op. cit.*, p. 85.

⁴² V., **Moro**, *op. cit.*, p. 85.

⁴³ Così, **Grispigni**, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁴ V., in termini, **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 508; **Pagliari**, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, IP 1976, p. 217.

⁴⁵ In dottrina, **Moro**, *op. cit.*, p. 61; **Pagliari**, *Concorso di norme*, *op. cit.*, p. 547; **Pagliari**, *op. cit.*, PtG, p. 186; **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 509.

⁴⁶ Così, **Pagliari**, *Concorso di norme*, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁷ In termini, **Pagliari**, *Concorso di norme*, *op. cit.*, p. 549.

consunzione espressa, in cui il legislatore esplicitamente dichiara l'applicabilità esclusiva della disposizione che prevede il trattamento penale più severo, e le ipotesi di **consunzione tacita**, in cui la determinazione di tale rapporto è frutto di un'operazione interpretativa⁴⁸.

Secondo la giurisprudenza, la consunzione (o sussidiarietà) si ha quando per identità, se non del preciso bene giuridico tutelato, degli scopi prevalenti perseguiti dalle norme concorrenti, lo scopo della norma che prevede un reato minore sia chiaramente assorbito da quello relativo ad un reato più grave, il quale esaurisca l'intero disvalore del fatto ed assorba l'interesse tutelato dall'altro, sicché appaia con evidenza inammissibile la duplicità di tutela e di sanzione in relazione al principio di proporzione tra fatto illecito e pena, che ispira il nostro ordinamento⁴⁹. Si osserva infatti che il criterio di specialità non è suscettibile di assorbire tutte le situazioni di concorso apparente, di talché è necessario fare ricorso ai criteri non espressamente codificati, ma conformi all'interpretazione sistematica, della sussidiarietà e della consunzione o, usando un'espressione più usuale nella prassi, dell'assorbimento. Diversamente verrebbe ad essere addebitato più volte un accadimento unitariamente valutato dal punto di vista normativo, in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale posto a fondamento degli artt. 15, 68 e 84⁵⁰.

La Suprema Corte ha tuttavia precisato che alle fattispecie regolate dal criterio dell'assorbimento non è applicabile l'art. 2, comma terzo, cod. pen. che presuppone l'identità del fatto (quantomeno negli elementi essenziali) astrattamente regolato da leggi diverse, cosicché l'abrogazione della disposizione di legge assorbente determina ai sensi del secondo comma una *abolitio criminis* e non un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo⁵¹.

Vengono tradizionalmente ricondotti al principio di consunzione le figure del reato complesso (art. 84 cod. pen.), del reato progressivo, dell'antefatto e del postfatto non punibili⁵².

Si definisce **reato progressivo** o **progressione criminosa** il fenomeno del contestuale susseguirsi di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene giuridico⁵³.

In merito all'inquadramento giuridico della fattispecie *de qua* si distinguono posizioni varieguate. Secondo taluni Autori il reato progressivo si inquadra come un'**ipotesi di specialità**, ancorché intesa in senso lato⁵⁴.

Secondo altri, il reato progressivo costituisce un'applicazione del principio di consunzione, in quanto le più azioni naturalistiche in cui si articola appaiono riconducibili, secondo una **valutazione normativo-sociale**, ad un'azione giuridicamente unitaria, così da risultare assorbite in quella più grave⁵⁵. Su questa scia, la giurisprudenza ha affermato che la configurazione giuridica del reato progressivo è caratterizzata dall'inclusione o continenza di un reato meno grave in uno più grave, violatore dello stesso bene giuridico o di un bene di maggiore importanza. In tali casi, l'assorbimento del reato minore in quello maggiore, pur non essendo espressamente stabilito dalla legge, è una derivazione necessaria del canone generale del *ne bis in idem*, cioè della regola per cui un fatto non può essere posto più volte a carico della stessa persona⁵⁶.

Taluno ritiene che, nel caso di reato progressivo, l'assorbimento di una disposizione nell'altra sia frutto dell'**applicazione di entrambi i principi di specialità e consunzione**⁵⁷.

Altra dottrina sostiene che il reato progressivo si pone a metà strada fra il concorso di norme (potendo realizzarsi soltanto fra norme in rapporto di specialità o specialità bilaterale), ed il concorso di reati (essendo connotato da successive risoluzioni criminose) e deve essere risolto, nel silenzio della legge, mediante l'**applicazione analogica del concorso apparente di norme**, stante l'identità di *ratio* ed evidenti ragioni di giustizia⁵⁸.

Infine, la prevalente giurisprudenza, condivisa anche da una parte della dottrina⁵⁹, assimila il reato progressivo al **reato complesso**.

⁴⁸ Ancora, **Pagliari**, *Concorso di norme*, op. cit., p. 553.

⁴⁹ In tal senso: **Sez. V, 5 maggio 1981, Fontana**, cit.; **sez. VI, 24 settembre 2001, n. 41928, PM in proc. Tammerle, Rv. 220200**.

⁵⁰ Così, **Sez. Un., 9 maggio 2001, PM in proc. Ndiaye**, cit.

⁵¹ Pronuncia a seguito dell'abolizione del reato di oltraggio a p.u. con legge n.205 del 1999, **sez. V, 14 ottobre 1999, Ghezzi**, cit.

⁵² Così, **Grispigni**, op. cit., p. 418; **Pagliari**, *Concorso di norme*, op. cit., p. 552.

⁵³ In dottrina, sull'argomento: **Antolisei**, op. cit., p. 511; **Del Rosso**, *Spunti problematici in tema di reato progressivo e progressione criminosa*, RIDPP 1976, p. 623; **Ranieri**, *La progressione criminosa ancora una volta riconosciuta dalla giurisprudenza*, SP 1964, p. 486; **B. Romano**, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, p. 242; **Vassalli**, *Progressione criminosa e reato progressivo*, EdD, XXXVI, 1987, p. 1150. In giurisprudenza, v. **sez. V, 7 dicembre 1989, n. 3909/90, Iret Elmar, Rv. 183780**; **sez. I, 4 ottobre 1978, n. 16209, Pannisco, Rv. 140675**.

⁵⁴ Così, **Conti**, op. cit., p. 1017.

⁵⁵ Così, **Fiandaca-Musco**, op. cit., p. 511; **Ranieri**, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942, p. 14.

⁵⁶ V., **sez. I, 9 gennaio 1974, n. 10097, Acquaviva, Rv. 128865**.

⁵⁷ Così, **Pagliari**, *Concorso di norme*, cit., p. 552.

⁵⁸ In tal senso, **Mantovani**, op. cit., PtG, p. 468.

⁵⁹ V., **Antolisei**, op. cit., p. 511; in giurisprudenza, **sez. V, 19 febbraio 1980, n. 5596, Menozzi, Rv. 145184**; **sez. V, 13 dicembre 2000, n. 649/01, Notaro, Rv. 218853**.

Si definiscono **antefatto** e **postfatto non punibili** i reati meno gravi che costituiscono, secondo l'*id quod plerumque accidit*, rispettivamente il *mezzo ordinario di realizzazione* di un reato più grave ovvero l'*ordinaria conclusione* di un precedente reato più grave⁶⁰.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, l'antefatto ed il postfatto non sono punibili in quanto semplici applicazioni del principio di consunzione, dal momento che l'intero disvalore normativo del reato meno grave risulta assorbito in quello più grave⁶¹.

Altra parte della dottrina esclude, invece, che in tali ipotesi possa trovare applicazione il principio dell'assorbimento, poiché, salva un'espressa *voluntas legis*, deve valere il principio generale della **pluralità di reati**⁶².

La Suprema Corte non ha, peraltro, mancato di esprimere il proprio giudizio sulla affidabilità di criteri di valore quali quelli fondanti i principi di consunzione ed assorbimento. Con una importante decisione resa a Sezioni Unite (**Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, Rv. 232302**), il Supremo Collegio, dopo aver ritenuto configurabile il concorso tra il reato di ricettazione (art. 648 cod. pen.) e quello di commercio abusivo di prodotti audiovisivi abusivamente riprodotti (art. 171-ter Legge 22 aprile 1941, n. 633) "quando l'agente, oltre ad acquistare supporti audiovisivi fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali, li detenga a fine di commercializzazione", ha avuto modo di soffermarsi sui criteri applicati dalla dottrina e dalla dottrina per risolvere il problema del concorso di norme. La Corte, in particolare, dopo aver ricordato come «secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, anche nel caso di diversità strutturale delle fattispecie, il rapporto di consunzione o di assorbimento, cui alluderebbe l'ultimo inciso dell'art. 15 c.p. quale applicazione sostanziale del principio processuale del *ne bis in idem*, richiederebbe di considerare solo apparente il concorso tra due norme relative a un medesimo quadro di vita sociale, quando la commissione di un reato comporti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, anche la commissione dell'altro e una delle fattispecie esaurisca compiutamente l'intero disvalore del fatto». Facendo applicazione di tale tesi, secondo il Collegio «il concorso dovrebbe escludersi non solo quando la commissione di un reato comporti necessariamente la consumazione anche dell'altro, ma altresì quando sia solo ricorrente la consumazione di entrambi i reati in un contesto sociale unitario».

Tuttavia – osservano le Sezioni Unite - «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. 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...Inoltre – aggiunge la Corte - 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». Da ciò ne discende, dunque, per le Sezioni Unite che «un'esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento "all'ordinamento penale complessivamente considerato", perché un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili. È vero che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie. Ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un'attività interpretativa, che costringe nell'ambito degli elementi strutturali delle fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura delle fattispecie».

E', quindi, evidente la scelta delle Sezioni Unite, orientata nel senso di ripudiare i criteri di consunzione ed assorbimento, perché contrari allo stesso principio di legalità, preferendo agli stessi l'unico criterio normativo esistente, quello di specialità, sancito dall'art. 15 cod. pen. in applicazione del quale devono essere risolti i casi dubbi di concorso di norme.

Deve, tuttavia, ricordarsi che le Sezioni Unite della Corte, in altra importante decisione, occupandosi ancora una volta dell'individuazione del criterio solutorio in caso di concorso di reati, ebbero a ritenere utilizzabile il criterio della consunzione od assorbimento.

La Corte, in tale occasione, ebbe però a precisare che tale criterio fondato su giudizi di valore, cui si ricorre onde evitare che venga pregiudicata la fondamentale esigenza di determinatezza in campo penale, postula che la considerazione abbinata delle vicende tipiche sia resa oggettivamente evidente e detta risultanza non può che essere individuata nella maggiore significatività della sanzione inflitta per il reato consumante o assorbente. Quando invece sia più grave la pena sancita per quello che andrebbe assorbito, la consunzione va negata, dovendosi ravvisare un intento di

⁶⁰ In dottrina, v. **Dean**, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, p. 38; **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 511; **Musotto**, *op. cit.*, p. 81; **Pagliaro**, *op. cit.*, PtG, p. 197.

⁶¹ In dottrina: **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 511; **Pagliaro**, *Concorso di norme*, cit., p. 52. In giurisprudenza, **sull'antefatto**: sez. V, 22 novembre 1974, n. 2709/75, **Haselrieder**, Rv. 129454; sez. I, 18 ottobre 1971, n. 2584/72, **Bartoli**, Rv. 120845; **sul postfatto**: sez. VI, 14 maggio 2003, n. 37016, **Mora**, Rv. 227004; sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26177, **Vassura e altro**, Rv. 244356.

⁶² In dottrina, v.: **Antolisei**, *op. cit.*, PtG, p. 515; **Mantovani**, *op. cit.*, PtG, p. 470; **Padovani**, *op. cit.*, p. 511.

consentire, attraverso un effettivo autonomo apprezzamento del disvalore delle ipotesi criminose, il regime del concorso dei reati. Invero, *l'aver sottoposto a più benevolo trattamento il fatto/reato che potrebbe per la sua struttura essere assorbente, sta a dimostrare che della fattispecie eventualmente assorbibile non si è tenuto conto*: pertanto la norma che la punisce è applicabile in concorso con l'altra, senza incorrere in duplicità di addebito (**Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 23427, P.M. in proc. Ndiaye, Rv. 218771 – v. allegato 2**).

L'individuazione della norma prevalente dipende evidentemente dal criterio adottato per risolvere il concorso di norme.

Nel caso di **specialità c.d. unilaterale astratta**, la norma prevalente si presenta di agevole identificazione, in virtù del disposto *lex specialis derogat generali*. La preminenza viene stabilita in favore della norma la cui fattispecie si adatta meglio alla situazione concreta⁶³. La norma speciale può essere facilmente riconosciuta, posto che tutti i casi da essa contemplati comporterebbero, in sua mancanza, l'applicazione della norma generale⁶⁴.

Nell'ipotesi di **specialità in concreto o *latu sensu***, la dottrina suggerisce di applicare la norma che presenti il carattere di maggiore aderenza al caso concreto e, laddove tale criterio non consenta la determinazione della norma che meglio lo qualifica, la fattispecie per cui è comminata la pena più grave. Tale ultima soluzione, da un lato, è suggerita dal frequente ricorso da parte del legislatore alle c.d. **formule di riserva**, che assegnano in genere prevalenza alla norma incriminatrice più grave, dall'altro lato, non dà luogo ad analogia *in malam partem*, poiché, se di analogia deve parlarsi, si tratta di analogia *in bonam partem*, visto che con essa si perviene al risultato di escludere il concorso di reati, attribuendo rilievo ad uno solo degli illeciti, ancorché al più grave⁶⁵.

Nel caso di **specialità reciproca o bilaterale**, il concorso di norme può essere risolto attraverso le clausole di riserva, quando esistano, ovvero assegnando prevalenza alla norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo, il cui disvalore assorbe quello della norma meno grave⁶⁶. Altro Autore ritiene che la norma prevalente possa essere individuata, fra norme contenute in corpi legislativi diversi, mediante il principio della specialità fra leggi e, fra norme appartenenti alla medesima legge, assegnando rilievo alla specificità del soggetto attivo ovvero, laddove si tratti di norme con soggetto attivo generico, applicando la norma che presenti maggiore specificità secondo una valutazione quantitativa degli elementi specializzanti⁶⁷. Secondo la giurisprudenza, nei casi di specialità bilaterale o reciproca, l'individuazione della norma applicabile va operata con riferimento al criterio di maggiore specialità, per il quale in presenza di elementi specializzanti bilaterali deve essere attribuita la prevalenza a quello che sia più conforme e idoneo alle esigenze di tutela della fattispecie in raffronto⁶⁸.

Nel caso in cui fra più norme concorrenti sussista un rapporto di **consunzione**, la norma prevalente si individua normalmente in quella che commina il trattamento penale più severo, tale dunque da esaurire l'intero disvalore del fatto, ovvero, nelle ipotesi in cui tale criterio non sia sufficiente, operando una comparazione del rango e della qualità dei beni tutelati.⁶⁹

Allo stesso modo, nel caso in cui sussista un rapporto di **accessorietà** fra le norme, l'interesse assorbente e, quindi, la norma prevalente non possono non essere rivelati che dal trattamento sanzionatorio più severo⁷⁰.

Per completezza, infine, si segnala la problematica dell'inquadramento delle clausole di riserva, cui la norma in argomento fa espresso richiamo con la formula di chiusura "salvo che non sia altrimenti stabilito".

Le clausole di riserva consistono in particolari **formule di rinvio** da una norma incriminatrice ad altre disposizioni. Si distinguono le *clausole di riserva determinate* - qualora il rinvio sia specifico ("fuori dai casi preveduti da un determinato articolo") - le *clausole di riserva relativamente indeterminate* - nel caso di richiamo parzialmente generico ("fuori dei casi previsti da particolari disposizioni di legge"; "se il fatto non costituisce più grave reato") - e le *clausole di riserva assolutamente indeterminate* - laddove il rinvio sia assolutamente generico ("se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge")⁷¹. La clausola di riserva assolve alla funzione di disciplina del concorso tra la disposizione di rinvio e la disposizione di riferimento: in tanto può operare in quanto si siano realizzati gli estremi dell'una e dell'altra fattispecie⁷².

Secondo parte della dottrina, la formula di chiusura *de qua* costituisce il fondamento espresso del **principio di consunzione**, fatto espressamente valere dal legislatore attraverso la dichiarazione di applicabilità esclusiva della disposizione che prevede il trattamento penale più severo⁷³. Invero, la previsione di una deroga espressa al principio di specialità presuppone logicamente il riconoscimento di un altro principio in base al quale risolvere il concorso di norme,

⁶³ In dottrina, v. **Pagliari**, *op. cit.*, p. 547.

⁶⁴ V., in giurisprudenza, tra le tante: **sez. II, 8 giugno 1983, n. 10275, Colucci, Rv. 161481**.

⁶⁵ Così, **Conti**, *op. cit.*, p. 1015.

⁶⁶ In tal senso, **Mantovani**, *op. cit.*, PtG, p. 458.

⁶⁷ E' quanto sostiene **G.A. De Francesco**, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁸ V., **Sez. Un., 30 aprile 1976, Cadinu, cit.**

⁶⁹ In tal senso, **Fiandaca-Musco**, *op. cit.*, p. 510.

⁷⁰ Così, **Mantovani**, *op. cit.*, PtG, p. 450.

⁷¹ V., in dottrina, **G.A. De Francesco**, *op. cit.*, p. 140.

⁷² V., in dottrina, **G.A. De Francesco**, *op. cit.*, p. 141.

⁷³ In termini, **Pagliari**, *op. cit.*, p. 548.

determinano integralmente qualora, invece, la recidiva stessa non sia stata esclusa, per essere stata ritenuta sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità'. (Fattispecie relativa ad istanza di cosiddetto "patteggiamento allargato") V. sez. II, 19 gennaio 2004 n. 11342, non massimata. (rv 247839)

Ai fini dell'interdizione al cosiddetto "patteggiamento allargato" nei confronti di coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, cod. pen., non occorre una pregressa dichiarazione giudiziale della recidiva che, al pari di ogni altra circostanza aggravante, non viene "dichiarata", ma può solo essere ritenuta e applicata ai reati in relazione ai quali è contestata. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la testuale disposizione dall'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen., la quale fa riferimento a "coloro che siano stati dichiarati recidivi", è tecnicamente imprecisa ed è stata utilizzata dal legislatore per motivi di uniformità lessicale, in quanto riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di specifici "status", come quelli di delinquente abituale, professionale e per tendenza, richiedono un'apposita dichiarazione espressamente prevista e disciplinata dalla legge). (rv 247840)

Omissis

13. Si deve rilevare, innanzi tutto, come in realtà sulla questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite ("se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice") non sussista un reale conflitto interpretativo.

Ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento "allargato" posta dall'art. 444, comma 1 bis, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione e più su indicate, non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanto a quell'altra – che peraltro non risulta essere stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità - secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già <<dichiarati>> recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. con una sentenza precedentemente emessa.

Nei casi oggetto degli arresti giurisprudenziali predetti, infatti, il giudice di merito aveva applicato ex art. 444 c.p.p. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo.

La Corte, in entrambe le occasioni, ha annullato i provvedimenti di merito affermando la non necessità, perché sia inibito il procedimento speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva e ritenendo viceversa sufficiente – ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata. Si legge anzi nel testo di Sez. II, 4.12.2006, P.M. in proc. Cicchetti, che la contestazione è <<condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'esistenza e sugli effetti di tale circostanza>>: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

14. Il ricorso del pubblico ministero pone piuttosto ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., come modificato dalla legge 5.12.2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto

fissati dall'art. 69, quarto comma, c.p.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, c.p.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., di cui si è in precedenza detto.

15. Il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale – nella sua emendata formulazione lessicale – *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11.4.1974, n. 99, convertito dalla legge 7.6.1974, n. 220), nell'ambito di una *novella* tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo *essere* (<<l'aumento della pena ... è>>) in luogo della voce verbale <<può>>, che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

16. La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento (Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, rv 236412; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, rv 235835; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, rv 237271; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, rv 236910) nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Carta (sentenza 14 giugno 2007, n. 192 e ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni).

16. Le Sezioni unite condividono tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno.

17. Si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. il verbo *essere* sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento (<<l'aumento di pena è ...>>) della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva *de quibus* non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

18. La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito <<obbligatorio>>.

19. Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione

assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili disequaglianze - nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia <<concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo>> (Corte cost., n. 192/2007).

20. E' dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

21. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (Sez. Un., 27.5.1961, P.M. in proc. Papò, rv 98479; Sez. Un., 23.1.1971, Piano) ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

22. Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una <<più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo>>, la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 c.p., il divieto imposto dall'art. 69, quarto comma, c.p., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma quarto, c.p., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (Sez. Un., 18.6.1991, Grassi, rv 187856).

23. Qualora viceversa la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

La "facoltatività" della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori – ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto – gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena (Sez. V, 15.5.2009, Held, rv 244209; Sez. V, 30.1.2009, P.M. in proc. Maggiani, rv 243600; Sez. IV, 29.1.2009, P.M. in proc. Rami, rv 243441; Sez. IV, 28.1.2009, Fallarino, non massimata; Sez. V, 9.12.2008, P.M. in proc. De Rosa, rv 242946; Sez. III, 25.9.2008, P.M. in proc. Pellegrino, rv 241779; Sez. VI, 17.9.2008, P.M. in proc. Orlando, rv 241192; Sez. II, 19.3.2008, Buccheri, rv 240404; Sez. VI, 7.2.2008, P.M. in proc. Goumri, rv 239018; Sez. II, 5.12.2007, Cavazza, rv 238521; Sez. V, 25.9.2007, P.M. in proc. Mura, rv 237273; Sez. II, 4.7.2007, P.M. in proc. Doro, rv 237144; Sez. VI, 3.7.2007, P.M. in proc. Saponaro, rv 237272; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, *cit.*; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, *cit.*; Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, *cit.*; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, *cit.*, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione).

Alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità più su citate (una delle quali sollecitata anche da questa Corte con ordinanza di Sez. IV, 9.5.2007, Contu), ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

Ed analoghe considerazioni possono qui svolgersi a proposito del patteggiamento "allargato", il quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

24. Con ciò si palesano le ragioni dell'infondatezza della tesi affermata da una pronuncia (Sez. VI, 27.2.2007, P.M. in proc. Ben Hadhria, rv 236426) - intervenuta peraltro nel momento delle primissime applicazioni della nuova disciplina e quando la Corte costituzionale ancora non si era espressa circa la possibile interpretazione compatibile - motivatamente distonica da tale, consolidato orientamento, ad avviso della quale la semplice esistenza dei precedenti penali reiterati configurerebbe insieme una circostanza aggravante ed una sorta di *status* soggettivo del reo, con la conseguenza che, pur essendo al giudice consentito di escludere il relativo aumento di pena, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva reiterata al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto con i limiti indicati dal quarto comma dell'art. 69 c.p.: dunque con il conseguente sostanziale, indiscriminato ed automatico aggravamento della sanzione che si reputa non conforme ai principi di rango costituzionale che informano il sistema punitivo.

25. Occorre dunque qui ribadire che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne (Sez. I, 8.10.2009, Costagliola, rv 245521).

Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata "ritenuta", neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di talché resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo.

Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice, il quale non abbia escluso *ex ante* la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti.

26. Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata.

27. Ne discende – come ha già avuto modo di precisare questa Corte (sez. III, 7.10.2009, P.M. in proc. Serafi, rv 245609) - che il limite all'aumento ex art. 81 c.p. <<non ... inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave>>, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti <<ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma>>, è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28.6.1991 in proc. Grassi, più su citata.

28. Allo stesso modo l'esclusione *ex ante* della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per sé, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante riduzione premiale della sanzione (Sez. I, 13.11.2008, P.M. in proc. Manfredi, rv 242509).

In proposito si deve solo ulteriormente precisare, per completezza, che la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (<<coloro che siano stati dichiarati ... recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale>>) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (Sez. II, 4.12.2006, Cicchetti; Sez. V, 25.9.2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22.12.2009, Stracuzzi).

29. Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

1. La giurisprudenza costituzionale si è confrontata con il problema della recidiva reiterata e del patteggiamento allargato ritenendo conforme al dettato costituzionale la disciplina vigente, che preclude ai condannati con recidiva reiterata la possibilità di accedere al rito speciale quando la pena supera i due anni di pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria.

Nella pronuncia specificamente dedicata all'argomento (Corte cost., 23 dicembre 2004 n. 421; l'insegnamento è stato, poi, ribadito nell'ordinanza 28 dicembre 2006 n. 455), determinata da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Torre Annunziata, in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., dell'art. 444, comma 1-bis, c.p.p., nella parte in cui preclude ai recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. di accedere all'istituto del patteggiamento qualora la pena detentiva sia superiore a due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, il giudice delle leggi rievocò quanto già incidentalmente affermato in una precedente sentenza (Corte cost., 9 luglio 2004 n. 219) che prendeva in esame una serie di questioni concernenti la legge n. 134 del 2003, nelle quali si censurava l'eccessiva ampiezza della sfera di applicazione del patteggiamento "allargato": e cioè che proprio «le cautele adottate dal legislatore nel prevedere le ipotesi di esclusione oggettiva e soggettiva in relazione alla gravità dei reati ed ai casi di pericolosità qualificata [...] consentono di ritenere [...] che la scelta di ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, certamente rientrante nella sfera di discrezionalità del legislatore, non è stata esercitata in maniera manifestamente irragionevole».

Difatti, la Consulta osservò che, da un punto di vista generale, il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva.

In particolare, poi, la recidiva reiterata costituisce impedimento all'applicazione di numerosi istituti, quali l'amnistia, l'indulto (salvo che la legge disponga diversamente), l'oblazione speciale, l'estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo; né tra le «condizioni personali e sociali», richiamate dall'art. 3 Cost. per escludere che possano costituire il presupposto di eventuali trattamenti discriminatori, rientrano quelle che, come la recidiva, derivano da una condotta illegale o addirittura criminosa (giurisprudenza pacifica: in tal senso già Corte cost., 11 maggio 1971 n. 100 e 12 gennaio 1977 n. 5).

Pertanto – concluse la Corte – risulta coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale la previsione, contestuale all'ampliamento dell'ambito di operatività del patteggiamento, di specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, sono imputati di reati che – ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento – rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni.

2. Una volta fugato ogni possibile dubbio di compatibilità con la Carta fondamentale del regime più severo stabilito dalla legge per l'accesso al patteggiamento allargato di coloro cui sia stata applicata la recidiva reiterata, occorre volgere lo sguardo a un profilo più complesso della questione da risolvere, che sostanzialmente concerne, sul versante della giurisprudenza costituzionale, la cd. obbligatorietà della recidiva reiterata, una volta che sia stata contestata, e la sua rilevanza ai fini del giudizio di bilanciamento delle circostanze ai sensi dell'art. 69 c.p..

Si tratta di questione che, pur essendo diversa da quella per cui è stata disposta la rimessione del ricorso, ha carattere indubbiamente centrale, perché se si dovesse concludere, in conformità di quanto ritenuto dal Procuratore ricorrente, che la recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quarto, c.p., ha carattere obbligatorio, indubbiamente sarebbe viziata la decisione del giudice che, come nel caso di specie, l'abbia esclusa o ritenuta subvalente rispetto a circostanze attenuanti.

Come si è accennato, gran parte del ricorso del P.G. di Genova è dedicata a questo argomento: ma le decisioni della Consulta in esso evocate sono soltanto due, mentre in realtà il giudice delle leggi è ritornato a più riprese sul tema, dopo avere dettato le linee guida per una interpretazione costituzionalmente orientata, ad appena un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 (con la sentenza 14 giugno 2007 n. 192), ribadendole nelle successive pronunce, tutte di inammissibilità.

Varie le questioni sollevate, precipuamente sull'art. 69 c.p.; in sostanza, nella prospettiva dei giudici rimettenti (in un caso anche la Corte di cassazione) il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi, quali che essi siano, farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dall'art. 69, comma quarto, c.p., con l'effetto di "neutralizzare" – anche in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto – la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti, indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche di queste ultime.

Tale assunto fu peraltro ritenuto dalla Corte costituzionale, sin dalla sua prima pronuncia, abbastanza fragile, perché affidato all'implicito e indimostrato presupposto che, a seguito della legge n. 251 del 2005, la recidiva reiterata fosse divenuta obbligatoria e non potesse essere, quindi, discrezionalmente esclusa dal giudice, quanto meno agli effetti della commisurazione della pena, in correlazione alle peculiarità del caso concreto, con la conseguenza di rendere inapplicabile la censurata normativa in tema di bilanciamento con le circostanze attenuanti concorrenti.

A sostegno della tesi della obbligatorietà della recidiva reiterata, data per scontata dai giudici *a quibus*, starebbe l'argomento letterale che *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata con decreto-legge 11 aprile 1974 n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974 n. 220: in particolare viene in rilievo l'utilizzazione, nel testo dei commi terzo e seguenti del novellato art. 99 c.p., con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente («è»), in luogo della voce verbale «può», che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi, riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

Ma questa lettura del quadro normativo non è stata ritenuta dalla Consulta come l'unica possibile, giacché la nuova formula potrebbe essere anche letta nel diverso senso che l'indicativo presente «è» si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 c.p., si è voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – restando inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o non l'aumento stesso.

Nella prospettiva ermeneutica alternativa che il giudice delle leggi ha sottoposto all'attenzione dei giudici rimettenti, è stata evocata soprattutto la considerazione che la recidiva pluriaggravata e quella reiterata rappresentano mere *species* della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 c.p. (il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – in esso contemplata, limitandosi i commi successivi a stabilire deroghe alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena), nonché il rilievo testuale che solo il comma quinto di tale articolo prevede in modo espresso che «se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio» (e dunque non con riferimento al caso, qui ricorrente, della recidiva reiterata di cui al comma quarto c.p.): sicché *a contrario* si dovrebbe desumere che in ogni altro caso la recidiva sia facoltativa.

Non avendo i giudici rimettenti sondato la praticabilità di una simile opzione interpretativa, che – se accolta – avrebbe fatto venir meno l'«automatismo sanzionatorio» oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale, le questioni di legittimità costituzionale sono state dichiarate inammissibili.

La Corte costituzionale ha anche avuto modo di diffondersi ulteriormente sull'argomento (e la circostanza appare di assoluto rilievo al fine di trarne elementi utili al fine di ricostruire il suo pensiero sull'interpretazione corretta da dare, alla luce dei principi costituzionali, al nuovo regime della recidiva), precisando che “conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”.

In questa prima decisione, intervenuta a distanza di tempo ravvicinata rispetto all'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ha anche rimarcato l'assenza di indirizzi interpretativi consolidati sui temi dell'obbligatorietà o facoltatività della “nuova” recidiva reiterata e sulle conseguenze della facoltatività sul giudizio di bilanciamento, “essendosi la Corte di cassazione espressa in modo contrastante nelle prime decisioni in materia”.

Quest'ultima notazione è venuta meno già nella successiva pronuncia della Consulta (Corte cost., 30 novembre 2007 n. 409), di qualche mese posteriore, nella quale si dà atto che la Corte di cassazione, in un primo tempo espressasi sul tema in modo contrastante, risulta aver adottato, nelle più recenti decisioni, la linea interpretativa indicata come alternativa a quella privilegiata nelle ordinanze di rimessione.

Peraltro, qualche settimana prima del deposito di questa seconda pronuncia del giudice delle leggi, la Corte di cassazione che, nella sua giurisprudenza largamente prevalente non aveva mancato di adeguarsi alle ragioni contenute nella prima decisione di inammissibilità della Consulta – analogamente a quanto aveva già fatto sul tema dell'appello della parte civile contro sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado (Sez. un., 29 marzo 2007 n. 27614, Lista, rv. 236539, in adesione al *dictum* di Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 32) – aveva depositato un'ordinanza di rimessione (di questione analoga a quelle già sollevate da giudici di merito) alla Corte costituzionale, deliberata oltre sei mesi prima (Sez. 4^a, 9 maggio 2007 n. 41827, Contu), la cui sorte ha seguito quella delle altre simili esaminate da quest'ultima nell'arco di due anni.

Mette conto anche ricordare, perché in proposito è stato articolato uno specifico motivo di censura in ordine all'aumento minimo in caso di continuazione o concorso formale, che in una delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale (Corte cost., 6 giugno 2008 n. 193) è stato anche affrontato il problema della sospetta incostituzionalità dell'art. 81, comma quarto, c.p., nella parte in cui prevede che, rispetto ai recidivi *ex art. 99, comma quarto, c.p.*, l'aumento di pena non può essere inferiore a un terzo di quella stabilita per il reato più grave (nella specie il giudice rimettente era chiamato a giudicare una persona imputata dei reati di rapina impropria e di lesioni personali aggravate).

In tale decisione la Corte ha osservato come, nella prospettiva ermeneutica suggerita con riferimento alla pretesa obbligatorietà della recidiva reiterata, anche l'operatività dell'art. 81, comma quarto, c.p. presuppone che il giudice abbia ritenuto tale forma di recidiva concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione (o in concorso formale): e ciò in pieno accordo, peraltro, con lo stesso tenore letterale della norma in discussione la quale fa riferimento ai «soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva». E pertanto la *quaestio de legitimitate* sollevata rispetto ad esso ha inevitabilmente subito la stessa sorte riservata a quelle proposte nei confronti dell'art. 69 (e in qualche occasione 99) c.p..

D'altronde, sarebbe stato del tutto illogico, secondo la Consulta, che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato (ove non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), potesse produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti – come il concorso formale di reati e la continuazione – volti all'opposto fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

In definitiva, nella prospettiva del giudice delle leggi, la ricostruzione del sistema, dopo l'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, mutua dalla giurisprudenza di legittimità l'idea che la recidiva, sia in quanto costituisce uno *status* personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione solo se valutata e ritenuta dal giudice (dopo, naturalmente, che sia stata contestata). Il che significa che essa non priva il giudice della facoltà di valutazione del fatto di reato e della sua gravità; sicché egli può ritenerla o escluderla, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, con l'unico limite, nel caso di recidiva riguardante uno dei delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., che l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore a un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

D'altronde questa prospettiva, sia pure in diverso contesto, è stata fatta propria, di recente, dalle Sezioni unite nell'esame della questione concernente la sottoposizione al giudizio di comparazione dell'attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 8 d.l. n. 152 del 1991, là dove esse hanno affermato che se tale attenuante viene riconosciuta e ricorrono altre circostanze attenuanti in concorso con circostanze aggravanti, soggette al giudizio di comparazione, va dapprima determinata la pena effettuando tale giudizio e successivamente, sul risultato che ne consegue, va applicata l'attenuante ad effetto speciale che, com'è noto, è sottratta al giudizio di bilanciamento (così Sez. un., 25 febbraio 2010 n. 10713, Contaldo, rv. 245930).

La *ratio* di tale conclusione è ben comprensibile dalla lettura del relativo passo di sentenza:

“Soltanto l'adozione del criterio anzidetto consente, invero, di coniugare premialità, personalizzazione del trattamento sanzionatorio e proporzionalità del medesimo rispetto alla misura di lesività effettiva del fatto costitutivo del reato; consente, in altri termini, di impedire che dissociazione e contributo investigativo elidano la concreta offensività del fatto.

Due sono, d'altra parte, le esigenze egualmente e simultaneamente tenute presenti dalla legislazione «premiale» e tra loro non confliggenti: da un lato, l'esigenza di contrastare e scompaginare le associazioni criminali che assegna alle tecniche premiali, segnatamente (ma non solo) alle consistenti diminuzioni di pena, una funzione di incentivazione della collaborazione quale strumento delle indagini; dall'altro, la non obliterazione del fatto di reato nella sua oggettiva gravità, la cui valutazione non può che essere, di volta in volta, rimessa, anche attraverso il giudizio di comparazione delle circostanze, al giudice.

Come esigenze di giustizia sostanziale non possono consentire lassismo nel perseguimento e nella punizione di gravi fatti, che tali rimangono anche nei confronti dei «dissociati», nonostante abbiano contribuito in modo determinante a disarticolare importanti organizzazioni criminose, così l'esigenza della lotta alla criminalità organizzata, specie di origine mafiosa, che rappresenta un obiettivo primario dello Stato, deve tradursi nel riconoscimento, in concreto, di un trattamento privilegiato a chi abbia fornito un contributo determinante in quella lotta.

E, in vista appunto della necessità di coniugare queste esigenze, la notevole riduzione di pena stabilita per la dissociazione e, con la sua concessione, l'elisione automatica della circostanza aggravante di cui al più volte citato art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 non possono far sì che il sistema penale perda di vista la specifica vicenda criminosa (la quale può avere connotati anche particolarmente gravi), senza il rischio che esso finisca per smentire se stesso, con ricadute sulla proporzionalità della pena alla gravità del reato, sull'effettività della sanzione e sull'osservanza della legge da parte della generalità dei consociati.”



SEZIONI SEMPLICI

Cass. Sez. III 15 dicembre 2010 (dep. 20 aprile 2011), n. 15657, Impresa individuale Sferrazza, rv 249320

Le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, D.Lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni.

Con una sorprendente pronunzia la Corte regolatrice ha rimesso in discussione uno dei pochi punti fermi che l'ancora acerba elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale della responsabilità da reato degli enti si pensava fosse riuscita a stabilire in questi primi dieci anni dall'entrata in vigore del d. lg. 8 giugno 2001, n. 231.

I giudici di legittimità, infatti, hanno affermato che le norme che regolamentano la materia riguardano anche le imprese individuali, ricorrendo ad una quantomeno discutibile interpretazione estensiva della formula utilizzata dal legislatore nel secondo comma dell'art.1 del menzionato decreto per individuare i destinatari di tali norme. Formula per cui le disposizioni in oggetto si applicano «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica».

Con una motivazione fin troppo sintetica e non sempre lineare, la sentenza in commento afferma che la nozione di «enti forniti di personalità giuridica» non può essere interpretata «in senso formalistico», ma deve essere estesa anche alle imprese individuali in quanto assimilabili alle persone giuridiche in senso proprio intese sotto il profilo della complessità organizzativa.

Conclusione che troverebbe la sua giustificazione nel fatto che l'attività d'impresa sarebbe in ultima sostanza il reale obiettivo della normativa in oggetto e risulterebbe dunque irragionevolmente discriminatoria una interpretazione rigidamente nominalistica della locuzione sopra ricordata, tesa a distinguere tra esercizio dell'impresa in forma individuale o collettiva, posto che solo gli enti meta individuali sono persone giuridiche in senso proprio intese. Irragionevolezza tanto più evidente, secondo i giudici di legittimità, se si pensa al fatto che una società a responsabilità limitata «unipersonale» comunque risulterebbe soggetta alla disciplina del d. lg. n. 231 del 2001, mentre, accogliendo un'interpretazione restrittiva della formulazione normativa, un'impresa individuale con organizzazione assai complessa invece non lo sarebbe. Né varrebbe obiettare, sempre per la sentenza in commento, che le imprese individuali non sono state espressamente menzionate nel citato comma secondo dell'art.1, atteso che ciò sarebbe da imputarsi non già alla volontà di escluderle dal novero dei soggetti destinatari della responsabilità, bensì a quella, per l'appunto, di ritenerle incluse nella nozione di enti forniti di personalità giuridica.

In definitiva per la pronunzia in esame i soggetti destinatari della speciale disciplina sulla responsabilità da reato non andrebbero individuati sulla base della loro nominalistica identificazione da parte dell'art. 1, comma 2 più volte menzionato, bensì attraverso la loro riconducibilità alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica (nonché delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica) così come ricostruita in precedenza e cioè sulla base dell'assunto che la nozione di «personalità giuridica» non sia intesa in senso formale, ma come sinonimo dell'adozione di una organizzazione complessa nell'esercizio dell'impresa.

Le conclusioni cui è approdata la sentenza in esame non paiono condivisibili sotto diversi profili, ma corre l'obbligo di sottolineare innanzi tutto come sarebbe stato legittimo aspettarsi una più rigorosa confutazione delle argomentazioni poste a fondamento dell'unico ed opposto precedente rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, che è invece stato frettolosamente accantonato senza un serio confronto con esso.

Infatti, in altra e precedente occasione la Corte regolatrice⁷⁹ aveva negato l'applicabilità della disciplina del d. lg. n. 231 del 2001 alle imprese individuali, rilevando come la stessa riguardi esclusivamente gli enti collettivi.

Nell'affermare il principio i giudici di legittimità avevano precisato che il ricorso al termine «enti» nell'art. 1 del decreto per individuare i destinatari della suddetta disciplina «evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali», tant'è che nel successivo terzo comma del medesimo articolo il legislatore si è premurato di precisare quali siano gli enti collettivi espressamente non responsabili per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio. Non di meno, per il precedente citato, convergenti indicazioni nel senso indicato si potrebbero ricavare dalla Relazione governativa al d. lg. n. 231 del 2001, nonché dal fatto che la responsabilità dell'ente si aggiunge e non si sostituisce a quella penale della persona fisica autrice del reato. Infine la particolare disciplina delle vicende modificative dell'ente contenuta nell'art. 28 del decreto (e dettata per evitare elusioni della responsabilità attraverso formali trasformazioni del soggetto destinatario della medesima) sarebbe all'evidenza ispirata alla dimensione collettiva dell'ente medesimo, escludendo che con esso possa dunque identificarsi anche l'impresa individuale.

Come accennato, il fulcro argomentativo della sentenza in commento ruota intorno all'annotazione per cui la nozione di «enti forniti di personalità giuridica» non identificherebbe, come destinatari della responsabilità da reato, esclusivamente soggetti collettivi - come preteso nel caso di specie dalla ricorrente e come si è visto sostanzialmente

⁷⁹ Cass. sez. VI 3 marzo 2004, p.m. in proc. soc. Ribera, rv 228833.

affermato in precedenza dalla Corte – ma sarebbe invece idonea ad attrarre nella sfera di operatività del d.lg. n. 231 del 2001 qualunque manifestazione organizzativamente complessa di esercizio dell'impresa, a prescindere dal fatto che la stessa assuma forma individuale o collettiva.

Per giungere a queste conclusioni i giudici di legittimità sembrano essersi concentrati sulla seconda parte della formula utilizzata nel secondo comma dell'art.1 del decreto («forniti di personalità giuridica»), trascurando invece di confrontarsi con la nozione di «ente», dando in tal senso apparentemente per scontato che l'evanescenza lessicale del termine impiegato ne determini una sorta di neutralità definitoria.

In realtà non è così.

La connotazione del possesso della personalità giuridica (sulla quale si tornerà più diffusamente in seguito) si premura invero di ritagliare – secondo un rapporto di genere a specie – in una più ampia categoria una classe definita di soggetti da eleggere a protagonisti della responsabilità amministrativa da reato⁸⁰. La categoria generale individuata dalla legge, come dimostra la stessa intitolazione del d. lg. n. 231 del 2001 e il primo comma dell'art.1 menzionato, è per l'appunto quella degli «enti», di cui, formalmente, non viene effettivamente fornita la nozione, ma sulla quale è necessario soffermarsi perché costituisce il vero discrimine per l'identificazione dei destinatari delle norme del decreto.

Come unanimemente riconosciuto, la stessa ragione fondante l'introduzione del nuovo modello di responsabilità trova le sue radici nel progressivo declino dogmatico del principio *societas delinquere non potest* e nella correlata esigenza di configurare forme repressive in grado di arginare efficacemente la criminalità economica, le cui modalità di manifestazione sempre più risultano condizionate dall'accentuata spersonalizzazione che caratterizza la moderna organizzazione d'impresa⁸¹.

In tal senso l'obiettivo perseguito dal legislatore è stato all'evidenza quello di rendere in qualche modo responsabile per la consumazione di un reato (*rectius*: di determinati reati) anche il soggetto nella cui sfera comunemente si ripercuotono o sono destinate a ripercuotersi le conseguenze favorevoli dello stesso, nella consapevolezza, per l'appunto, che l'evoluzione delle strutture economiche e delle forme giuridiche approntate per supportarle sempre più rendono ineffettiva, quando si tratta di criminalità d'impresa, una risposta repressiva concentrata esclusivamente sulla persona fisica autrice dell'illecito penale, posto che quest'ultima non costituisce il reale o l'unico «protagonista» dello stesso⁸².

Tale soggetto è, per definizione, «altro» da quello che commette il reato, giacché laddove così non fosse risulterebbe incomprensibile la ragione giustificatrice dell'introduzione di una ulteriore forma di responsabilità nei confronti della stessa persona già gravata da quella penale e la stessa previsione espressa da parte del decreto (agli artt. 5, 6 e 7) di criteri, oggettivi e soggettivi, di imputazione del reato, che per l'appunto presuppongono una effettiva distinzione tra autore dello stesso e soggetto chiamato a risponderne ai sensi del d. lg. n. 231 del 2001.

E' dunque indubbio che il destinatario della responsabilità amministrativa da reato vanta una soggettività autonoma rispetto a quella di chi materialmente lo commette. E già questo primo arresto allunga qualche ombra sulle conclusioni raggiunte nella pronuncia in esame, alla luce dei tradizionali dubbi che accompagnano non tanto una impossibile personificazione in senso proprio dell'impresa individuale, quanto anche solo il riconoscimento alla stessa di una effettiva soggettività autonoma rispetto a quella dell'imprenditore che la guida.

E' sì vero, come implicitamente rileva la sentenza in commento, che in presenza di una articolata organizzazione dell'impresa individuale l'autore del reato potrebbe essere persona diversa dall'imprenditore e che la responsabilità penale potrebbe non trasmettersi a quest'ultimo qualora risultasse estraneo alla sua consumazione. Ma l'argomento non è sufficiente a contrastare quanto testè osservato, giacché in tutti quei casi in cui l'imprenditore e l'autore del reato convivono nella stessa persona fisica, il peso della sanzione penale e di quella amministrativa pecuniaria finirebbero per gravare indistintamente sulle spalle dello stesso individuo, visto che egli dovrebbe rispondere anche con il proprio patrimonio degli obblighi generati dall'attività dell'impresa, compresi quelli di natura sanzionatoria.

Ma anche a prescindere da quest'ultimo profilo, va ribadito che la volontà del legislatore è stata quella di configurare l'inedito modello di responsabilità nei confronti di una vasta platea di soggetti individuati per la comune vocazione ad imporsi come centri autonomi di imputazione degli atti compiuti dalla persona fisica che abbia agito nel loro interesse o a loro vantaggio e con la quale, dunque, non possano essere identificati. Ed in tal senso la scelta del vocabolo «enti» va attribuita proprio alla genericità del suo significato, scarsamente impegnativo sul piano definitorio - e dunque in grado di evitare commistioni terminologiche con istituti ben definiti del panorama normativo che avrebbero ridotto l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni -, ma al tempo stesso idoneo a fornire un'adeguata sintesi delle eterogenee categorie di soggetti iscritti nell'ambito di applicazione del decreto⁸³.

Non è dubbio che il termine in oggetto conservi qualche ambiguità sul piano definitorio, risultando dunque foriero di potenziali incertezze nell'applicazione della normativa speciale con riguardo ad alcune figure *borderline*, ma la sua

⁸⁰ Cfr. BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano 2006, 54.

⁸¹ V. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 131 e ss. e spec.137; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 17 e ss.; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006, 11 e ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, 245 e ss.; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, Milano, 2007, 845 e ss.

⁸² V. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, 38.

⁸³ V. per tutti BASSI – EPIDENDIO, *op. cit.*, 62.

selezione rimane comunque legata inequivocabilmente ad un ineludibile presupposto e cioè che i destinatari della responsabilità da reato siano gli enti collettivi o, se si preferisce, i soggetti "metaindividuali"⁸⁴.

Conclusione questa asseverata dall'esame delle fonti ed innanzi tutto della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 settembre 1997 (per la cui esecuzione è stato necessario introdurre nell'ordinamento nazionale il modello di responsabilità di cui si tratta), la quale richiedeva per l'appunto forme di responsabilizzazione delle «persone giuridiche» per la corruzione di funzionari stranieri. In secondo luogo viene in conto l'art. 11 della legge delega (l. 29 settembre 2000, n. 300), cui il d. lg. n. 231 del 2001 ha dato attuazione e che la suddetta Convenzione ha ratificato, il quale impone come destinatari della nuova normativa le persone giuridiche, le società, le associazioni od enti privi di personalità giuridica, facendo evidente riferimento a soggetti comunque collettivi, come del resto inequivocabilmente emerge dal complesso dei lavori preparatori della legge medesima. Nello stesso senso, da ultima, può ricordarsi la Relazione allo schema del decreto legislativo, la quale nella sua introduzione, nell'espone le ragioni dell'intervento normativo e le sue finalità, chiaramente fa riferimento a soggetti collettivi, mentre successivamente, nell'illustrare i contenuti dell'art.1, spiega così i motivi che hanno portato alla selezione del termine "enti" per identificarli: «*l'inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica ha suggerito l'uso del termine "ente" piuttosto che "persona giuridica" (il segno linguistico avrebbe dovuto essere dilatato troppo al di là della sua capacità semantica)*».

Quest'ultimo passo della Relazione risulta in realtà particolarmente prezioso per guidare l'interprete nella doverosa armonizzazione del decreto delegato con la legge delega. Esso dimostra, infatti, quanto abbiamo sostenuto in precedenza e cioè come l'intenzione del legislatore storico sia stata proprio quella di sintetizzare nel termine "enti" il *genus* di appartenenza dei soggetti individuati dalla l. n. 300/2000 – fossero essi dotati o meno di personalità giuridica – come destinatari della responsabilità da reato.

In tal senso e come già ricordato per l'appunto, le ulteriori classificazioni contenute nei commi secondo e terzo dell'art. 1 del decreto svolgono la funzione di selezionare all'interno del *genus* specifiche categorie di soggetti inclusi od esclusi dall'operatività delle disposizioni contenute nel d. lg. n. 231 del 2001.

In definitiva, è sì vero che il termine "enti" è forse non particolarmente impegnativo sul piano definitorio, ma non v'è dubbio che sussista un coacervo di elementi convergenti nell'evidenziare che tali sono per il legislatore storico soltanto gli organismi collettivi dotati di autonoma e definita soggettività, sia essa privata o pubblica. Ed in tal senso, in assenza di una definizione normativa con cui confrontarsi, non può da ultimo che ammettersi che lo stesso legislatore storico nell'impiegarlo si sia affidato al significato che esso assume nel linguaggio giuridico corrente, dove è indubbiamente utilizzato come sinonimo di persone giuridiche ovvero, più in generale, di soggetti "metaindividuali".

Il suo utilizzo, dunque, non è sufficiente ad identificare nel dettaglio i destinatari della normativa che ci occupa – operazione che impone come detto di rivolgersi alle ulteriori specificazioni contenute nelle diverse disposizioni dell'art.1 - ma consente comunque di evidenziare come la conclusione assunta nell'occasione dai giudici di legittimità non appaiano condivisibili, perché l'impresa individuale non sembra in alcun modo riconducibile al *genus* evocato dal termine "enti".

Le rassegnate conclusioni trovano ulteriore conforto nell'elaborazione compiuta dalla dottrina della terminologia impiegata dal legislatore. Sul presupposto dell'insufficiente vocazione definitoria del termine "enti", si è infatti sostenuto che la nozione da esso sottesa non possa che essere ricavata attraverso un'operazione di interpretazione sistematica da svolgere all'interno del d. lg. n. 231 del 2001.

Ed in tal senso un argomento condivisibile a sostegno di una interpretazione restrittiva del concetto di "ente" viene ritratto dalla disciplina della responsabilità patrimoniale contenuta nell'art. 27 del decreto⁸⁵. Infatti, la disposizione menzionata dispone che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria irrogata a seguito dell'accertamento della sua responsabilità risponda esclusivamente l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune.

Tale previsione, se da un lato evita opportunamente il rischio che la persona fisica autrice del reato possa essere sostanzialmente sanzionata due volte per il medesimo fatto, come osservato in precedenza, dall'altro certamente consente la punizione anche degli enti ad autonomia patrimoniale "imperfetta" come quelli non dotati di personalità giuridica, seppure, per l'appunto, spezzando il cordone della responsabilità solidale delle persone fisiche che hanno agito in nome o per conto dell'ente⁸⁶. Ma soprattutto è ritenuto indubbio che in tal modo il legislatore sembra aver voluto suggerire altresì che "ente", ai fini del d. lg. n. 231 del 2001, è una realtà identificabile rispetto alla persona fisica anche in ragione di una - seppur limitata - autonomia patrimoniale. In definitiva scopo del decreto è quello di configurare un modello di responsabilità il cui destinatario naturale è l'organizzazione pluripersonale, a prescindere

⁸⁴ V. ZANOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, 54; PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2007, 711.

⁸⁵ V. BASSI – EPIDENDIO, *op.loc.ult.cit.*; PECORELLA, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 70; LOTTINI, *sub art.1 d. legisl 8 giugno 2001, n. 231*, in PALAZZO-PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, Padova, 2007, 2292; DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, 4050.

⁸⁶ V. PECORELLA, *op. cit.loc.ult.cit.*.

dallo schermo formale che la qualifica, ma comunque identificabile come entità distinta dalla persona fisica autrice del reato ed in quanto tale autonomamente individuabile come centro d'imputazione della scelta criminosa⁸⁷. E non v'è dubbio che tale autonomia – anche e soprattutto sotto il profilo patrimoniale – non è riscontrabile nell'impresa individuale.

Come accennato, nella sua sfuggente motivazione la pronuncia in esame contesta che i soggetti menzionati nella prima parte del secondo comma dell'art. 1 si identifichino esclusivamente con quelli morali. Ciò in quanto la personalità giuridica evocata nella disposizione sarebbe da intendersi in senso lato. Quelle individuate dalla formula normativa, dunque, non sarebbero solo le persone giuridiche riconosciute ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, bensì, in definitiva, tutte le forme di organizzazione “complessa” dell'attività d'impresa assimilabili alle persone giuridiche perché nei fatti caratterizzate – sembrerebbe di capire - da un certo grado di dissociazione con la persona fisica dell'imprenditore.

In altri termini i giudici di legittimità sembrano sostenere che, accogliendo una nozione elastica di personalità giuridica, la formula legislativa utilizzata per individuare i destinatari della personalità da reato possa ricomprendere anche le imprese individuali che presentino un grado di complessità organizzativa tale da renderle strutturalmente assimilabili agli enti morali, circostanza che renderebbe irragionevole la loro esclusione dalla disciplina che ci occupa.

In proposito – e tralasciando ancora una volta le perplessità che una tale ricostruzione suscita in relazione ad alcuni istituti del diritto civile⁸⁸ – è agevole evidenziare, innanzi tutto, che non è dato comprendere quale sarebbe il parametro che consentirebbe di misurare, con la dovuta certezza, il grado di complessità dell'organizzazione della singola impresa ai fini della sua eventuale inclusione nell'elenco dei destinatari della responsabilità da reato. E in un sistema dominato dal principio di legalità - qual'è quello configurato nel d. lg. n. 231 del 2001, che all'art.2 tale principio solennemente recepisce - una lacuna di tal genere è di per sé significativa ai fini della tenuta generale della tesi qui criticata.

In realtà a non convincere è lo stesso assunto per cui il concetto di personificazione accolto nel secondo comma dell'art. 1 del decreto non avrebbe dimensione formale.

Invero in dottrina si è effettivamente sostenuto che la nozione di “personalità giuridica” sia evocata nel secondo comma dell'art.1 del decreto in una duplice accezione: una più formale, riferita alle società ed alle associazioni ritenute soggetti attivi dell'illecito da reato anche se non in possesso dei requisiti necessari per la personificazione, e una più ampia o “sostanziale”, tesa a definire gli «enti forniti di personalità giuridica» come centri autonomi di imputazione di atti giuridici⁸⁹. Interpretazione che, per la dottrina citata, sarebbe imposta dall'esigenza di evitare irragionevoli discriminazioni nell'applicazione della normativa in esame tra le società di persone e le associazioni non riconosciute - comunque responsabili ai sensi del d. lg. n. 231 del 2001 - ed altre «forme giuridiche», le quali, ancorchè presentando analoghe caratteristiche sul piano della limitazione dell'autonomia patrimoniale e della responsabilità, godrebbero di una sorta di immunità in relazione all'illecito amministrativo da reato.

Va peraltro evidenziato che anche secondo quest'impostazione gli enti destinatari delle disposizioni del decreto sono comunque soggetti “metaindividuali”, atteso che la nozione di “ente” presupporrebbe comunque una organizzazione separata da quella dell'individuo che compie gli atti fondanti la responsabilità da reato, una qualche autonomia patrimoniale, nonché – e soprattutto - l'impossibilità di identificare l'ente con una persona fisica⁹⁰.

Se dunque gli echi di questa ricostruzione dottrinarie risuonano nella motivazione della sentenza in commento, risuonano comunque immotivatamente, giacchè ancora una volta i giudici di legittimità hanno dimostrato di non prendere in considerazione l'evidente limite esegetico dell'art.1 comma 2 del decreto, che innanzi tutto definisce i soggetti della responsabilità da reato come “enti”. Ed in tal senso la relativa nozione non sopporta di essere dilatata fino a ricomprendere anche le imprese individuali, come invece preteso, tanto più che mal si comprende, a questo punto, perché una tale inclusione dovrebbe riguardare solo le organizzazioni individuali dedite all'esercizio dell'attività d'impresa, atteso che i soggetti dell'illecito da reato non sono, per la legge, solo quelli che svolgono attività di tipo lucrativo⁹¹.

⁸⁷ V. BRUNELLI – RIVERDITI, *sub art. 1*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova 2008, 75.

⁸⁸ E' appena il caso di ricordare, a tacer d'altro, come non possano, ad esempio, essere equiparate l'impresa individuale e la società unipersonale (ipotesi invece valorizzata nella motivazione della pronuncia in esame), atteso che seppure le due fattispecie sembrino accomunate dall'apparente presenza di un unico *dominus*, diversa è nei due casi la titolarità dell'impresa, che nel primo spetta all'imprenditore individuale e nel secondo rimane della società, con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano giuridico, prima fra tutte la mancanza nell'impresa individuale di una qualunque graduazione dell'autonomia patrimoniale: v. in proposito MARGIOTTA, *La trasformazione della società in impresa individuale*, in *Le Società*, n. 8, 2005, 977. Ed in tal senso la giurisprudenza nega infatti la stessa possibilità di automatica trasformazione della società unipersonale in impresa individuale in caso di sopravvenuto difetto della pluralità dei soci al fine di garantire la tutela dei creditori sociali dal concorso con quelli personali dell'imprenditore: v. Cass. civ. 13 luglio 2006, in *Il fallimento*, n. 2, 2007, 165

⁸⁹ V. BASSI – EPIDENDIO, *op.cit.*, 69.

⁹⁰ V. BASSI – EPIDENDIO, *op.cit.*, 62.

⁹¹ V. DI GIOVINE, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano 2005, 34.

Nella specie, si contestava all'imputato (dipendente comunale) di avere utilizzato il computer dell'ufficio collegato con la rete Internet per ragioni del tutto personali: il Comune aveva, peraltro, contratto con Telecom s.p.a. un abbonamento a costo fisso per la navigazione in Internet.

In motivazione si è osservato che, con riguardo a tale fattispecie, non era ravvisabile *“il reato di abuso di ufficio sotto il profilo del consumo di energie derivanti dall'utilizzo del computer, mancando (...), per quest'ultima causale, un apprezzabile nocumento nei confronti della stessa amministrazione”*.

La decisione si pone inconsapevolmente in contrasto con altra decisione della stessa sezione; la **VI sezione**, con sentenza n. **31688 emessa** all'udienza **9 aprile 2008**, e **depositata** in data **29 luglio 2008**, **Cannalire**, aveva, infatti, già affermato il contrario principio di diritto così massimato (**rv. 240692**): *“Integra il delitto di abuso d'ufficio la condotta del pubblico dipendente di indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto. (Nella fattispecie, la Corte ha escluso la configurabilità del peculato, posto che il delitto era stato consumato da un pubblico dipendente che, a fini privati, usava il collegamento a forfait della P.A. a Internet - cosiddetta tariffa flat -, senza causare all'amministrazione un maggior costo e dunque senza che potesse configurarsi una condotta appropriativa)”*.

Nella specie, si contestava (tra l'altro) all'imputato, dipendente dell'Istituto Talassografico "A. Cerruti", organo di ricerca del C.N.R., il delitto di peculato, per aver utilizzato il computer, di cui aveva la disponibilità in ragione dell'attività di ricerca che svolgeva, per collegarsi sulla rete internet al fine di visionare e memorizzare materiale pornografico e pedopornografico, di cui era stato trovato in possesso in notevole quantità (oltre settemila immagini).

Il collegio, premesso che *“non ricorre la figura di peculato, ma quella di abuso d'ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, che si concretizzi semplicemente in un uso indebito del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto”*, evidenziava che, come risultante dalle stesse sentenze di merito, *“la linea telefonica dell'istituto talassografico, che consentiva il collegamento ad internet, prevedeva da contratto un costo forfettario, cioè indipendente dal tempo di connessione, e l'imputato, che aveva la disponibilità del computer nonché il libero accesso ad internet per lo svolgimento della sua attività di ricerca, scaricava il materiale pedopornografico durante le ore lavorative, mentre si dedicava alle sue specifiche mansioni”*. Ciò premesso, si è escluso che la condotta accertata integrasse gli estremi del peculato: *“Già questi elementi appaiono sufficienti ad escludere la configurabilità del delitto di peculato. Nella condotta dell'imputato, così come ricostruita in sentenza, manca sicuramente il danno cagionato all'amministrazione, dal momento che l'uso della linea di connessione ad internet non ha comportato maggiori costi a carico dell'amministrazione. E se è vero quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, secondo cui la natura plurioffensiva del peculato implica che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento della pubblica amministrazione, tuttavia ciò che non è stato considerato dai giudici d'appello è che nel caso in esame difetta proprio la condotta "appropriativa" che, come si è visto, caratterizza la fattispecie astratta di cui all'art. 314 c.p.. In altri termini, non vi è stata alcuna esclusiva "acquisizione" di beni da parte dell'imputato ed è mancato ogni tipo di atteggiamento di "interversione" nel possesso dei beni appartenenti all'amministrazione, ma solo un uso indebito della linea telefonica, con un sicuro profitto a proprio vantaggio, che configura il diverso reato di abuso d'ufficio. Più precisamente, non è dato individuare l'elemento dell'appropriazione da parte del Cannalire del personal computer e della linea telefonica, così come contestato nel capo di imputazione. Tali beni, considerato il contesto in cui sono stati illegittimamente utilizzati non sono mai usciti dal patrimonio della pubblica amministrazione, ma sono stati semplicemente distratti a profitto proprio dell'imputato, che ne ha fatto un uso arbitrario, per conseguire indirettamente un personale tornaconto. Giova ribadire che con la novella del 1990, la figura dell'appropriazione è diversa e autonoma rispetto a quella della distrazione a profitto proprio - quest'ultima, infatti, è rifluita nell'abuso d'ufficio, il cui bene protetto è esclusivamente il buon andamento della amministrazione pubblica e non anche il patrimonio altrui. La distrazione si concreta in un semplice "abuso dell'uso della cosa", senza tuttavia la perdita della stessa e la conseguente lesione patrimoniale.*

Si è però, ritenuto che la stessa condotta integrasse gli estremi dell'abuso d'ufficio: *“Del reato di cui all'art. 323 c.p., secondo la formulazione in vigore dopo la riforma introdotta dalla L. n. 234 del 1997, ricorrono, nella specie, tutti gli elementi costitutivi: nel comportamento tenuto dall'imputato, dipendente di un istituto di ricerca di diritto pubblico, è riscontrabile la violazione di legge, in quanto vi è stato un uso delle attrezzature dell'ente pubblico di ricerca per un fine diverso da quello voluto dalla legge e comunque estraneo alla pubblica amministrazione, con l'effetto che l'utilizzazione per scopi personali ha finito con il travalicare lo schema di legalità e ha rappresentato, nella sua oggettività, offesa dell'interesse tutelato, perché si è posta come causa efficiente dell'ingiusto vantaggio patrimoniale conseguito dall'agente; l'intenzionalità dell'evento è conclamata dalla stessa dinamica dei fatti”*.

□□□□□□□□□□

Cass. Sez. IV 26 ottobre 2010 (dep. 24 novembre 2010), n. 41564, Oscco, rv 248456

