

QUESITI

ENRICO PEZZI

I due volti del *ne bis in idem* alla luce delle influenze europee

*Attraverso la sentenza n. 200 del 2016, la Corte costituzionale ha fatto proprio l'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in tema di *ne bis in idem*, che salda l'art. 649 c.p.p. al criterio dell'*idem factum*, sancendo il definitivo abbandono dell'*idem legale*. Nel presente contributo si affrontano le possibili ricadute che questa impostazione ermeneutica avrà con riferimento al fenomeno della convergenza - reale o apparente - di più norme incriminatrici sullo stesso fatto.*

*Through sentence n. 200 of 2016, the Italian constitutional Court adopted the ECHR case law about the *ne bis in idem* principle, which binds art. 649 c.p.p. to the *idem factum* criterion, thereby enshrining the definitive abandonment of legal *idem*. This article analyses the possible repercussions of this hermeneutical option in relation to the phenomenon of the convergence - either real or apparent - of multiple criminal offences on one and the same fact.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La vicenda Eternit-bis. - 3. Diritti viventi a confronto. - 4. *Ne bis in idem* processuale e concorso formale. - 5. I risvolti sostanziali di una vicenda processuale. - 6. Dal cumulo punitivo del doppio binario al cumulo giuridico del concorso formale di reati. - 6.1. Proporzionalità della pena: una strada alternativa? - 6.2. Uno sguardo comparato: la disciplina spagnola e tedesca. - 7. Dal “medesimo fatto” alla “stessa materia: il *ne bis in idem* sostanziale. - 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Le fonti internazionali e comunitarie rivestono una posizione fondamentale nella trasformazione degli apparati normativi degli stati membri e la materia penale, terreno da sempre restio alle contaminazioni sovranazionali, non fa (più) eccezione. In particolare, è la giurisprudenza europea ad aver giocato un (*rectius* “il”) ruolo centrale, richiedendo oggi un ripensamento di istituti e principi la cui funzione è tutt'altro che marginale nella disciplina penalistica, fra i quali spicca l'evoluzione interpretativa del divieto di *bis in idem*.

La sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016, da ultima, accogliendo definitivamente come unico criterio, per la valutazione della “medesimezza del fatto” ex art. 649 c.p.p., quello dell'identità naturalistica del fatto storico, sancisce l'abbandono dell'*idem legale*, dando un nuovo volto al divieto di doppio giudizio, che potremmo definire “*ne bis in idem* convenzionale”.

L'accoglimento di questa prospettiva interpretativa comporta quindi l'impossibilità di imputare una seconda infrazione che si fondi su fatti identici o sostanzialmente uguali, da un punto di vista strettamente naturalistico, a quelli da cui è scaturita la prima.

Prima di procedere ad una ricostruzione delle motivazioni della Consulta è tuttavia necessario evidenziare brevemente i principi adottati dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

La giurisprudenza delle due Corti ha spinto con forza verso un'interpretazione del principio del *ne bis in idem* tesa a garantirgli la massima espansione¹. Il criterio dell'*idem factum* risulta infatti essere un filtro ben più favorevole per l'imputato rispetto a quello dell'*idem* legale. L'abbandono di quest'ultima opzione non è tuttavia un evento inaspettato, costituendo bensì un'ulteriore sviluppo dell'approccio sostanzialistico che la giurisprudenza europea ha costantemente adottato in ambito penale.

Sin dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, la Corte EDU ha infatti individuato un concetto di *matière pénale* in chiave prettamente sostanzialistica, nella quale si sono stabiliti i criteri da verificare al fine di poter qualificare una misura sanzionatoria come penale, ponendosi in un'ottica completamente diversa rispetto alla tradizione giuridica del nostro ordinamento, storicamente legata a criteri squisitamente formali². L'adozione di una concezione fondata su criteri sostanzialistici, discostandosi dal principio di stretta legalità formale, risulta non solo confermata dalle successive sentenze della Corte EDU, ma è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza comunitaria³. Negli ultimi anni, entrambe le Corti hanno costantemente spinto verso una concezione sostanziale del diritto penale, che non poteva non investire anche la questione del divieto di doppia condanna.

In relazione a quest'ultimo, il punto di partenza è segnato dalla decisione sul caso *Zolotoukhine c. Russia*, del 10 febbraio 2009⁴, intervenuta per risolvere le incertezze legate all'estensione del divieto di *bis in idem*, enunciato dall'art. 4 Prot. 7, C.E.D.U. In tale sentenza, la Corte ha precisato che la medesimezza del fatto, presupposto del divieto, non deve essere interpretata nel senso di "medesima qualificazione del fatto giuridico" (*idem* legale), bensì "alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio" (*idem factum*)⁵.

Questo concetto "convenzionale" di *ne bis in idem* si è consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU, toccando direttamente il nostro ordinamento

¹ In questo senso si veda la relazione di orientamento dell'Ufficio del massimario penale della Corte di cassazione, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, n. 26/2017, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, la quale enuclea tre criteri alternativi di identificazione della "sanzione penale": qualificazione formale data dal diritto nazionale, la natura dell'illecito ed infine la natura, assieme al grado di gravità, della sanzione.

³ I criteri stabiliti dalla sentenza "*Engel*" sono stati infatti ribaditi, a titolo di esempio, dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, attraverso la sentenza Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*.

⁴ Corte EDU, sent. 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*.

⁵ Così la Corte costituzionale, sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org.

con la sentenza Grande Stevens⁶, la quale ha ritenuto che il sistema del doppio binario, amministrativo e penale, previsto dagli artt. 184 e ss. t.u.f. violasse il divieto di *bis in idem*, interpretato alla luce del criterio dell'*idem factum*⁷.

Definito l'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza europea, occorre ora soffermarsi sulla sentenza della Consulta, n. 200 del 2016, che ha definitivamente recepito nel nostro ordinamento tale indirizzo interpretativo.

2. La vicenda "Eternit-bis".

La sentenza n. 200 del 2016 si è occupata della questione della legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"», con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U.⁸

Il processo, da cui è originata la questione di legittimità, concerne l'accusa di omicidio volontario, nei confronti del titolare della multinazionale Eternit,

⁶ Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

⁷ Giova specificare che la progressiva estensione applicativa del principio di *ne bis in idem* trova ora un primo freno, con riferimento ai sistemi c.d. di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, determinato da un ulteriore intervento della stessa Corte, operato con la sentenza della Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre del 2016, n. 24130/11. La Corte, enucleando il criterio della "*sufficiently close connection in substance and time*" fra i due procedimenti penale ed amministrativo, ha introdotto una nuova chiave valutativa per verificare la sussistenza o meno di una violazione del divieto di *bis in idem*, specificando che questi procedimenti possono coesistere qualora si ritenga che fra essi sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta. Più approfonditamente, si veda la Relazione del Massimario Penale della Corte di cassazione, *op. cit.*, 13 ss. Cfr. inoltre, FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 2/2017, 5 ss., il quale efficacemente sottolinea come «a seguito della sentenza [...] - la verifica della violazione del *ne bis in idem* sotto il profilo convenzionale passa per il confronto con un criterio del tutto diverso da quello della tassativa interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto l'*idem factum*», cit., 10; VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸ Cfr. Ordinanza n. 262, 24 luglio 2015, Trib. Torino, www.penalecontemporaneo.it. Per approfondimenti cfr. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it; GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 prot. 7 CEDU*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 novembre 2015, www.penalecontemporaneo.it; LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2/2016, 20 ss.; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *questa Rivista*, 3/2015, 4 ss. Per le prime considerazioni in merito alla sentenza della Consulta si veda, fra gli altri, FERRUÀ, *La sentenza costituzionale sul caso eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, fasc. 1/2017, 78 ss; PULITANO, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, fasc. 1/2017, 70 ss.

per le 258 morti verificatesi per intossicazione causata da inalazione di fibre di amianto, avvenuta negli anni '70 ed '80 del secolo scorso. La dispersione di polveri di amianto nell'ambiente cagionò la morte, oltre che dei dipendenti degli stabilimenti Eternit, anche dei residenti dei comuni limitrofi agli stessi⁹.

Tale vicenda era già stata tuttavia oggetto di un primo processo il cui capo di imputazione contestava il delitto di disastro innominato, *ex art. 434 c.p.*, aggravato dall'evento "disastro" di cui al secondo comma, nonché il delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, *ex art. 437 c.p.*, aggravato, secondo quanto previsto dal secondo comma, dalla verifica di malattie ed infortuni¹⁰.

Dal momento che i due processi Eternit sono incentrati sul medesimo fatto storico, sebbene diversi siano i reati contestati nei capi di imputazione, l'instaurazione del secondo procedimento (c.d. Eternit-bis) ha sollevato il dubbio di una possibile violazione del divieto di *bis in idem*.

In proposito, diverse sarebbero le risposte a tale questione a seconda dell'ampiezza interpretativa che di tale divieto si vuole dare.

Come efficacemente sottolineato in dottrina, infatti, «tale violazione sarebbe stata da escludere seguendo l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. fatta propria dal "diritto vivente" italiano, secondo la quale per "medesimo fatto" occorre avere riguardo al "fatto giuridico" [...]. La questione appare tuttavia assai più problematica adottando l'interpretazione del concetto di "medesimo fatto" offerta dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo con riferimento all'art. 4 Prot. 7 della Convenzione, giacché in tal caso occorre avere riguardo al "fatto storico", ossia alla dimensione naturalistica e materiale della fattispecie concreta»¹¹.

L'utilizzo del criterio dell'*idem* legale avrebbe permesso infatti di accertare che, secondo giurisprudenza consolidata, fra i delitti contestati in entrambi i giudizi non intercorre una identità strutturale tale da comportare una violazione del divieto di doppio giudizio. Il criterio dell'*idem factum*, invece, nell'interpretazione fatta propria dalla Consulta, potrebbe determinarne la violazione, dal momento che il fatto storico alla base della vicenda Eternit è comune ad entrambi i processi¹².

⁹ Per una ricostruzione approfondita della vicenda si veda, ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ Sul punto si veda Cass., Sez. I, n. 7941, del 2015.

¹¹ Così ZIRULIA, *op. cit.*

¹² Si specifica tuttavia che, come già osservato sempre da ZIRULIA, *op. cit.*, non necessariamente il divieto di doppio giudizio investirà tutto il processo, dal momento che delle 258 persone offese del procedimento Eternit-bis, ve ne sono 72 che non comparivano fra quelle offese dal primo procedimento. Tale conclusione è suffragata dalla Consulta stessa, la quale ha individuato il concetto di *idem factum*

Il giudice *a quo*, G.u.p. di Torino, sosteneva pertanto di non poter applicare l'art. 649 c.p.p. a causa del significato che tale disposizione avrebbe assunto nel diritto vivente, adducendo in proposito due ostacoli insuperabili.

In primo luogo, evidenziava che la giurisprudenza nazionale esigerebbe, per l'integrazione del divieto di doppio giudizio, l'identità del fatto giuridico, in aperto contrasto con il criterio fattuale adottato dalle corti europee.

In secondo luogo, premettendo che, secondo pacifica giurisprudenza di legittimità, l'omicidio concorre formalmente con i reati di cui agli artt. 434 e 437 c.p., quando il primo ed i secondi sono commessi con un'unica azione od omissione, il giudice *a quo* specificava che, in tale frangente, il diritto vivente esclude l'applicabilità del principio di *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p., nonostante la medesimezza del fatto.

3. Diritti viventi a confronto.

La Consulta articola la propria decisione in due macro-argomentazioni connesse ai profili segnalati dal giudice rimettente. La sentenza si sofferma, in primo luogo, sull'estensione del principio enunciato all'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., per verificare se esso abbia un campo applicativo diverso e più favorevole all'imputato rispetto a quello stabilito dall'art. 649 c.p.p.

In proposito, non vi sono dubbi, secondo il ragionamento del giudice delle leggi, che la Convenzione abbandoni il criterio dell'*idem* legale in accoglimento del solo criterio dell'identità storico-naturalistica del fatto. Tuttavia, le indicazioni derivanti dal diritto europeo si fermano qui: sebbene risulti pacifico che il fatto vada considerato nella sua dimensione empirica, non vi sono indizi univoci sull'estensione che tale concetto dovrebbe assumere. In altri termini, esso potrebbe essere ristretto alla sola azione od omissione, oppure esteso sino a ricomprendere elementi ulteriori, quali il nesso causale e l'evento naturalistico.

nella triade "condotta - nesso di causalità - evento naturalistico", affermando che «non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico», cit. paragrafo 4 - 5 delle considerazioni in diritto. L'autore specifica infine che «la Consulta ha peraltro lasciato aperto uno spiraglio anche per quanto riguarda la prosecuzione del processo Eternit bis rispetto alle 186 persone che già figuravano tra le persone offese del procedimento per i reati ex art. 434 c.p. e 437 c.p. Così prosegue infatti la motivazione: "Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze"».

Proprio su tale questione si registra una diversità di opinioni fra il rimettente e la Consulta. Il giudice *a quo* sollevava infatti la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., basandosi su un'interpretazione che riconduceva il concetto di medesimezza del fatto alla sola condotta del soggetto agente, assunta nei termini di un movimento corporeo o di un'inerzia. Tale tesi, che consentirebbe la massima espansione applicativa al divieto di doppio giudizio, viene tuttavia sconfessata dalla Corte costituzionale.

Attraverso una puntuale ricognizione del diritto vivente europeo, la Consulta conclude nel senso che l'unico punto fermo consiste proprio nell'accoglimento, da parte di quest'ultimo, dell'*idem factum*, in luogo di quello legale. L'indagine effettuata dalla Corte, infatti, la induce a ritenere che «la giurisprudenza europea, che resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente chiarezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo)»¹³.

In difetto di una giurisprudenza consolidata sul punto, la Consulta rileva, comunque, che non solo non vi è modo di ritenere che il fatto storico vada ristretto alla sola condotta dell'agente, discostandosi dall'assunto del giudice remittente, ma vi sono indizi che inducono ad includere nel giudizio anche l'oggetto fisico di quest'ultima, non potendosi infine escludere la rilevanza dell'evento, purché considerato in un'accezione puramente naturalistica. Ancora, lo stesso contesto normativo e logico entro cui si colloca l'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U. non spinge l'interprete a fornire alla garanzia del divieto di doppio giudizio la massima estensione. A titolo di esempio, detto principio è soggetto a bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, e la stessa Grande Camera, nella sentenza 27 maggio 2014, *Margus c. Croazia*, ha specificato che tale circostanza «comporta l'inoperatività della garanzia del *ne bis in idem* in presenza di episodi estremamente gravi, quali i crimini contro l'umanità, che gli Stati aderenti hanno l'obbligo di perseguire»¹⁴.

Una volta chiarito che la Convenzione impone agli stati membri di applicare il divieto di doppio giudizio in base ad una concezione storico-naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo alla sola condotta del soggetto

¹³ Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, punto 5 delle considerazioni in diritto.

¹⁴ Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, punto 6 delle considerazioni in diritto. Cfr. inoltre Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2014, *Margus c. Croazia*.

agente, la Consulta procede ad accertare la compatibilità dell'art. 649 c.p.p. (o, meglio, del diritto vivente formatosi su di esso) con il diritto europeo. Non avendo altro vincolo se non quello dell'*idem factum*, la Corte delinea un'interpretazione del *ne bis in idem* processuale, che identifica il requisito della medesimezza del fatto nella triade "condotta - nesso causale - evento", conferendogli un ambito applicativo certamente più ridotto rispetto a quello prospettato dal G.u.p. di Torino. In particolare, la Consulta richiama i principi affermati dalle Sezioni unite nella "sentenza Donati", secondo cui «considerato che l'espressione "medesimo fatto" figura non solo nel testo dell'art. 649 c.p.p., ma anche nella disposizione di cui agli art. 28, comma 1°, e 669, comma 1, del codice di rito, deve sottolinearsi che nella giurisprudenza di legittimità detta locuzione è stata costantemente intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, onde il "medesimo fatto" esprime l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona»¹⁵.

Tali affermazioni, elaborate già nel 2005 dalle Sezioni unite ed accolte generalmente anche dalle pronunce successive, hanno tuttavia trovato differenti configurazioni nei singoli casi concreti¹⁶. A fronte, quindi, di persistenti dubbi circa la reale portata applicativa del concetto di *idem factum*, la Corte costituzionale è intervenuta precisandone i limiti, saldando il diritto vivente europeo con quello interno.

Infine, la Consulta dà atto dell'esistenza di un orientamento minoritario in giurisprudenza, il quale, discostandosi dal solco tracciato dalla "sentenza Donati", ha operato una contaminazione delle direttive affermate da quest'ultima, reintroducendo surrettiziamente dei parametri valutativi legati al criterio dell'*idem* legale. Dette formule, non compatibili né con la Costituzione, né con la C.E.D.U., devono essere definitivamente abbandonate.

Precisata, quindi, la portata del concetto di "medesimo fatto storico-naturalistico", identificato nella triade "condotta - nesso causale - evento", e ricondotto l'art. 649 c.p.p. entro tali limiti, la Corte esclude che sussista il primo profilo di contrasto individuato dal giudice rimettente, «perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum*, ed all'interno di esso la Con-

¹⁵ Cass. sez. un., n. 34655 del 2005, cit. punto 1 delle considerazioni in diritto.

¹⁶ Per un esame più approfondito si veda la Relazione del massimario, *op. cit.*, 20 ss.

venzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e dunque a superare il diritto vivente nazionale»¹⁷.

Di tale primo percorso argomentativo devono tuttavia sottolinearsi due importanti rilievi.

In primo luogo, attraverso l'opzione interpretativa che identifica l'*idem factum* nella triade "condotta - nesso - evento", la Consulta sembra essere andata oltre rispetto a quanto richiesto. In altri termini, l'indagine effettuata sul sistema C.E.D.U. ha dimostrato sì che non vi sono elementi in favore di una massima espansione del divieto di *bis in idem*, ma è pur vero che non sussistono certezze nemmeno per quanto concerne l'opzione interpretativa adottata dal giudice delle leggi. Circostanza, quest'ultima, riconosciuta dalla Consulta stessa¹⁸.

La risposta alla questione di legittimità costituzionale ben avrebbe potuto arrestarsi all'accoglimento del criterio dell'*idem factum*, lasciando la soluzione della portata di tale concetto alla giurisprudenza di legittimità e di merito¹⁹.

Probabilmente, la scelta di precisare i confini applicativi del principio di *ne bis in idem* è stata dettata da due circostanze.

La prima è strettamente legata alle peculiarità della vicenda "Eternit-bis": l'applicazione di una concezione del "medesimo fatto storico" incentrata sulla sola condotta avrebbe definitivamente sancito l'applicabilità del divieto di doppio giudizio per tale processo, con conseguente impossibilità di proseguire nel giudizio. Ancorare l'*idem factum* anche alla verifica dell'identità del nesso causale e dell'evento naturalistico lascia invece aperta la possibilità di procedere per i reati contestati nel secondo giudizio.

La seconda ragione potrebbe invece essere legata alla necessità di rafforzare definitivamente l'indirizzo adottato dalle Sezioni unite attraverso la "sentenza Donati". Sancendo il definitivo abbandono del criterio dell'*idem* legale e precisando la portata del concetto di *idem factum*, la Corte indica un percorso preciso all'interprete, al fine di evitare che i principi già stabiliti dalle Sezioni unite vengano recepiti nella forma, ma non nella sostanza.

Da ultimo, risulta necessario sottolineare che la Consulta, attraverso questa decisione, ha instaurato un vero e proprio dialogo fra diritti viventi, scavalcando totalmente il dato testuale delle norme oggetto della vicenda²⁰.

¹⁷ Corte cost., n. 200 del 2016, cit. punto 8 delle considerazioni in diritto.

¹⁸ Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, punto 5 delle Considerazioni in diritto.

¹⁹ Nello stesso senso cfr. FERRUA, *op. cit.*, 83 ss.

²⁰ Tale ultima considerazione viene ampiamente descritta da FERRUA, *op. cit.*, 85 ss., al cui contributo si rimanda. Ancora, cfr. LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedue: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2017, 60 ss.; GA-

Ciò che suscita curiosità e, volendo, perplessità è sicuramente lo scollamento fra diritto vigente e diritto vivente che emerge dalle motivazioni della sentenza. Nello specifico, il dato testuale delle norme che sanciscono il divieto di *bis in idem* viene di fatto tralasciato in favore di un confronto fra diritti viventi, trasformando il giudizio di legittimità in un vero e proprio dialogo fra Corte costituzionale e Corti europee.

Già da una rapida lettura dell'art. 649 c.p.p. si evince chiaramente che l'accoglimento del criterio dell'*idem factum* poteva essere ricavato da una pura interpretazione letterale del primo comma, ove si riconnette il divieto di doppio giudizio alla necessità di essere in presenza di un "medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze". Paradossalmente, invece, il dato puramente testuale dell'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., laddove identifica il "fatto" con la medesima "*infractio*", sembra alludere ad un'identità giuridica, e non materiale²¹.

La sentenza n. 200 del 2016 si pone, quindi, come obbiettivo quello di creare un dialogo fra la giurisprudenza nazionale e quella europea, per cui, quando essa afferma che «Costituzione e C.E.D.U. si saldano» nella garanzia che la persona già giudicata possa beneficiare del divieto di doppio giudizio («ripudiando le sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati, sui beni giuridici offesi e sulla natura giuridica dell'evento»), in realtà opera sì una saldatura, ma, più propriamente, fra diritti viventi che si sono formati sulle disposizioni scrutinate²².

4. Ne *bis in idem* processuale e concorso formale.

Il secondo profilo segnalato dall'ordinanza di rimessione concerne il rapporto fra concorso formale e divieto di doppio giudizio. In tale frangente, il giudice rimettente evidenzia che il diritto vivente esclude l'applicabilità dell'art. 649 c.p.p. nel caso in cui il reato già giudicato sia stato commesso in concorso

LANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1209 ss.

²¹ La stessa Corte costituzionale ne è perfettamente consapevole, laddove afferma che l'accoglimento del criterio dell'*idem factum* viene operato dalla Grande Camera, con la sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, proprio al fine di dirimere il contrasto sorto in merito all'interpretazione dell'art. 4, respingendo la tesi che identificava il termine "*infractio*" con il fatto nella qualificazione giuridica che ne dà l'ordinamento penale.

²² Corte cost., n. 200 del 2016, cit. punto 7 delle Considerazioni in diritto. Deve evidenziarsi che l'approccio adottato dalla Consulta, essenzialmente sganciato dal dato letterale delle disposizioni in esame e legato essenzialmente al (solo) diritto vivente, non può che essere ricondotto alla profonda crisi che il principio di legalità, nella sua accezione tradizionale, sta attraversando negli ultimi decenni.

formale con quello successivamente contestato, nonostante la medesimezza del fatto.

Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, infatti, il rinnovato esercizio dell'azione penale sarebbe comunque consentito in presenza di un concorso formale, a prescindere dalla circostanza che il fatto che forma oggetto di convergenza fra più norme incriminatrici sia lo stesso sul piano empirico.

La Consulta specifica che, una volta escluso che tra le norme incriminatrici intercorra un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 c.p.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, è conseguentemente incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva od omissiva, nonostante il fatto storico risulti il medesimo.

Questo istituto di carattere sostanziale, prosegue la sentenza, non viola di per sé la garanzia propria del divieto di *bis in idem* il quale, sviluppandosi in una dimensione esclusivamente processuale, preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi col medesimo fatto, escludendo bensì la possibilità di una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

Per questa ragione la Consulta riconosce che, in linea astratta, la circostanza che sussista un concorso formale non sembra interferire con la garanzia prevista dall'art. 649 c.p.p.

Tuttavia, la Corte prende atto del fatto che il diritto vivente ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale con quello processuale proprio del *ne bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sull'identità empirica del fatto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., ogniqualvolta i reati in questione concorrano formalmente fra loro.

La garanzia sancita da quest'ultima disposizione viene così scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorra formalmente, ex art. 81 c.p., con il reato con il quale si deve procedere.

Tale percorso ermeneutico, reintroducendo tuttavia profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, deve essere definitivamente abbandonato a causa dell'accoglimento del solo criterio dell'*idem factum*, apprezzabile alla luce della triade "condotta - nesso causale - evento"²³.

²³ Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, cit. punto 11 delle Considerazioni in diritto: «Questa operazione, connotata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*».

La sentenza specifica infatti che nel sistema C.E.D.U. l'esercizio di una nuova azione penale, dopo la formazione del giudicato, non può che dipendere dal raffronto fra la prima contestazione ed il fatto posto a base della successiva iniziativa del Pubblico ministero, sicché ogni ulteriore criterio di giudizio connesso agli aspetti giuridici del fatto esula dalle opzioni concesse allo Stato aderente.

Per tale motivo, il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, 1° c., Cost., in relazione all'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., «nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

Precisa infine la Corte che tale conclusione non implica tuttavia un'automatica censura del divieto di *bis in idem* ogni qual volta si sia in presenza di un concorso formale di reati, poiché commessi con un'unica azione od omissione.

Tale automatismo viene invero scongiurato attraverso un'applicazione del criterio dell'*idem factum* identificato nella triade "condotta - nesso causale - evento". Dal momento che l'identità storico-naturalistica viene ancorata ad elementi ulteriori rispetto alla sola azione od omissione dell'agente, sarà allora possibile evitare una sovrapposizione fra i due istituti.

Siffatte ipotesi, in cui all'unicità della condotta non corrisponderebbe un "medesimo fatto" ex art. 649 c.p.p., sono ricollegabili a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'art. 90 del previgente codice di procedura penale, ossia l'assunto secondo cui quest'ultimo non si riferiva al caso di concorso formale di reati, nel quale «anche se l'azione è unica, gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono anche essere separatamente perseguiti»²⁴. Ancora, tali ipotesi sono riconducibili, oggi, a quanto disciplinato dall'art. 671 c.p.p., che permette l'applicazione della disciplina dell'art. 81 c.p.p., nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, sempre che tale applicazione non sia stata esclusa dal giudice della cognizione. Proprio quest'ultimo rilievo indica che sussistono occasioni in cui la formazione del primo giudicato non osta al perseguimento, in separato processo, di un reato concorrente con il primo.

Ragionando in questi termini, la presenza di un concorso formale diviene un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. e tale ininfluenza

²⁴ Corte cost., n. 200/2016, cit. par. 12, considerazioni in diritto.

è invero reciproca «perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del *ne bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico»²⁵.

5. I risvolti sostanziali di una vicenda processuale.

Giunge ora il momento di analizzare le possibili ricadute di questo nuovo indirizzo interpretativo sul piano del diritto sostanziale e, nello specifico, sui rapporti intercorrenti fra i divieti, processuale e sostanziale, del *bis in idem*. La rinnovata attenzione per tale principio impone di volgere lo sguardo sui due volti della preclusione, attraverso l'analisi delle relazioni intercorrenti fra l'art. 649 c.p.p., da un lato, e gli artt. 15, 68 ed 84 c.p. (rappresentanti i riferimenti normativi a cui si ricollega il divieto di doppia condanna).

In altri termini, ci si deve chiedere in che rapporti il divieto di doppio giudizio si trovi rispetto al fenomeno del concorso apparente di norme e, più nello specifico, se la preclusione processuale dipenda o meno dall'ambito di estensione del *ne bis in idem* sostanziale. Indirettamente, la risposta riguarderebbe anche la questione del rapporto fra l'art. 649 c.p.p. ed il concorso formale di reati: è di tutta evidenza, infatti, che se ad una medesima azione od omissione corrisponde, *in via ipotetica*, la violazione di più fattispecie penalmente rilevanti, tale situazione potrà essere riconducibile solamente ad un concorso formale eterogeneo oppure ad uno apparente di norme; sicché, un'eventuale estensione o restrizione dell'ambito applicativo di quest'ultimo porterebbe ad una conseguente riduzione od estensione applicativa del primo.

Con specifico riferimento ai rapporti intercorrenti fra «i due volti» del principio di *ne bis in idem*, risulta pacifico che gli stessi operino su due piani (almeno parzialmente) distinti²⁶: «in primo luogo, la violazione del divieto di doppio processo non determina, di per sé, trasgressione del divieto di seconda condanna, potendo il secondo giudizio concludersi con un proscioglimento. In secondo luogo, il *ne bis in idem* processuale può essere violato anche senza che si possa trasgredire al *ne bis in idem* sostanziale, dal momento che la prima garanzia vale anche dove l'agente, assolto una prima volta, non rischia due pene. Dal canto suo, il divieto di doppia condanna può essere sacri-

²⁵ Sempre Corte cost., n. 200/2016, *ibid*.

²⁶ Si ricorda, fra gli altri, BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *questa Rivista*, 1/2015, 115 ss.; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, 1183 ss.; RIVELLO, *La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 1410 ss.

ficato anche senza duplicazione di processi, vale a dire nell'ambito di un giudizio unico e, per converso, se non fosse sancito il *ne bis in idem* processuale, il *ne bis in idem* sostanziale sarebbe ugualmente rispettato»²⁷.

Ancora, la stessa *ratio* posta alla base di tali principi ne accentua la diversità: «è chiaro che il *ne bis in idem* sostanziale rispond(e) ad esigenze di equità e di giustizia sostanziale, essendo concentrato ad evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato, mentre il *ne bis in idem* processuale tende ad assicurare, anzitutto, esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi»²⁸. Il divieto processuale può anche essere letto come una garanzia *ad personam*, operante limitatamente alla specifica qualità dell'imputato, assicurando la certezza del diritto in senso meramente soggettivo²⁹. Tuttavia, anche tale lettura si sostanzia in una *ratio* di tutela differente rispetto a quella "equitativa" propria del *ne bis in idem* sostanziale.

Sulla scorta di tali affermazioni, si afferma generalmente in dottrina che «il disposto dell'art. 649 c.p.p. non può essere considerato come la semplice traduzione in chiave processuale del principio del *ne bis in idem* sostanziale»³⁰.

A sostegno di tale "separazione concettuale" si aggiunge ora anche quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2016. L'aver sancito l'assoluta ininfluenza del concorso formale rispetto alla preclusione disciplinata dall'art. 649 c.p.p. fornisce un ulteriore elemento a sostegno della diversità dei due piani del *ne bis in idem*.

Ragionando in tali termini, il divieto di doppio giudizio assumerebbe ora contorni autonomi sia in relazione al concorso apparente, sia in relazione al concorso formale: per certi versi, opererebbe anche in situazioni che, secondo il diritto sostanziale, verserebbero in una situazione di concorso formale, risultando "più esteso" rispetto al divieto di doppia condanna³¹; d'altro canto, l'aver identificato l'*idem factum* nella triade "condotta - nesso di causalità - evento" rischierebbe di non ritenere operante la preclusione in casi notoriamente riconducibili al fenomeno del concorso apparente di norme, quale è, a

²⁷ Cfr. BONTEMPELLI, *ibid.*, cit., 120.

²⁸ GAITO, RANALDI, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit. 114.

²⁹ Cfr. GAITO, RANALDI, *ibid.*

³⁰ Così, CAPRIOLI, *op. cit.*, cit. 1185. Cfr. anche FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *questa Rivista*, 1/2017, 63 e ss.

³¹ È la stessa Corte costituzionale ad evidenziarlo, affermando l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

titolo di esempio, la progressione criminosa³². In quest'ultimo caso, ci si troverebbe dinanzi ad un'asimmetria applicativa, nella quale il *ne bis in idem* processuale finirebbe per essere relegato in un ambito più ristretto rispetto a quello sostanziale. Tale discrasia comporterebbe, potenzialmente, la possibilità di instaurare un secondo giudizio, per difetto del criterio dell'*idem factum*, per reati che potrebbero tuttavia rientrare nelle logiche del *ne bis in idem* sostanziale, creando una "spaccatura" fra due dimensioni, processuale e sostanziale, della stessa vicenda.

La soluzione più "prudente", invero prospettata in dottrina, sarebbe quella di ritenere che, nel caso di difformità di eventi, sia consentito un secondo giudizio nel solo caso di concorso formale, ma non in presenza di un concorso apparente³³. Purtroppo, l'assenza di indicazioni in tal senso rischia di incoraggiare orientamenti favorevoli all'esperimento di nuove azioni penali in relazione alle fattispecie progressive, proprio sul presupposto della diversità di evento³⁴.

A tale prima asimmetria applicativa se ne aggiunge, tuttavia, una seconda, concernente il rapporto fra la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. e l'istituto del concorso formale: secondo i dettami della Consulta, potrebbero ben profilarsi situazioni in cui il *ne bis in idem* processuale precluda la possibilità di punire un soggetto per un reato formalmente concorrente con altro, oggetto tuttavia di un precedente processo già passato in giudicato, e situazioni in cui gli stessi reati, se contestati dal Pubblico ministero all'interno del medesimo procedimento, sarebbero entrambi addebitati al reo, secondo lo schema del cumulo giuridico.

Lo scenario che si profila, sviluppando tali conclusioni, desta profonde perplessità: l'applicazione o meno dell'istituto del concorso formale, in tali casi, finirebbe per dipendere esclusivamente dalla "celerità" del Pubblico ministero nel contestare tutte le fattispecie, relative al medesimo fatto, all'interno dello stesso processo. Le conseguenze, in tema di trattamento sanzionatorio, non possono che essere viste con sfavore: la contestazione di più fattispecie all'interno dello stesso procedimento comporterebbe l'applicazione della di-

³² Nello specifico, in dottrina si è fatto l'esempio della progressione criminosa, richiamando quella giurisprudenza la quale, rilevando il mutamento dell'evento naturalistico, ammette il *bis in idem* nella ipotesi in cui la morte della vittima sopravvenga ad un giudicato, di condanna o di assoluzione, per percosse o lesioni in suo danno. Cfr. LAVARINI, *op. cit.*, 70 ss., la quale richiama, a titolo di esempio, Cass., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, Carbognani, in www.cortedicassazione.it; nonché Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, n. 4404, Nardini, in *Cass. pen.* 2010, p. 1598, ove la progressione criminosa è stata ravvisata fra le fattispecie di appropriazione indebita e di bancarotta fraudolenta.

³³ FERRUA, *op. cit.*, 84.

³⁴ In questo senso sempre FERRUA, *op. cit.*, 84.

disciplina dell'art. 81 c.p., con la possibilità di infliggere una pena pari al triplo della sanzione più grave, salvo i limiti previsti dal terzo comma del medesimo articolo. Al contrario, la contestazione di uno solo di tali reati comporterebbe l'inflizione della sola pena per questo prevista. Ma il paradosso si accentua ancor di più nel caso in cui si proceda in violazione della preclusione *ex art* 649 c.p.p., instaurando un secondo procedimento per reato formalmente concorrente con un primo già oggetto di giudicato: in tal caso, ad intervenire sarebbe la disciplina dell'art. 669 c.p.p., con conseguente esecuzione della condanna meno grave.

La disparità di trattamento sanzionatorio risulta, invero, sconcertante e difficilmente giustificabile per la sola circostanza di aver o meno contestato celermente tutte le fattispecie nel primo procedimento: poniamo l'esempio di Tizio il quale, al fine di intascare il premio dell'assicurazione, incendia la propria casa, integrando le fattispecie previste dagli artt. 423, co. 2, c.p. (incendio della cosa propria) e 642 c.p. (fraudolento danneggiamento di beni assicurati). Un'eventuale contestazione di entrambi i reati nel medesimo procedimento potrebbe comportare l'inflizione della pena più grave, sette anni per l'incendio della cosa propria, aumentata sino al triplo, seppur con il limite della somma delle pene previste per le singole fattispecie, ossia, potenzialmente, dodici anni di reclusione. In caso di contestazione di uno solo dei due delitti, soggiacerà solamente alla pena per questo stabilito, ossia fino a sette anni per l'incendio e fino a cinque anni per il fraudolento danneggiamento di beni assicurati. Ancora, a fronte di una prima condanna *ex art*. 423, co. 2 c.p., si potrebbe giungere, in applicazione dell'art. 669 c.p.p., all'applicazione della sola condanna *ex art*. 642 c.p., benché successiva, per un massimo di cinque anni, con un divario teorico di sette anni per il medesimo fatto, in cui, a mutare, sono solo le tempistiche delle contestazioni³⁵!

In questo frangente, a fronte delle seppur ineludibili esigenze ricommesse al principio del *ne bis in idem processuale*, sarà necessario interrogarsi sulla sostenibilità di siffatta, irrazionale, forbice sanzionatoria. Allo stato dell'arte, ed in considerazione del carattere recessivo del concorso formale rispetto all'art. 649 c.p.p., sancito dalla Corte costituzionale, l'unica soluzione parrebbe quella di interrogarsi sulla necessità o meno di "rivedere" lo stesso istituto del cumulo giuridico, nella parte in cui prevede un'ulteriore "porzione sanzionatoria" da aggiungersi alla cornice edittale dei singoli reati in concorso formale.

³⁵ Divario destinato invero ad aumentare in tutte le ipotesi in cui, a convergere siano o fattispecie punite più severamente rispetto a quelle prospettate in esempio, oppure in casi di convergenza di più di due fattispecie.

6. Dal cumulo punitivo del doppio binario al cumulo giuridico del concorso formale di reati³⁶.

A ben vedere, l'esperienza convenzionale del *ne bis in idem* rischia di comportare, al contempo, un'estensione ed una restrizione della tutela della persona, a seconda del piano di riferimento: da un lato, si evidenzia una notevole espansione della tutela processuale del singolo, determinata dall'accoglimento del criterio dell'*idem factum*; dall'altro, le ricadute in tema di trattamento sanzionatorio creano forti attriti tanto in relazione al principio di proporzionalità della pena, quanto alla prevedibilità della stessa, attesa la mutevolezza della cornice edittale nelle ipotesi sopracitate.

Ma procediamo con ordine.

Assodata la parziale diversità dei due volti del *ne bis in idem*, ed appurato che l'esperienza europea muove da considerazioni attinenti al divieto di doppio giudizio, non bisogna tuttavia dimenticare che la vicenda convenzionale del *ne bis in idem* (quale principio processuale) si è sviluppata attraverso la censura di un sistema a doppio binario sanzionatorio cumulativo, circostanza, questa, che dovrebbe indiziare l'interprete verso un'indagine che investa anche il piano sostanziale del divieto³⁷.

Dal momento che quest'ultimo dipende da valutazioni basate sul rapporto di genere a specie intercorrente fra fattispecie astratte (e non sulla circostanza che il medesimo fatto concreto possa essere sussunto sotto due o più previsioni incriminatrici), non ci si può sottrarre dall'evidenziare che le censure mosse dalla Corte EDU in tema di doppio binario sanzionatorio, s'incentrano su ipotesi che, in linea di principio, non si pongono necessariamente in contrasto col piano sostanziale del *ne bis in idem*, quantomeno nell'accezione che di esso fornisce l'approccio monista³⁸.

In questi termini, la prima risposta della giurisprudenza convenzionale è stata quella di privilegiare il piano processuale del divieto a scapito di quello sostanziale, censurando situazioni logicamente non in contrasto con quest'ultimo.

³⁶ Si precisa che la dicitura "doppio binario sanzionatorio" viene in questa sede utilizzata per indicare esclusivamente le discipline caratterizzate dalla previsione di concorrenti sanzioni penali ed amministrative. Non s'intende pertanto utilizzare tale espressione nella sua accezione classica, riferita all'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza a soggetti al contempo imputabili e socialmente pericolosi.

³⁷ In questo senso si veda TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2017, 1047 e ss.

³⁸ Per approfondimenti sulle teorie pluralistiche e monistiche cfr., su tutti, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 53 ss.

A bene vedere, questa circostanza, circoscritta a casi concernenti la valutazione del doppio binario sanzionatorio, trova ora una conclusione analoga anche nei rapporti fra concorso formale e divieto di doppio giudizio, proprio ad opera della già citata sentenza n. 200 del 2016. Lo schema, infatti, è pressoché identico: l'accoglimento del criterio dell'*idem factum* in luogo dell'*idem legale*, porta ora a ritenere recessivo il concorso formale di reati (come tale non contrastante, bensì complementare al *ne bis in idem* sostanziale) rispetto al divieto di doppio giudizio.

Se tale vicenda si fosse conclusa, sul piano europeo, in questo senso, si sarebbe potuto sostenere che le istanze sottese al divieto processuale del *bis in idem* non possano essere “scavalcate” dalle logiche connesse al divieto di doppia condanna. Tuttavia, il parziale arresto della Corte EDU nel caso *A. e B. c. Norvegia* 15 novembre 2016, e la successiva giurisprudenza sul punto, potrebbe comportare la necessità di indagare più diffusamente sui collegamenti intercorrenti fra piano processuale e sostanziale³⁹. Di particolare interesse è il fatto che, in presenza di determinate condizioni, la Corte ha affermato che non viola il diritto fondamentale al *ne bis in idem* la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto dall'amministrazione tributaria, benché la sanzione amministrativa sia riconducibile alla materia penale, secondo i “criteri *Engel*”. Tutto ciò, a patto che fra i due procedimenti esista una “*sufficiently close connection in substance and time*”.

Come acutamente affermato in dottrina, in tale frangente la Corte, nonostante la convergenza di più fattispecie (anche sostanzialmente) penali sul medesimo fatto, ha «agito interpretativamente sul *bis*, lasciando ferme le consolidate certezze sull'*idem*»⁴⁰. In presenza di determinati requisiti, i giudici di Strasburgo hanno infatti ricondotto due distinti procedimenti in un *simultaneus processus*, fuoriuscendo, di fatto, dall'ambito di applicazione della tutela processuale dell'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U.

In particolare, il test della “*sufficiently close connection in substance and time*” presenta un requisito che, invero, non risulta collegato alle logiche del divieto di doppio giudizio, ma a considerazioni proprie del *ne bis in idem* sostanziale. Ed infatti la Corte EDU, dopo aver elencato una prima serie di criteri strettamente legati all'esigenza di evitare che il cittadino “soffra” il peso

³⁹ Già richiamato in apertura del presente contributo, *op. cit.*, nota 7. Le riflessioni che seguono traggono spunto dal contributo di TRIPODI, *op. cit.*, al quale si rimanda.

⁴⁰ Sempre TRIPODI, *op. cit.*, cit. 1056.

di molteplici procedimenti relativi al medesimo fatto concreto, ne elabora uno di natura squisitamente sostanziale: “*and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate*”¹¹.

In buona sostanza, se l'esigenza di proporzionalità della pena risulta soddisfatta, il divieto di doppio giudizio cede in favore dell'applicazione del cumulo punitivo. Certamente, è sufficiente il mancato rispetto di uno qualsiasi dei criteri prospettati dalla Corte a far scattare la preclusione processuale del secondo procedimento. Tuttavia, l'enfasi che la Corte pone sul criterio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio risulta estremamente significativa (“*and above all*”, e soprattutto, più degli altri).

Ergo: nel rispetto della connessione sostanziale e processuale dei due procedimenti, se vi è proporzionalità nella risposta sanzionatoria la preclusione processuale cede, in favore della convergenza di più norme in relazione al medesimo fatto.

Trattasi, a ben vedere, di un “inquinamento” del piano processuale, operato attraverso l'introduzione di un requisito di natura sostanziale.

Infatti, deve evidenziarsi che la valutazione della proporzionalità della risposta sanzionatoria appartiene alle logiche sostanziali del divieto di *bis in idem*, sicché, in tale frangente, tale sovrapposizione può essere letta come una sorta di commistione del piano sostanziale con quello processuale¹².

In altre parole, i sistemi a doppio binario sanzionatorio, nel rispetto del principio di proporzionalità, non potranno essere censurati dalla preclusione dell'art. 4, Prot. 7, C.E.D.U., nonostante siano incentrati sul medesimo fatto storico e la sanzione amministrativa sia comunque da considerarsi sostanzialmente penale.

¹¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre del 2016, n. 24130/11, *A e B c. Novergia*. Gli altri criteri previsti, per quanto concerne la connessione sostanziale, da valutarsi unitamente a quella temporale, concernono: a) *whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved*; b) *whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem)*; c) *whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set*.

¹² Così GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 221 ss.; si veda anche TRIPODI, *op. cit.*, 1058 ss.

Giunge ora il momento di capire se e quali conclusioni possiamo trarre in relazione al rapporto fra concorso formale e divieto di doppio giudizio, nel tentativo di individuare un percorso alternativo, che possa porre quantomeno un limite alle sopra citate asimmetrie applicative⁴³.

La risposta invero rimane una mera suggestione, in particolare se si considerano due profili: in primo luogo, la vicenda europea si sviluppa esclusivamente in relazione ai sistemi di doppio binario sanzionatorio, sicché non è possibile trasferirne automaticamente gli sviluppi anche sul terreno esclusivamente penale; in secondo luogo, sebbene pare a chi scrive che la vicenda del *ne bis in idem* convenzionale tocchi, anche implicitamente, entrambi i volti della preclusione, non può sottacersi che la tematica sostanziale non è stata messa in luce dalla giurisprudenza convenzionale, che ha concentrato l'attenzione sul solo piano processuale.

Tentando un azzardo, ci si chiede se la questione del rapporto fra concorso formale di reati e divieto di doppio giudizio non potesse (o non possa?) svilupparsi secondo una diversa direttiva, parallela alla vicenda che investe i sistemi a doppio binario sanzionatorio.

Allo stato dell'arte, si ripete, può notarsi che il concorso formale (cumulo giuridico) ed il doppio binario (cumulo punitivo) presentano profonde affinità in relazione agli sviluppi convenzionali in tema di *ne bis in idem* processuale: in entrambi i casi il criterio dell'*idem factum* comporta frizioni fra il divieto di doppio giudizio e situazioni che, tuttavia, risulterebbero rispettose delle logiche del *ne bis in idem* sostanziale (non possono esservi dubbi sul fatto che, dipendendo il concorso apparente dal criterio della specialità, la circostanza che due fattispecie non si trovino in concorso apparente non implica necessariamente, alla luce dell'*idem factum*, che esse non riguardino il medesimo fatto storico); in secondo luogo, la giurisprudenza convenzionale prima, e la Corte costituzionale poi, hanno risolto la questione sulla base della primazia del *ne bis in idem* processuale⁴⁴.

Tuttavia, dopo la sentenza *A. e. B. contro Norvegia*, si registra una profonda discrepanza: mentre sul fronte nazionale e, nello specifico, in tema di concorso formale, perdura incontrastata la primazia del piano processuale su quello sostanziale, sul versante sovranazionale questa "gerarchizzazione" non è più

⁴³ Cfr. par. 5.

⁴⁴ In questo senso si sono mosse le prime pronunce della Corte EDU, a partire dal caso *Grande Stevens*, e così pure si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 200/2016, che ha sancito l'ininfluenza del concorso apparente nel caso in cui le fattispecie convergano su un medesimo fatto storico.

così netta: in presenza di un trattamento sanzionatorio proporzionato la scura del divieto di doppio giudizio si arresta.

6.1. *Proporzionalità della pena: una strada alternativa?*

Ecco finalmente il cuore della questione: il delicato rapporto fra concorso formale e divieto di doppio giudizio, lungi dal risolversi su un piano meramente processuale, potrebbe forse giovare dei più recenti sviluppi interpretativi in tema di doppio binario, facendo leva sulla questione, sostanziale, del trattamento sanzionatorio. In altri termini, si apre un percorso alternativo: la vicenda del concorso formale, se guardata sotto la lente del principio di proporzionalità della pena, potrebbe indirizzare verso differenti conclusioni, tali da porre rimedio alla sopradescritta “irrazionalità sanzionatoria”, scaturente dall’applicazione degli artt. 81 c.p. 649 e 669 c.p.p.⁴⁵.

Riprendendo quanto affermato nel precedente paragrafo, «si potrebbe concludere provocatoriamente che [...] la vicenda del *ne bis in idem* europeo, guardata nella sua essenza, non è tanto di natura processuale, quanto sostanziale», la cui funzione è quella di razionalizzare il fenomeno della convergenza di norme sul medesimo fatto alla luce del principio di proporzione del trattamento punitivo⁴⁶.

Sviluppando il ragionamento, “l’oscillazione” della cornice edittale nei casi di concorso formale di reati convergenti sul medesimo fatto storico potrebbe trovare un freno proprio attraverso un’indagine, non processuale, bensì sostanziale, che s’interroghi sulla rispondenza del cumulo giuridico, nei casi di *idem factum*, al principio di proporzionalità della pena. Del resto, alla luce delle novità convenzionali in tema di *ne bis in idem*, a destare perplessità è proprio quell’ulteriore porzione sanzionatoria (“fino al triplo”) che l’art. 81 “aggiunge” alle cornici edittali delle singole fattispecie, in caso di concorso formale di reati.

Occorre tuttavia una precisazione. Proporzionalità va intesa, in questa sede, come limite alla discrezionalità delle scelte legislative *al momento della creazione* del quadro edittale. Una cornice sanzionatoria sproporzionata genera infatti due inconvenienti: in primo luogo, spezza la relazione che deve necessariamente sussistere fra gravità del fatto e risposta penale; in secondo luogo, laddove essa dia luogo ad una forbice sanzionatoria troppo “ampia”, compor-

⁴⁵ Il riferimento è alle già citate asimmetrie applicative (par. 5) ed alle criticità relative alla mutevolezza delle cornici edittali nei casi di concorso formale di reati sul medesimo fatto storico.

⁴⁶ Cit. TRIPOLI, *op. cit.*, cit. 1065.

ta necessariamente un aumento della discrezionalità dell'organo giudicante, nel momento di commisurazione della pena⁴⁷.

Ed infatti, tanto più è ampio il divario fra minimo e massimo edittali, entro i quali l'organo giudicante può spaziare nel momento di commisurazione della pena, tanto più risulta sfumata la valutazione del legislatore circa la proporzionalità della risposta sanzionatoria in relazione alla gravità del fatto. Del resto il sistema penale - si è osservato - «deve valorizzare la pena edittale, rapportando ad essa i giudizi di *giustizia-proporzione* e *utilità-dissuasione*: è la pena edittale che deve risultare proporzionata alla gravità (oggettiva e soggettiva) del reato, poiché è la sanzione minacciata che, nella rappresentazione anticipata della sua applicazione, deve superare il vantaggio del reato. Ne consegue che il contenimento del potere discrezionale del giudice si impone con assoluta priorità, affinché nelle fasi della commisurazione e dell'esecuzione venga rispettato il catalogo delle valutazioni legislative, che, pertanto, potrà realmente operare come tariffario sanzionatorio vincolante. In tal modo, il quadro sanzionatorio ritroverebbe la necessaria funzionalità, nei termini, coerenti e lineari, che possono così sintetizzarsi: l'efficacia di ogni singola pena comminata è insita nella sua certezza, così come l'efficacia del sistema è la somma di una pluralità di pene certe»⁴⁸.

Orbene, che l'istituto del cumulo giuridico comporti problemi di proporzionalità e discrezionalità sanzionatoria, non è invero una novità. Basta volgere lo sguardo ai progetti di riforma del codice penale degli ultimi decenni, per notare la convergenza di intenzioni delle Commissioni nei confronti di una necessaria revisione dell'art. 81 c.p., tesa a razionalizzare la risposta sanzionatoria in relazione al concorso formale ed al reato continuato⁴⁹. Tuttavia, l'attenzione si è quasi sempre focalizzata su differenti profili critici, quali

⁴⁷ Per approfondimenti in relazione al principio di proporzionalità si veda MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013, 104 ss. Si segnala inoltre l'importante pronuncia della Corte costituzionale, sent. 10 novembre 2016, n. 236, con nota di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2/2017, 61 ss., a tenore della quale, nella valutazione della proporzionalità della sanzione, si abbandona il requisito del *tertium comparationis*, essendo sufficiente dimostrare che la pena prevista da una singola fattispecie è sproporzionatamente severa in termini assoluti, in quanto implicante una limitazione dei diritti fondamentali del condannato eccessiva rispetto alle finalità perseguite dalla norma incriminatrice.

⁴⁸ Così GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2/1998, 414 ss.

⁴⁹ Si vedano in particolare i lavori della Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) e della Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998), in *www.giustizia.it*.

l'accertamento in concreto della violazione più grave, ovvero sulla modifica del limite minimo di aumento per ciascuno dei reati satelliti.

A tale “discrezionalità nel minimo”, tuttavia, si accompagna oggi anche “un’incertezza nel massimo”!

Questa criticità può essere spiegata nei seguenti termini: si rileva che la problematica scaturente dall'applicazione degli artt. 81 c.p., 649 e 669 c.p.p. non interessa invero l'istituto del cumulo giuridico in ogni sua manifestazione, bensì si manifesta nei soli casi in cui un concorso formale sia ravvisabile in relazione al medesimo fatto storico. Dal momento infatti che di convergenza reale si parla nel caso in cui più fattispecie siano realizzate attraverso una sola azione od omissione, non sempre tale situazione comporterà anche un'identità dell'evento e del nesso causale. In questo secondo caso, difettando il criterio dell'*idem factum*, ben potrà procedersi, ex art. 671 c.p.p. all'applicazione del cumulo giuridico, anche in caso di giudicato formatosi su uno dei reati concorrenti, senza ripercussioni in termini di incertezze del quadro edittale (l'aumento fino al triplo non è qui in discussione)⁵⁰. In questo secondo caso, istanze di protezione dell'individuo soggetto a più procedimenti per la medesima azione (non essendo in presenza di un medesimo fatto), non sono ammesse.

Alla luce di tali considerazioni è qui che potrebbe annidarsi il problema di proporzionalità del cumulo giuridico: non sull'istituto in quanto tale, ma in relazione alla circostanza per cui, nei *soli casi di medesimezza del fatto*, l'aumento previsto dall'art. 81 c.p., unito al rischio di una duplicazione dei procedimenti penali, risulta troppo gravosa per l'individuo. In altri termini, la valutazione dell'eccessiva gravosità non sarebbe derivante dalla “sola” presenza di un secondo procedimento, ma risulterebbe da una valutazione che tenga anche conto del carico sanzionatorio delle diverse fattispecie.

Ecco che, come nel *test* predisposto dalla Corte EDU nel caso *A. e B. contro Norvegia*, la valutazione in tema di *ne bis in idem* processuale potrebbe “nascondere” implicazioni di carattere puramente sostanziale.

Si giunge quindi al recupero di un parallelismo con gli sviluppi in tema di doppio binario sanzionatorio: la valorizzazione della questione della proporzionalità della sanzione, operata attraverso una contaminazione del piano processuale con istanze garantiste proprie del *ne bis in idem* sostanziale, riconduce il problema del rapporto fra doppio giudizio e concorso formale su

⁵⁰ È la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 200/2016 a confermarlo, cfr. par. 12 delle considerazioni in diritto.

piani (nuovamente paralleli) a quelli della giurisprudenza convenzionale post sentenza *A. e B. contro Norvegia*.

6.2. Uno sguardo comparato: la disciplina spagnola e tedesca

Suggerita la possibilità di una revisione, in chiave “proporzionalistica”, del cumulo giuridico, rimane da chiedersi quali strade possano essere percorse. In questa sede s’intende volgere lo sguardo ad altre esperienze europee, che affrontano la questione del trattamento sanzionatorio del fenomeno della convergenza di norme in maniera differente e, forse, potenzialmente illuminante, anche per l’ordinamento italiano⁵¹.

Per quanto concerne l’esperienza tedesca, i riferimenti normativi si trovano nei § 52 e seguenti StGB, contenuti nel titolo terzo della terza sezione, attinente alle conseguenze giuridiche del fatto⁵².

La collocazione sistematica della *Idealkonkurrenz* è di per se significativa, in quanto situata nella parte del codice dedicata, appunto, alle modalità di commisurazione della pena. In particolare, la disciplina tedesca del concorso ideale di reati ha lo scopo, come nell’ordinamento italiano, di predisporre un trattamento sanzionatorio più lieve rispetto a quello che risulterebbe dalla mera addizione delle pene corrispondenti alle fattispecie singolarmente considerate, sulla scorta del fatto che la realizzazione di più illeciti penalmente rilevanti attraverso una singola condotta implica la presenza di un *quantum* di colpevolezza inferiore rispetto all’ipotesi di una pluralità di fatti.

Sebbene tuttavia le premesse siano comuni, la disciplina tedesca si discosta quanto alle conseguenze giuridiche del concorso ideale, dal momento che il § 52 StGB canonizza il principio generale per cui deve essere applicata una sola pena, fissando, per le ipotesi di concorso eterogeneo, una sorta di “assorbimento inasprito”⁵³. La cornice edittale viene determinata secondo il principio della combinazione fra le sanzioni previste dalle singole fattispecie di volta in volta considerate: nello specifico, si creerà una nuova cornice sanzionatoria il cui massimo corrisponderà al massimo edittale più elevato fra quelli previsti dalle singole disposizioni scaturenti dalla medesima azione od omissione, ed

⁵¹ In tema di comparazione per quanto concerne la tematica della convergenza di più norme sul medesimo fatto, si segnala, da ultimo, il contributo di GIACONA, *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, a cura di Ambrosetti, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 363 ss., il quale riporta le scelte sanzionatorie, in tema di concorso formale di reati, degli ordinamenti tedesco, spagnolo, francese ed inglese.

⁵² Cfr., per il testo in italiano ed in lingua tedesca VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003. Cfr. anche LAUFHÜTTE, RISSING VAN-SAAN, TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. II, Berlino, 2006, 1241 ss.

⁵³ Cfr. GIACONA, *op. cit.*, 378 s.

il minimo, a sua volta, corrisponderà al minimo più elevato, potendo quindi verificarsi casi in cui la nuova cornice edittale risulti “composta” da un minimo ed un massimo di due fattispecie differenti⁵⁴. Nella determinazione della sanzione, il giudice dovrà tenere conto della situazione concreta, ovvero dei limiti edittali come determinati dall’eventuale presenza di circostanze aggravanti od attenuanti⁵⁵.

Nel caso, invece, di concorso apparente di norme, si applicano rispettivamente la norma speciale in caso di specialità, la norma principale in caso di sussidiarietà e quella consumante nelle ipotesi di assorbimento o consunzione⁵⁶. Tuttavia, la giurisprudenza applica eccezionalmente il principio della combinazione, nelle ipotesi in cui la norma più mite preveda un minimo edittale più elevato rispetto alla norma da applicare, ovvero preveda conseguenze sanzionatorie diverse dalla pena che quella non contempla: in queste situazioni, la pena non potrà essere inferiore al minimo edittale più elevato o, in riferimento al secondo esempio, dovranno essere irrogate le sanzioni (pene accessorie, misure, ecc.) disposte dalla legge più mite.

Analogamente a quanto disposto dal legislatore tedesco, anche l’ordinamento spagnolo colloca la disciplina del *Concurso Ideal* all’interno della disciplina dell’applicazione delle pene, ossia all’art. 77, Sez. 2 (*Reglas especiales para la aplicación de las penas*), Capo II del Titolo III del *Código Penal*. Pure nell’esperienza spagnola le conseguenze sanzionatorie sono congeniate in modo tale da risultare meno gravose per il soggetto rispetto all’applicazione della somma delle singole sanzioni previste per ogni fattispecie convergente. Afferma infatti l’art. 77, comma 2° c.p., che, nel caso in cui un solo fatto integri due o più violazioni, si “applica nella metà superiore dell’intervallo edittale la pena prevista per la violazione più grave, senza poter superare la somma delle pene che si sarebbero applicate punendo le infrazioni separatamente.

⁵⁴ Così recita il secondo comma del § 52 StGB: “se sono violate più disposizioni penali, la pena è stabilita in base alla disposizione che prevede la pena più grave. Essa non può essere inferiore alla pena minima consentita dalle altre leggi applicabili” (*Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen*).

⁵⁵ La precisazione è doverosa in quanto l’esperienza tedesca prevede specifiche ipotesi di modificazione della pena (c.d. *strafänderungsgründe*), che comportano la fissazione di un differente limite edittale, massimo o minimo, oppure un’autonoma ridefinizione dell’intera cornice di pena. Per approfondimenti, cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 315 ss.

⁵⁶ Difettando l’ordinamento tedesco di un riferimento normativo quale è, nell’ordinamento italiano, l’art. 15 in tema di concorso apparente di norme, non vi sono stati particolari problemi per la dottrina e la giurisprudenza tedesca nell’accoglimento di una pluralità di criteri da affiancare a quello di specialità.

Quando la pena così determinata supera questo limite, le violazioni sono punite separatamente⁵⁷.

Pure la disciplina spagnola pertanto, sebbene attraverso un meccanismo differente rispetto a quanto previsto dal codice tedesco, prevede l'applicazione della sola sanzione più grave, operando una sorta di compressione della originaria forbice edittale prevista. Infatti, in applicazione dell'art. 77 c.p., il giudice dovrà spaziare nella sola metà superiore della cornice edittale più grave (secondo uno schema analogo a quanto previsto, all'art. 66, 3° comma c.p., in caso di applicazione di circostanze aggravanti⁵⁸), senza poter superare la somma delle pene che si sarebbero applicate punendo gli illeciti separatamente.

Senza avere la pretesa di fornire un dettaglio esaustivo della disciplina spagnola e tedesca, che richiederebbe approfondimenti tali da deviare dal percorso intrapreso nel presente scritto, queste "piccole dosi" di comparazione risultano comunque utili al fine di trarre qualche piccolo spunto di riflessione.

In primo luogo, la collocazione sistematica di tali discipline, all'interno dei criteri di commisurazione della pena, rimandano implicitamente al rapporto che intercorre fra il fenomeno del concorso formale (e del suo negativo, il concorso apparente) e la necessaria proporzionalità della sanzione rispetto al fatto commesso, ritenuto meno grave, se più fattispecie risultano integrate con il compimento di una sola azione od omissione.

In secondo luogo, sebbene mediante l'utilizzo di differenti tecniche sanzionatorie, entrambi gli ordinamenti, pur condividendo con la disciplina italiana la necessità di predisporre una sanzione più mite rispetto al mero cumulo materiale, si differenziano da quest'ultima per un particolare di non poco conto: entrambi strutturano una risposta penale che non travalica i limiti edittali delle singole fattispecie, ma che al contrario contiene la dosimetria sanzionatoria entro i confini da queste previste. Infatti, "nel contesto europeo la disciplina del codice penale italiano sul concorso materiale di reati, sul reato continuato e sul concorso formale, si caratterizza per il suo notevole rigore. Aspetto che i

⁵⁷ "En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado". Il comma secondo si apre con la dicitura "nel primo caso" in quanto il primo comma dell'art. 77 fa riferimento, oltre al concorso ideale, anche a quello mediato, che si verifica nel caso in cui una violazione risulta essere il mezzo necessario per compierne un'altra, le cui conseguenze sanzionatorie sono stabilite dal 3° comma dell'art. 77. Per approfondimenti cfr. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, parte general*, Valencia, 2010; RODRIGUES RAMOS (coordinador), *Código Penal, comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2007.

⁵⁸ Dispone infatti l'art. 66, comma 3° che "Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito".

recenti progetti di riforma del codice hanno tenuto presente, mitigando il trattamento sanzionatorio, ma senza procedere [...] a una equiparazione tra concorso formale e apparente”⁵⁹.

Qui si annida l’ulteriore spunto verso l’abbandono del cumulo giuridico extra-edittale previsto dall’art. 81 c.p., che permetterebbe di alleviare gli inconvenienti derivanti dal rapporto intercorrente fra la disciplina del cumulo giuridico ed il divieto processuale del *ne bis in idem*: la necessità di una risposta sanzionatoria proporzionata, potrebbe spingere verso un ripensamento di tale istituto, il cui ulteriore carico sanzionatorio, nei casi di *idem factum*, appare troppo gravoso per il reo.

7. Dal “medesimo fatto” alla “stessa materia”: il *ne bis in idem* sostanziale.

Giunge infine il momento di spendere qualche parola in merito all’insoluta e dibattuta questione del rapporto fra concorso formale di reati e concorso apparente di norme. Il tema ruota attorno alla ben nota incapacità del criterio di specialità *ex art.* 15 c.p., nella sua veste formale, di risolvere tutte le ipotesi di convergenza apparente⁶⁰. Senza avere la pretesa di ripercorrere il dibattito sui criteri d’individuazione di tale fenomeno, si richiamano in questa sede le tre posizioni dottrinali più importanti circa i criteri risolutivi prospettati: l’assorbimento o consunzione, la specialità bilaterale o reciproca e la specialità in concreto⁶¹.

Il tentativo di recuperare un collegamento fra le due accezioni del *ne bis in idem* porta infatti ad esaminare i possibili sviluppi della giurisprudenza convenzionale anche sul piano sostanziale.

Ragionando in tal senso, si può in prima battuta affermare che gli approdi europei mal si conciliano con una teoria di stampo formale quale è quella della specialità reciproca⁶². Certamente, si potrebbe obiettare che, al momento della scelta della norma da applicare in caso di concorso apparente, optando per l’applicazione della fattispecie più grave, tale teoria possa trovare un punto in comune con quanto precedentemente affermato in tema di cumulo giuridico e proporzionalità sanzionatoria. Tuttavia, ciò può essere vero

⁵⁹ Così GIACONA, *op. cit.*, cit. 379.

⁶⁰ Cfr., su tutti, MANTOVANI, *op. cit.*, 71 ss.

⁶¹ In particolare, sebbene tale ultimo criterio risulti da tempo abbandonato, poiché oggetto di critiche invero non superabili, pare a chi scrive che l’impostazione sostanzialistica della giurisprudenza europea, nell’ottica della valorizzazione del fatto in luogo della fattispecie astratta, debba necessariamente portare ad approfondire anche la tematica della specialità in concreto.

⁶² Per approfondimenti sulla teoria della specialità bilaterale o reciproca si veda DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; MANTOVANI, *op. cit.*, 224 ss.

a valle, ma non a monte. Ed infatti, il criterio della specialità reciproca, laddove impone un confronto comunque fra fattispecie astratte, al fine di individuare un concorso apparente di norme (ma senza alcun riferimento alla convergenza delle stesse su un medesimo fatto), cozza con l'impostazione sostanziale convenzionale.

In altri termini, il riferimento ad un "fatto sostanzialmente unitario" su cui insistono più fattispecie, avallato dalla sentenza Grande Stevens, sembra infatti mal coniugarsi con il rapporto fra astratte norme incriminatrici, alludendo piuttosto al fatto storico nella sua accezione naturalistica⁶³.

Abbandonato il terreno della specialità reciproca, parrebbe giovare dell'evoluzione convenzionale proprio il criterio di assorbimento o consunzione, tanto che più voci hanno evidenziato l'opportunità di valorizzare pienamente l'approccio pluralistico al concorso di illeciti⁶⁴.

Nello specifico, la consunzione si traduce in un criterio valoriale, il quale fa leva sul disvalore delle fattispecie penali di volta convergenti sul medesimo fatto, con la conseguenza di ritenere applicabile la sola norma che prevede la fattispecie più grave. Nelle teorie pluralistiche, detto criterio convive con quello di sussidiarietà, che si fonda sul diverso grado di offesa di un medesimo bene giuridico, con la conseguenza che l'offesa più grave contiene in sé quella minore. L'utilizzo di entrambi permetterebbe di ovviare all'insufficienza del principio di specialità, consentendo di estendere il concorso apparente a situazioni non coperte da quest'ultimo.

Invero, nonostante la giurisprudenza rimanga ancorata all'opzione restrittiva che limita al solo art. 15 c.p. la problematica del concorso apparente di norme, l'influenza della Corte EDU e le statuizioni della sentenza n. 200 del 2016 della Consulta paiono ora suggerire un approccio pluralistico sul tema. La stessa Corte costituzionale afferma che «per decidere sulla unicità o pluralità di reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 cod. pen., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso appa-

⁶³ Deve comunque rilevarsi che, allo stato dell'arte, le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono espresse nel senso che «le argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale, nel delineare la nozione di *idem factum*, si collocano nell'alveo del richiamato orientamento espresso dalle Sezioni unite nell'interpretazione dell'art. 15 cod. pen.», ossia come (unico) criterio, di stampo logico-formale, non rivenendo pertanto profili di frizione fra la prospettiva naturalistica adottata dal diritto convenzionale e le dottrine logico-strutturali in tema di principio di specialità. Cfr. Cass., sez. un., sent. 41588 del 2017, cit. paragrafo 5 delle considerazioni in diritto.

⁶⁴ Il riferimento è a DELBONO, *Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in *giurisprudenza penale web*, 2/2018, www.giurisprudenzapenale.com, 3 ss.; GIACONA, *op. cit.*, 377 ss.; TRIPODI, *op. cit.*, 1069 s. Per quanto concerne il principio di consunzione si rimanda a MANTOVANI, *op. cit.*, 77 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 67 ss.

rente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica»⁶⁵.

Tuttavia, l'utilizzo dei tradizionali, ulteriori, criteri rispetto a quello di specialità, non fornirebbe una esaustiva risposta per quanto concerne il delicato rapporto fra concorso formale divieto di doppio processo: anche attraverso una modifica del cumulo giuridico, tale criticità potrebbe dirsi solo meramente ridimensionata. Se da un lato si potrebbe affermare che, in ogni caso, il reo risponderebbe di un'unica sanzione, la questione non potrebbe dirsi veramente risolta. se è vero che, dal punto di vista delle conseguenze, si risponderebbe sempre, e comunque, entro la cornice edittale della fattispecie più grave, non può non rilevarsi che la scelta fra consumazione e cumulo giuridico infra edittale comporterebbe comunque l'applicazione di cornici edittali differenti, sebbene parzialmente coincidenti⁶⁶.

Se invece, oltre ad un ripensamento del cumulo giuridico, si ritenga necessario intervenire per ridisegnare i rapporti fra concorso formale e divieto di doppio processo, la strada da percorrere potrebbe essere un'altra.

In altri termini, ci si chiede se l'evoluzione sostanziale del *ne bis in idem* non fornisca nuova linfa vitale proprio a quel filone dottrinale, interno alle teorie moniste, che valorizza il criterio di specialità nella sua dimensione concreta⁶⁷. Infatti, ancorare il concorso apparente ai casi di convergenza di norme sul medesimo fatto storico condurrebbe a configurare un concorso formale di reati sempre in situazioni che, secondo l'*idem factum*, non potrebbero rientrare nelle logiche dell'art. 649 c.p.p., ma, al contrario, gioverebbero, tutte, dell'applicazione dell'art. 671 c.p.p.

In proposito, la possibilità di una riemersione di tale opzione interpretativa è stata già prospettata in dottrina, con riferimento alle ripercussioni della "giurisprudenza Grande Stevens" in tema di doppio binario sanzionatorio⁶⁸. In

⁶⁵ Cfr. Corte cost., n. 200 del 2016, cit. punto 11 delle considerazioni in diritto.

⁶⁶ Ancora, la stessa Corte di cassazione rimane monolitica nel senso dell'utilizzo del solo criterio di specialità, concludendo nel senso che «sia l'univoca giurisprudenza della Corte di legittimità sia la mancanza di principi che impongano l'ampliamento postulato dall'opposta tesi, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU e del Giudice delle leggi, conducono ad escludere la presenza di un sostegno ermeneutico all'ipotesi di considerare, nell'ambito dell'istituto del concorso apparente di norme, criteri valutativi diversi da quello di specialità». Cfr. Cass., sez. un., sent. 20664 del 2017, cit. punto 5 delle considerazioni in diritto.

⁶⁷ Per approfondimenti in merito al criterio della specialità in concreto si rimanda a ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di Conti, Milano, 2003, 138 ss.; MANTOVANI, *op. cit.*, 126 ss.

⁶⁸ Cfr. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 127 ss.; PENCO, *Il principio di specialità amministrativa. Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 3/2015, 68 ss.; LABIAN-

questo senso, vero è che la suggestione riguarderebbe solo questo settore. Tuttavia, può comunque affermarsi che, in tale frangente, la sanzione amministrativa si traduce, nella sostanza, in una sanzione penale, evocando quindi la più ampia tematica del concorso apparente di norme.

In secondo luogo, la progressiva erosione del principio di legalità formale, ad opera della giurisprudenza convenzionale, potrebbe giocare un ruolo fondamentale anche sul terreno dei criteri selettivi della convergenza di fattispecie, valorizzando l'aspetto storico-naturalistico in luogo di quello logico formale. Il riferimento al fatto, che nel nostro ordinamento si traduce in una valutazione formalistico-strutturale, viene ora inteso, a livello convenzionale, quale riferibilità di più fattispecie allo stesso accadimento concreto. Le istanze sottese a tali, differenti, prospettive è chiara: la maggiore certezza offerta dalla dimensione formale, quale precipitato del principio di legalità per la prima; le necessità legate alla c.d. "giustizia sostanziale", per la seconda⁶⁹.

Infine, un'ultima circostanza risulta pregnante circa la paventata riemersione della specialità in concreto: nello specifico, una critica decisiva a tale teoria nasce dall'impossibilità di raccordare un simile criterio all'istituto del concorso formale di reati, dal momento che anch'esso, da un punto di vista strettamente naturalistico, si risolve nella convergenza di più fattispecie (non in rapporto di genere a specie) sul medesimo fatto storico. In questo senso, non si comprenderebbe come far convivere una nozione naturalistica del principio di specialità proprio con l'istituto del cumulo giuridico, il quale prevede, in questi casi, un aumento "extraeditale" di pena. In altri termini, risulterebbe impossibile parlare di concorso apparente proprio in considerazione del fatto che tali ipotesi, che secondo il principio di specialità in concreto dovrebbero risolversi nell'applicazione di una sola sanzione, prevedono invece un aumento di pena che, esondando dalle originarie cornici edittali, porterebbe, in applicazione del criterio della specialità in concreto, ad una ingiustificata duplicazione della sanzione.

Se tuttavia, valorizzando le già citate istanze di proporzionalità, si evidenziasse l'irragionevolezza di quell'ulteriore porzione sanzionatoria prevista dall'art. 81

CA, *op. cit.*, secondo cui «se i fatti oggetto di contestazione sono sostanzialmente i medesimi, non importa che le due norme non si trovino fra loro in rapporto di specialità formale; qualora la condotta dell'imputato sia sussumibile sotto due diverse disposizioni di legge, seguendo i dettami della Corte EDU ed utilizzando il criterio della cd. specialità in concreto, dovrebbe applicarsi la disposizione speciale», cit. 35 s.

⁶⁹ Così PENCO, *ibid.*, il quale specifica opportunamente che la prima prospettiva è «a prima vista, più sicura, ma troppo spesso ha portato a mete non coerenti con il percorso compiuto; l'altra via, che sembrerebbe adombrata da rischi eccessivi di discrezionalità e incertezza, sovente ha condotto a risultati ben migliori di quanto le premesse lasciavano intravedere», cit. 70.

c.p., la situazione potrebbe mutare. Una rimodulazione dell'istituto del cumulo giuridico, operata prendendo spunto da legislazioni, quali quella tedesca e spagnola, che strutturano una risposta sanzionatoria comunque "intraeditabile", farebbe venir meno quella discrasia che, allo stato dell'arte, rende inconciliabile una lettura sostanzialistica dell'art. 15 c.p. con l'istituto del concorso formale di reati.

8. Conclusioni.

Si tratta di mere suggestioni. Tuttavia, pare a chi scrive che l'evoluzione del divieto di *bis in idem* non possa più non tenere conto delle istanze, di carattere prettamente sostanziale, ricollegate al principio di proporzionalità della sanzione.

Non può sottacersi che esse poggiano su considerazioni tese a valorizzare una commistione fra i due piani della preclusione, ma, d'altro canto, tale interferenza è incoraggiata dallo stesso approccio sostanzialista che la giurisprudenza E.D.U. ha inaugurato con riferimento alla materia penale.

Del resto, deve sottolinearsi che, anche per chi nega che il divieto di doppio giudizio si risolva nella trasposizione processuale del divieto di doppia condanna, un dato di carattere generale rimane tuttavia fermo: nonostante le diversità proprie dei due volti del *ne bis in idem*, si afferma comunque quantomeno che «laddove sussista il rischio di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, non possa non operare il *ne bis in idem* processuale»⁷⁰. Ancora, nonostante le due declinazioni del divieto siano indubbiamente «sorrette da *rationes* diverse e operino su piani distinti, è innegabile, tuttavia, che detti principi presentino una stretta connessione funzionale»⁷¹.

In conclusione, il ponte ideale che collega i due piani del *ne bis in idem*, valorizzato e potenziato dal ruolo giocato, in ambito convenzionale, dal principio di proporzionalità (strettamente correlato alla preclusione sostanziale, ma eletto a criterio "*above all*" per la valutazione circa la sussistenza o meno del divieto di doppio giudizio), potrebbe fornire nuove indicazioni circa l'annosa questione dei confini fra concorso formale e concorso apparente di norme.

L'approccio sostanzialistico inaugurato dalla giurisprudenza E.D.U., la progressiva ed inesorabile erosione del principio di legalità formale, l'accoglimento del criterio dell'*idem factum*, nonché gli attriti fra quest'ultimo ed il piano sostanziale del *ne bis in idem*, suggeriscono con sempre più forza la valorizzazione del fatto concreto anche sul piano della convergenza di fatti-

⁷⁰ Così CAPRIOLI, *op. cit.*, cit. 1183.

⁷¹ Così FLICK, NAPOLEONI, *op. cit.*, cit. 880; RIVELLO, *op. cit.*, 1415.

specie, evidenziando con forza i cedimenti dell'approccio monistico-formale circa l'interpretazione del concorso apparente di norme. Il criterio di specialità tradizionalmente inteso, ossia come rapporto fra fattispecie astratte, risulta sempre più insufficiente se rapportato alle novità derivanti dalla giurisprudenza convenzionale.

Che la futura evoluzione del divieto di *bis in idem* proceda sul solco tracciato dalla Corte costituzionale, oppure si sviluppi secondo percorsi differenti, solo il tempo potrà dirlo.

Ciò che in questa sede preme evidenziare è che, indipendentemente dagli sviluppi futuri di tale vicenda, rimane compito ineludibile della dottrina interrogarsi su tutte le possibili ramificazioni che tale garanzia (processuale e sostanziale) potrebbe intraprendere: a traguardi (più o meno) certi, quale l'abbandono definitivo dell'*idem* legale in favore dell'*idem factum*, si accompagnano nuove "zone grigie" che esigono che la vicenda non rimanga più circoscritta alla sola giurisprudenza, nazionale od europea, ma che sia affrontata anche dal legislatore, il quale deve "onerarsi" del compito di gettare luce sulle ombre generate dal diritto vivente.