

Concorso apparente di norme, reato assorbente non procedibile o non punibile e possibile reviviscenza del reato soccombente ed assorbito.

1. - Un rapido schizzo in merito al concorso apparente di norme. 2. - Se a diagnosticarlo basti il principio di specialità. 3. - L'ausilio di altri criteri. 4. - In ogni caso si delinea una norma prevalente ed un reato che assorbe l'altro. 5. - Concorso apparente di norme e reviviscenza della norma soccombente: introduzione. 6. - Se il reato assorbito possa ritenersi "connesso" con quello assorbente. 7. - Reato assorbente procedibile a querela e reato assorbito procedibile di ufficio. 8. - Un possibile indizio di diritto positivo: l'articolo 131 del codice penale. 9. - Alla ricerca di diversi indizi: atti persecutori ed irrevocabilità della querela. 10. - Cause di non punibilità del, e solo del, reato assorbente. 11. - Desistenza volontaria rispetto al reato assorbente e residua punibilità per gli atti compiuti integrativi di reato diverso. 12. - Concorso apparente e non punibilità dei reati contro il patrimonio ex 649 c.p.. 13. - Un indizio per una diversa conclusione: depistaggio e non punibilità nel caso di reato presupposto procedibile a querela. 14. - La diversa ratio delle cause di non punibilità dei reati prevalenti. 15. - Ancora sui reati assorbenti procedibili a querela.

1. - **Un rapido schizzo in merito al concorso apparente di norme.** Il concorso apparente designa la situazione che si verifica allorché il fatto commesso integri in astratto più fattispecie incriminatrici ma solo una di esse trovi concreta applicazione, in quanto idonea ad esaurire e sanzionare l'intero significato offensivo del fatto concreto.

Pur ben definito nei rapporti con il concorso di reati, l'istituto si presenta di non facile e puntuale diagnosi, posto che è raro imbattersi nell'aiuto normativo delle clausole di riserva¹ o di univoci ed espliciti indizi di diritto positivo.

Nella maggior parte dei casi, quindi, occorre l'impegno dell'interprete, posto davanti all'interrogativo se le fattispecie convergenti regolino la stessa materia, condividendo parte del precetto e della conseguente sanzione, e quindi se ne debba applicare in concreto

¹ Tali clausole sono particolarmente diffuse nel nostro panorama legislativo e possono essere, a secondo dell'ampiezza della norma di riferimento, di tre tipi: riserva assolutamente indeterminata (es., art. 616 c.p.: "se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge"); riserva relativamente indeterminata (es., art. 513 c.p.: "se il fatto non è preveduto come più grave reato"); riserva determinata (es., art. 455 c.p.: "fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti").

E' indubbio che tali clausole definiscano ipotesi di concorso apparente di norme e provvedano a direttamente individuare la norma applicabile, come accade, ad esempio, nei rapporti tra il reato di atti sessuali con minorenne (art. 609 quater, comma 2, c.p.) e il reato di prostituzione minorile, che punisce il compimento di atti sessuali a pagamento con persona minore di età, compresa tra i quattordici e i diciotto anni (art. 600 bis, comma 2, c.p.), in cui l'assorbimento del secondo nel primo, nell'ipotesi di coinvolgimento di soggetto infrasedicenne e soggetto attivo qualificato, è espressamente dichiarato. Inoltre esse svolgono una ulteriore funzione, la quale si ricollega allo stesso inciso finale contenuto nel suddetto articolo 15 c.p., il quale, facendo salvi i casi in cui, "sia altrimenti stabilito", contempla la possibilità di un'inversione del criterio di prevalenza tra le norme concorrenti, nel senso di rendere applicabile la disposizione generale in luogo di quella speciale e quindi sancire la prevalenza della disposizione meno 'qualificata' in termini di specialità.

solo una; ovvero se quel convergere costituisca una mera interferenza, cioè una sovrapposizione solo parziale dell'accadimento rispettivamente contemplato, con la conseguenza che le diverse norme incriminatrici, esprimendo plurimi significati lesivi, debbano tutte trovare applicazione perché nessuna è in grado di assorbire il presidio di tutela predisposto dall'altra².

Come ormai da tempo acquisito, sono due gli orientamenti che si contrappongono in ordine ai criteri di distinzione tra concorso di reati e concorso apparente di norme, distinti tra loro in ragione della unicità o pluralità dei parametri a tal fine impiegati.

2. -Se a diagnosticarlo basti il principio di specialità. Secondo i fautori della c.d. **teoria monistica**, la tematica del concorso apparente di norme investe il confronto strutturale tra diverse figure di reato e può trovare adeguata soluzione facendo ricorso al solo principio di specialità, ancorché integrato da alcuni correttivi.

Il principio di specialità trova la sua previsione nell'articolo 15 del codice penale, ai sensi del quale "*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*"³.

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 generale⁴.

Secondo un consolidato orientamento il principio di specialità opera e viene in rilievo solo quando si sia in presenza di una materia che, in quanto comune alle due norme, costituisca il puntuale oggetto di una plurima qualificazione penale, con conseguente pluralità di risposte sanzionatorie. Si comprende quindi come in tali casi, proprio per evitare che un fatto sia punito più volte, debba darsi rilevanza esclusiva ed assorbente ad una sola delle norme convergenti nella valutazione e sanzione del medesimo fatto.

In tale prospettiva⁵, il concetto di materia designa la situazione di fatto intesa in senso naturalistico e quale contemplata dalle norme incriminatrici. La predetta situazione di

² Nel lessico sistematico i termini convergenza ed interferenza di norme solitamente designano, rispettivamente, le ipotesi in cui le norme regolano la stessa materia (quindi convergono nella disciplina del fatto) e quelle in cui ciascuna ne regola una porzione, sicché il punto in cui queste ultime coincidono copre e contempla solo una parte della materia da esse rispettivamente regolata, che per la residua parte è quindi diversa.

³ Per definire i concetti di legge generale e speciale valgono i principi di teoria generale del diritto, per cui **legge generale** è quella che ha come destinatario qualsiasi soggetto e, nel diritto penale, essa è essenzialmente rappresentata dal codice penale; mentre **legge speciale** è quella che si applica ad una determinata categoria di soggetti, quale, ad es., il codice penale militare, il codice della strada e le disposizioni penali del codice civile.

⁴ 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.

⁵ Inizialmente la giurisprudenza ravvisava il concorso apparente solo nella ipotesi di medesimezza del fatto storico e non interpretava il riferimento normativo della stessa materia quale identità del bene giuridico.

In seguito, quella stessa giurisprudenza si è sostanzialmente orientata verso le posizioni della dottrina valutativo-teleologica, secondo le quali la stessa materia ha da essere intesa come identità o omogeneità del bene giuridico e l'individuazione della norma in concreto applicabile deve passare attraverso i principi di specialità, sussidiarietà e consunzione.

In epoca più recente, le sezioni unite penali della Suprema Corte (sentenze n. 1235 del 2011; 1963 del 2011; n. 20664 del 23/02/2017) hanno espresso forti critiche a tali orientamenti, cui si è addebitato di far dipendere

fatto è "la stessa" - e quindi si delinea la stessa materia - quando essa è sussumibile sotto più norme, sì che potrebbe essere disciplinata da una qualsiasi di esse se tutte le altre mancassero.

Occorre, quindi, una valutazione circoscritta alla astratta previsione normativa, al fine di verificare se nell'una fattispecie siano contenuti tutti gli elementi costitutivi dell'altra, con l'aggiunta di un elemento specializzante (relazione logico-strutturale tra norme).

In particolare, ad assumere rilievo decisivo non è l'identità tra gli interessi protetti⁶ bensì il rapporto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie, in relazione ai quali sarà speciale quella in grado di far emergere un profilo di tutela ulteriore, il quale verrà dunque ad aggiungersi ed affiancarsi a quello in cui si esaurisce la previsione di contenuto generale.

Pur nella diversità delle impostazioni, dottrina e giurisprudenza concordano nell'assunto che la specialità possa anzitutto riguardare una soltanto delle fattispecie penalmente in raffronto: si parla in questo caso di **specialità unilaterale**, che può assumere carattere di

da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione delle norme penali, così profilandosi elementi di tensione rispetto al principio di legalità, con particolare riguardo alle sue declinazioni di determinatezza e tassatività.

Si è quindi ritenuto che i criteri di valore implicati dal criticato orientamento non fossero affidabili e non avessero basi normative, in particolare sottolineandosi che l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude alle sole 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.

In esito a tali rilievi la Suprema Corte ha affermato che l'unico criterio normativo che regola il concorso tra norme è quello di specialità, sancito dall'art. 15 e per effetto del quale occorre un raffronto meramente strutturale tra le fattispecie considerate, prescindendo dall'analisi del fatto storico e abbandonando la soluzione di combinare criteri tra loro diversi.

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 e sussumibile in più norme ed indipendentemente da un astratto rapporto di genere a specie tra queste.

Il criterio di specialità è da intendersi quindi in senso logico-formale, con la conseguenza che il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dal citato art. 15, si realizza 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.

Non può comunque trascurarsi - sottolinea l'orientamento in esame - l'esigenza sottesa 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, in ordine alla norma incriminatrice applicabile.

⁶ Secondo un orientamento minoritario, invece, il presupposto della "stessa materia" si delinea soltanto qualora le norme in rapporto strutturale di genere a specie siano dettate per la tutela dello stesso bene giuridico o comunque di beni giuridici omogenei, pur precisandosi che talvolta occorra considerare anche gli aspetti comportamentali - oggettivi e soggettivi - delle fattispecie e la loro eventuale plurioffensività.

Per altro orientamento, radicalmente contrapposto, deve optarsi per una soluzione più ampia, posto che alla stregua di quello sopra descritto l'esistenza di un concorso apparente rischierebbe di venire esclusa in maniera pressoché costante, dal momento che la stessa relazione di specialità unilaterale viene per lo più ad intercorrere tra disposizioni poste a tutela di beni giuridici diversi. Per esempio, nel concorso tra peculato (art. 314) ed appropriazione indebita (art. 646) la stessa materia dovrebbe essere negata, posto che i due reati offendono, da un lato, la pubblica amministrazione, e dall'altro il patrimonio; ed una medesima conclusione dovrebbe valere anche nei rapporti tra il sequestro estorsivo (art. 630) e la fattispecie di cui all'art. 605, dato che, mentre quest'ultima è posta, ancora una volta, a tutela della persona, il primo, viceversa, rientra tra i delitti che offendono il patrimonio.

specificazione o di aggiunta ed in cui la sovrapposizione di una norma sull'altra è completa, nel senso che l'intera sfera applicativa dell'una è compresa nella più ampia sfera applicativa dell'altra⁷.

In entrambi i predetti casi, l'applicazione del principio di specialità è indubbiamente agevole: nella specialità per specificazione l'ipotesi speciale è già ricompresa in quella generale, per cui sarebbe comunque punibile in base all'ipotesi generale; nell'ipotesi per aggiunta, la condotta posta in essere ricade comunque in quella generale, perché il dato aggiuntivo si innesta, senza provocarne alcuna alterazione, sugli elementi che compongono la fattispecie generale⁸ e ha la peculiare funzione di inserirli in un più dettagliato contesto normativo, appunto quello che risulta dalla combinazione tra gli elementi della fattispecie base e l'elemento addizionale⁹.

Senonché, si è da tempo constatato come il rapporto di specialità unilaterale configuri un'eventualità, se non proprio rara, di certo piuttosto infrequente nel nostro panorama legislativo, sempre più permeato dalla tendenza a confezionare norme incriminatrici con abbondanza di dettagli descrittivi ed in variegato, ed intrecciato, rapporto con tra di loro.

Per tale ragione risulta di gran lunga prevalente il fenomeno di disposizioni in rapporto di 'specialità bilaterale' o 'reciproca', in cui si realizza una sovrapposizione solo parziale delle fattispecie astratte, per essere ciascuna di esse dotata di elementi che fuoriescono dall'area comune e fanno parte esclusiva, quale aggiunta o specificazione, di ciascuna delle fattispecie in raffronto: in altri termini, attorno al nucleo comune alle due norme ruotano elementi specializzanti reciproci per effetto dei quali ciascuna fattispecie costituisce una ipotesi speciale dell'altra¹⁰.

⁷ Nella **specificazione** (specialità per specificazione) viene in rilievo un elemento specializzante che costituisce una più acconcia messa a fuoco di un elemento della fattispecie generale, già in questa ricompreso e che può concernere l'oggetto, la modalità della condotta, la finalità o la qualità dell'agente. La fattispecie di **estorsione (art. 629 c.p.) è norma speciale rispetto alla violenza privata** (art. 610 c.p.: norma generale), in virtù della circostanza che l'estorsione presenta un elemento specializzante consistente in una variante specifica (ingiusto profitto con altrui danno) del generale evento della violenza privata (fare, omettere o tollerare qualcosa di determinato ma non altrimenti specificato nel contenuto).

Talvolta sono le qualità del soggetto agente a creare una fattispecie speciale, come nella violazione della corrispondenza da parte del postino (art. 619 c.p. rispetto all'art. 616 c.p.).

Nella specificazione per aggiunta la norma speciale presenta un elemento ulteriore rispetto a quelli che contrassegnano la norma generale: per es. **sequestro di persona a scopo di estorsione rispetto al sequestro di persona**.

⁸ Vi sono anche casi in cui la norma speciale contiene ben due elementi specializzanti, uno costituente aggiunta e uno costituente specificazione. Così, nell'art. 453, n. 4, c.p., che punisce chi «al fine di metterle in circolazione, acquista o comunque riceve, da chi le ha falsificate, ovvero da un intermediario, monete contraffatte o alterate», troviamo sia l'aggiunta, consistente nella finalità di mettere in circolazione le monete, sia la specificazione, consistente nella peculiarità dell'oggetto, rispetto alla fattispecie generale della ricettazione (art. 648 c.p.).

⁹ Imprimendo, quindi, alla fattispecie quel medesimo connotato specializzante che si è visto con riguardo alla specialità per specificazione.

¹⁰ Sul punto Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, terza edizione, 2019, p. 374 e ss., che prende in esame il rapporto tra le fattispecie rispettivamente previste dagli articoli 610 e 611 c.p., nelle quali è speciale l'art. 611 c.p. quanto allo scopo della costrizione (la commissione di un reato) ma è speciale anche l'art. 610 c.p., il quale esige l'effettiva coartazione del destinatario della violenza o minaccia. In particolare, la prima norma prevede anche il tollerare o l'omettere, che non sono previsti dalla seconda; quest'ultima, a sua volta, ha in più che la violenza o la minaccia devono essere dirette a far commettere un fatto costituente reato. Un'ulteriore ipotesi di specialità bilaterale viene individuata nella relazione che v'è fra le ipotesi di aggrottaggio comune e di aggrottaggio societario, laddove, oltre ad alcuni elementi comuni, il primo reato richiede il dolo specifico (consistente nel "turbare il mercato interno"), mentre il secondo è

Si comprende, quindi, come in tali evenienze via sia una maggior difficoltà ad individuare in modo puntuale ed univoco sussistenza ed epilogo della relazione di specialità, posto che ciascuna delle norme in raffronto presente un elemento di specialità rispetto all'altra.

Tale difficoltà, comunque, non impedisce la pacifica constatazione che anche nei casi di specialità bilaterale vengano tendenzialmente in rilievo fattispecie che convergono su di un unico fatto, il quale, nonostante coinvolga più norme incriminatrici, presenta un significato offensivo unitario e adeguatamente contemplato e sanzionato da una sola delle norme di astratta integrazione.

Tali connotati, che si correlano alla identità di materia, sono riscontrabili nella specialità bilaterale con riguardo alla due diverse sottocategorie della:

- a) **specialità per doppia specificazione**, che si delinea quando ciascuna fattispecie presenta un elemento specializzante e che ricorre, per esempio e come già accennato, nei rapporti tra la violenza o minaccia per commettere un reato (art. 611 c.p.) e la violenza a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.): il primo reato specifica il tipo di atto contrario ai doveri che il soggetto passivo deve compiere, mentre il secondo reato specifica la qualità del soggetto passivo.
- b) **specialità bilaterale per unilaterale specificazione ed aggiunta**, che, a dispetto della vertigine provocata dal lessico descrittivo, si riscontra con immediatezza quando le fattispecie in raffronto presentino l'una un elemento di specificazione e l'altra un elemento aggiuntivo, come accade, per esempio, con riguardo ai rapporti tra gli artt. 610 e 611 c.p., dove il secondo è speciale 'per specificazione' quanto all'oggetto dell'attività di coazione (dovendo questo consistere nella commissione di un reato) e il primo è speciale 'per aggiunta' in quanto richiede il requisito 'in più' dell'effettiva coartazione del destinatario della violenza o minaccia¹¹.

Per contro, del tutto diversa è la situazione della **specialità per aggiunta bilaterale**, in cui ciascuna fattispecie, pur disponendo di un nucleo condiviso, presenta un *quid pluris* espressivo di una autonoma dimensione lesiva, in alcun modo contemplata nell'altra¹².

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.").

Sempre in tale prospettiva si considera il rapporto tra il reato di maltrattamenti (art. 572 c.p.) e quello di percosse (art. 581 c.p.): l'uno speciale per quanto riguarda il soggetto passivo (persone della famiglia o assimilate) e per la reiterazione della condotta, l'altro speciale per essere le percosse una delle possibili forme di maltrattamento (il quale può attuarsi anche attraverso ingiurie, minacce, misure 'disciplinari' non consentite, ecc.).

¹¹ Come ulteriore esempio si consideri il rapporto tra il 1° e il 2° comma dell'art. 361 c.p.: dove, accanto alla condotta comune alle due fattispecie (e cioè l'omessa denuncia di reato), l'una presenta l'elemento specifico dell'aver appreso la notizia di reato "nell'esercizio delle funzioni" (a fronte del generico richiamo all'aver "comunque" avuto tale notizia ex art. 361, 2° comma), mentre l'altra presenta, a sua volta, un soggetto attivo specifico (essendo tale il funzionario della 'polizia giudiziaria' e quindi una variante specifica del 'pubblico ufficiale' di cui 1° comma della disposizione in esame). Analoga è la vicenda nel caso di un *sequestro estorsivo a cui consegua il pagamento del riscatto*, sul quale convergono le due fattispecie del sequestro ex art. 630 c.p. e della estorsione ex art. 629 c.p., le quali, pur sovrapponendosi nell'elemento della violenza alla persona in chiave costrittiva, si biforcano perché l'art. 630 **specifica** che deve trattarsi di un «sequestro» e l'art. 629 **aggiunge** che l'agente deve aver «conseguito un ingiusto profitto con altrui danno».

¹² Come esempio di tale tipo rapporto tra norme bilateralmente speciali si cita quello che intercorre tra le già previsioni relative alla **violenza sessuale (art. 609 bis)** e **all'incesto (art. 564)**: dove, pur risultando la condotta (e cioè, il compimento di un atto sessuale) comune ad entrambe, l'una presenta l'elemento 'aggiuntivo' della violenza, minaccia od abuso di autorità, mentre l'altra contempla, a sua volta, gli elementi 'aggiuntivi' dati dall'esistenza di una relazione personale di consanguineità o di affinità in linea retta,

Con la conseguenza che deve prendersi atto che in tali casi, per la eterogeneità esistente tra elementi strutturali reciprocamente aggiuntivi, è **diversa la materia** regolata dalle fattispecie in raffronto¹³.

Si comprende, pertanto, come in tali casi si sia in presenza di **un'interferenza tra le due norme** limitatamente alla sola condotta, essendo gli altri requisiti espressivi di lesività aggiuntiva e autonomamente sanzionata dalla, e solo dalla, pertinente norma incriminatrice. In altri termini, manca il presupposto della stessa materia e l'unica soluzione ammissibile dovrà necessariamente consistere nel riconoscimento di un concorso formale di reati alla stregua del disposto dell'art. 81, 1° comma, c.p.¹⁴.

3. - L'ausilio di altri criteri. Per parte della dottrina e un variamente configurato indirizzo di giurisprudenza il solo principio di specialità non è sufficiente ad offrire una completa soluzione a tutti i casi di concorso di norme in quanto la sua rigorosa e geometrica sintassi applicativa lascia residuare spazi in cui si registra l'inconveniente di addebitare più volte allo stesso soggetto un accadimento unitariamente valutato, con pregiudizio del principio del *ne bis in idem* sostanziale posto a fondamento degli artt. 15, 68 e 84.

nonché dal verificarsi di un pubblico scandalo. Qualche problema, comunque, può sorgere nelle ipotesi in cui la violenza sessuale sia commessa in danno dei discendenti (art. 609 ter n. 1): in tal caso, infatti, la circostanza aggravante viene a sovrapporsi e sanzionare la relazione di parentela che costituisce il substrato materiale dell'incesto. E' appena il caso di aggiungere che la questione cessa di porsi nella ipotesi in cui si ritenga che l'incesto sia di per sé, in quanto reato bilaterale, incompatibile con l'unilaterale offensività del reato di violenza sessuale.

¹³ Tale situazione ricorre, altresì, nei rapporti tra rapina (art. 628 c.p.) e lesione personale (art. 582 c.p.): qui il nucleo di sovrapposizione si manifesta nella violenza alla persona, a cui però la fattispecie di rapina aggiunge la sottrazione della cosa mobile altrui, mentre la lesione aggiunge la «malattia nel corpo o nella mente». Analogamente accade nei rapporti tra reati di falso e truffa (art. 640 c.p.), che si sovrappongono quando, in concreto, chi abbia formato l'atto falso lo impieghi per ingannare una persona e ricavi da ciò un profitto con altrui danno. IL nucleo comune è costituito dall'impiego del falso documento, a cui, da un lato, si aggiunge la previa condotta di formazione di un atto falso, d'altro lato, l'inganno con la conseguenza patrimoniale: due aggiunte che rendono configurabile il concorso dei reati, nonostante la parziale sovrapposizione delle due fattispecie. Riconducibile allo stesso schema della doppia aggiunta è il rapporto tra violenza o minaccia per commettere un reato (art. 611 c.p.) ed estorsione (art. 629 c.p.). La giurisprudenza riscontra l'incompatibilità tra la costrizione a commettere un delitto, che connota il primo reato, e la costrizione a compiere un atto di disposizione patrimoniale con conseguente profitto e danno, proprie della fattispecie estorsiva: il nucleo comune sarebbe dunque costituito dalla violenza o minaccia, a cui l'art. 611 aggiunge il rapporto di mezzo a fine con la commissione di un reato da parte del soggetto passivo e a cui l'art. 629 aggiunge l'ingiusto profitto con l'altrui danno, conseguenza del compimento di un atto di disposizione patrimoniale da parte della vittima.

¹⁴ In conclusione, secondo questa prospettiva, mentre tutte le ipotesi di specialità unilaterale danno effettivamente luogo ad un concorso apparente, i casi di specialità reciproca andranno riportati, a seconda dei casi, ora all'art. 15 c.p. - con conseguente applicazione di una sola norma - ed ora, invece, all'art. 81, 1° comma - con l'effetto, questa volta, di imporre l'applicazione delle regole sul concorso di reati, perché in tali situazioni (come nell'incesto e la violenza sessuale) l'ordinamento ha interesse a che entrambi i contenuti di disvalore corrispondenti a tale 'diversa materia' vengano considerati rilevanti in sede applicativa.

Non sempre la distinzione tra specificazione e aggiunta è agevole. Si prenda ad esempio il contrasto giurisprudenziale che è insorto con riguardo ai rapporti tra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570, comma 2, n. 1, c.p.) e quello di violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli (art. 570 bis c.p.). In merito, da ultimo e per la soluzione del concorso dei reati, Cass. Sez. VI, 3 maggio 2019, rv. 275677.

I principali criteri in tale prospettiva elaborati dalla dottrina, ed in taluni casi riconosciuti anche dalla giurisprudenza, sono il **principio di accessorietà-sussidiarietà**¹⁵ ed il **principio di consunzione o di assorbimento**¹⁶, entrambi accomunati dalla necessità di superare il dato esclusivamente strutturale del confronto tra schemi normativi e attingere quello dei contenuti lesivi delle singole incriminazioni, con riguardo alla concreta e globale conformazione del fatto storico.

In tale quadro svolge un ruolo particolarmente pregnante proprio il principio di consunzione, specialmente nell'ampia prospettiva che contraddistingue la posizione di coloro che ne ravvisano gli estremi in tutti casi in cui la realizzazione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, anche la commissione di un secondo reato, il quale, ad una valutazione normativo-sociale¹⁷, appare assorbito nel primo, che sarà l'unico a trovare applicazione per la decisiva ragione che la fattispecie in esso prevista contempla ed esaurisce il significato antigiusdittico del fatto concreto¹⁸.

¹⁵ Il criterio di accessorietà-sussidiarietà regola il rapporto tra norme che tutelano stadi o gradi diversi di offesa ad uno stesso bene giuridico, così che la norma che tutela l'interesse giuridico ad un livello superiore può dirsi esaurire l'intero disvalore del fatto ed è destinata a prevalere sulle altre. Nell'ambito di tale prospettiva esegetica si distinguono le ipotesi di accessorietà 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 accessorietà tacita, che sono configurabili quando l'interesse protetto da una norma, per la sua maggiore ampiezza, ingloba l'interesse tutelato da altra norma incriminatrice.

¹⁶ Il criterio di consunzione o assorbimento si riferisce a tutte le situazioni caratterizzate da uno sviluppo, in progressione offensiva, delle fattispecie in concorso, tale da far sì che l'una venga ad assorbire e a "consumare", per l'appunto, il disvalore sotteso all'integrazione dell'altra, sicché sarà <<consumante>> la norma il cui fatto, comprendendo in sé il fatto e la ragione di pena della norma consumata, esaurisca l'intero significato lesivo della concreta ed unitaria vicenda.

Più in generale, il rapporto di consunzione- assorbimento, indubbia espressione del principio del *ne bis in idem*, si realizza quando il fatto previsto da una norma è compreso nel fatto previsto da un'altra, di tal che 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 norme, l'una delle quali assuma come elemento costitutivo o circostanza aggravante il fatto previsto dall'altra.

¹⁷ 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, quindi, essenzialmente su di un giudizio di valore e presuppone la c.d. unità normativa. Ed infatti coloro che vi si oppongono mettono in evidenza come non sia rispettosa del principio di legalità una teoria che assegna al giudice il compito di fare ricorso a giudizi valutativi difficilmente riportabili ad un ambito di estensione sufficientemente delineato. Altresì si rileva che, ad un esame più attento, il richiamo, in particolare, al fenomeno della 'consunzione' non rappresenti nemmeno un vero e proprio 'criterio' per individuare il discrimine tra concorso di reati e concorso apparente di norme penali. Esso allude, si argomenta, soltanto agli esiti finali dell'indagine in merito al tipo di concorso - e cioè appunto, nel nostro caso, all'effetto di 'assorbimento' dell'un reato nell'altro - lasciando invece nell'ombra la definizione degli strumenti ermeneutici volti a stabilire quando una siffatta consunzione possa essere effettivamente riconosciuta.

¹⁸ Vengono tradizionalmente ricondotti al principio di consunzione le figure del reato complesso, del reato progressivo, dell'antefatto e del postfatto non punibili e della progressione criminosa.

Si **definisce reato progressivo** quello realizzato da un'unica condotta che offende con gravità crescente lo stesso bene o un bene di maggiore rilievo, la cui lesione o messa in pericolo comporta necessariamente anche quella relativa ad un bene minore : la locuzione designa quindi il transito da fatti meno gravi a fatti più gravi della stessa specie o di specie analoga, facendo confluire nella fattispecie finale l'intero evolversi dell'episodio delittuoso, dal punto di partenza al punto di arrivo.

L'antefatto o il postfatto non punibili si realizzano allorché un reato costituisce rispettivamente il normale mezzo di realizzazione di un reato più grave oppure l'ordinaria conclusione di un precedente reato più grave; esempio della prima ipotesi è il furto di un documento seguito dal falso per soppressione od

4.- In ogni caso si delinea una norma prevalente ed un reato che assorbe l'altro. Stabilito che, salvo il caso di specialità bilaterale per doppia aggiunta, negli altri le norme si delincono in concorso apparente, ben si comprende, perché ragione e scopo dell'intera tematica del concorso apparente, come l'unica norma da applicare sia quella che, per comprendere e consumare il significato offensivo dell'altra, assume il ruolo di norma prevalente ed assorbente, di per sé idonea a contemplare e sanzionare l'intero fatto.

Tale norma è di agevole individuazione nel caso in cui l'apparenza del concorso sia imposta dal principio di specialità.

Laddove una delle norme convergenti sia prevista nella *legislazione speciale*, è indubbio che sia propria questa norma a dover trovare assorbente applicazione, in quanto espressiva di una maggiore "specialità" di regolamentazione¹⁹.

Se, invece, vengono in considerazione due norme codicistiche, il criterio prevalente è quello che privilegia l'applicazione della fattispecie **connotata da un soggetto attivo qualificato (c.d. reato proprio)**, ritenendosi che tale elemento di specializzazione esprima il legame più caratterizzante tra norma e fatto concreto²⁰.

Quando entrambe le fattispecie delincono *reati comuni*, l'interprete dovrà designare come norma applicabile quella che presenti elementi in grado di esprimere più da vicino ed in modo più pregnante le *peculiarità del fatto concreto*, **anche se, in ipotesi, agganciata ad una comminatoria meno grave**. Infatti, la ragione di una maggiore specificazione non sempre è collegata all'esigenza di prevedere sanzioni più dure e ben può risiedere proprio nell'opportunità di diminuire la pena (es. furti c.d. minori, *ex art. 626 c.p.*, rispetto al furto comune; omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.*, rispetto all'omicidio comune; alcuni reati militari rispetto ai corrispondenti reati comuni).

Anche nella ipotesi di specialità bilaterale, in conformità alla logica che permea il disposto normativo dell'art. 15 c.p. e pur essendone meno agevole la diagnosi, a prevalere sarà pur sempre la fattispecie più ricca quanto a connotati specializzanti.

Qualora le fattispecie siano contenute nella stessa legge e presentino il medesimo soggetto attivo e contemplino, inoltre, un ugual numero di elementi speciali, si ritiene che in tal caso, per il fatto di venire in rilievo due fattispecie bilateralmente speciali, debba assumere la prevalenza quella con soggetto attivo maggiormente 'specifico'.

Nella prospettiva pluralistica, e nella parte in cui dilata l'area del concorso apparente oltre i confini del principio di specialità, si fa più fatica, come già visto, ad individuare la norma prevalente. Venendo in rilievo un giudizio, è inevitabile che vi siano profili di opinabilità,

occultamento; della seconda, il furto con effrazione rispetto al possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli.

La progressione criminosa si realizza allorché il passaggio ad un reato più grave, che contiene il primo, avviene sì in modo contestuale, ma attraverso risoluzioni successive. In altri termini, la volontà è originariamente diretta alla produzione dell'evento minore e solo in un secondo momento, sebbene sempre in uno stesso contesto di azione, si dirige alla produzione del secondo maggiore evento: per esempio, reato di minaccia subito seguito dall'atto di violenza che realizzi il danno ingiusto prospettato con la minaccia.

¹⁹ In tal senso l'orientamento prevalente della giurisprudenza sui rapporti tra *truffa e frode fiscale* (art. 8 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74), in cui il reato codicistico contiene l'aggiunta della causazione dell'evento di danno (all'erario), che nel reato fiscale, contenente la specificazione della condotta, è oggetto di finalità espressa: specialità bilaterale per aggiunta solo unilaterale, quindi, ed applicazione esclusiva della norma della legislazione complementare.

²⁰ Così, nel caso della rivelazione di corrispondenza prevale senz'altro l'art. 619, comma 2, c.p., a scapito dell'art. 616, comma 2, c.p..

soprattutto con riguardo alle fattispecie di reato che si connotano per la loro plurioffensività ed in cui bisogna considerare il complesso dei beni protetti²¹.

Sta di fatto che in tutti i contesti sopra delineati il concorso apparente mette capo alla ineludibile constatazione della prevalenza ed esclusiva applicazione di una norma prevalente ed assorbente.

Resta però da verificare se la diagnosi di prevalenza richieda sempre i medesimi presupposti ed abbia sempre il medesimo effetto; oppure debba, o possa, farsi luogo ad alcuni distinguo, a seconda che la prevalenza sia figlia del geometrico principio di specialità oppure di quello, ben più friabile, di consunzione e divieto di *bis in idem* sostanziale.

Parrebbe, infatti, che si possa trovare qualcosa di utile in questa ultima prospettiva, in cui può porsi la questione se il concorso apparente definito e diagnosticato sulla base del divieto di *bis in idem* risulti imperniato sulla effettiva applicazione della norma prevalente; e quindi sia in qualche modo ad efficacia condizionata e contenga la eventualità che la norma prevalente receda, a beneficio della norma soccombente, tutte le volte che per le più varie ragioni e nonostante la astratta integrazione della contemplata fattispecie, essa non trovi applicazione e con essa non trovi applicazione la, per solito più severa, necessità di pena che esprime.

Ma procediamo on ordine e in una prospettiva che, almeno inizialmente, comprenda ogni ipotesi di concorso apparente.

5. - Concorso apparente di norme e reviviscenza della norma soccombente: introduzione.

Tirando le fila di quanto finora esposto constatiamo quanto segue: a) che si danno fatti concreti riconducibili a più norme incriminatrici, vuoi per il peculiare rapporto che si instaura tra le norme (rapporto di specialità nelle sue varie conformazioni) vuoi per ragioni correlate alla esistenza di una norma in grado di contemplare e sanzionare a titolo esclusivo la offensività del fatto; b) che tali fatti, nel momento genetico ed in quanto corrispondenti al modello astratto di più previsioni incriminatrici, si caratterizzano per una tipicità plurima²²; c) che la plurima tipicità del fatto è solo apparente, perché una sola è la norma che provvederà alla sua concreta qualificazione e sanzione²³.

Il quadro sintetico così delineato ci consente di entrare nel vivo dell'argomento che ci preme affrontare e di provare a dargli una adeguata impostazione, per modo di comprendere che cosa accada nelle ipotesi in cui la tipicità assorbente, riscontrata in esito alla ponderata valutazione del fatto a tipicità plurima, non evolva verso la punibilità della corrispondente fattispecie criminosa; oppure allorché l'accertamento del reato

²¹ Può comunque darsi per acquisito, fatta la tara della sua individuazione in concreto, che la norma prevalente coinciderà, tendenzialmente, con quella che commina il trattamento penale più severo, tale dunque da esaurire l'intero disvalore del fatto. Nelle ipotesi in cui tale criterio non sia sufficiente, la norma prevalente verrà individuata operando una comparazione del rango e della qualità dei beni tutelati dalle norme in raffronto.

²² In dottrina, BRUNELLI, *il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit. 2019, p. 390, tale vicenda è descritta nei termini di contrapposizione tra tipicità unitaria "originaria", a designare la constatazione della convergenza di più norme nella previsione del fatto, e tipicità "sopravvenuta", indicativa della sola norma applicabile in esito alla constatata natura apparente del concorso delle predette norme.

²³ Nella peculiare prospettiva della consunzione le plurime tipicità si possono anche manifestare, anziché in forma contestuale, anche in sequenza, nel senso che il fatto può dapprima rivelare la tipicità del reato a) - per esempio lesioni -, e poi quella, assorbente del reato b) - omicidio -.

assorbente risulti inibito dalla mancanza della, eventualmente necessaria, condizione di procedibilità.

Ad un primo approccio, infatti, si è tratti ad constatare che solo *se davanti al giudice facesse difetto uno qualunque degli ulteriori requisiti costitutivi di una fattispecie, verrebbe meno la potenziale ragione del "contendere" e la tipicità risulterebbe ab origine "unica", con applicazione dell'unico reato di cui esistono tutti gli estremi costitutivi*²⁴.

Il rilievo, indubbiamente fondato, svela nel contempo che qualcosa rimane fuori e non sottostà a tale regola. Esso, infatti, sottende la distinzione tra le ipotesi in cui: a) il reato prevalente ed assorbente sia giudizialmente escluso perché non ne sussistono tutti gli estremi costitutivi e la ipotesi in cui: b) il reato sussista ma non si possa procedere al suo accertamento per difetto della necessaria condizione di procedibilità; c) il reato sussista ma non sia punibile, per la sussistenza di cause di esclusione della pena o di estinzione del reato²⁵.

In tale differenziato contesto quel che è incontrovertito è il "rientro in scena" della norma soccombente tutte le volte che la fattispecie inizialmente prevalente si sia rivelata insussistente. In tal caso, infatti, si registra la erronea diagnosi di tipicità plurima e la successiva presa d'atto che la tipicità era unica e coinvolgeva una sola norma, esattamente quella da applicare, ancorchè in origine, con giudizio che a posteriori si è rivelato erroneo, considerata soccombente²⁶.

Occorre pertanto chiedersi, con riguardo ai due residui paradigmi contrassegnati sopra come b) e c), se esista, e quale esso sia, un criterio che consenta di individuare un momento in cui la prevalenza della norma assuma carattere irreversibile e determini la altrettanto

²⁴ In tali termini, BRUNELLI, *il diritto penale cit.* p. 390

²⁵ Forse è il caso di precisare, in ragione delle notoria divergenza di opinioni in merito, che con la formula <<punibilità>> si designa l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere la punibilità. Ne deriva che occorre fare attenzione a non confondere ciò che configura una specifica causa di non punibilità (o una condizione obiettiva di punibilità) con le variegate norme per effetto delle quali un determinato fatto non ricade sotto la sanzione penale, e quindi non è punibile, per la determinante ragione che esso non costituisce un reato.

In particolare occorre individuare, in conformità all'autorevole insegnamento del Vassalli, tra le generiche ipotesi di non punibilità quelle in cui tale non punibilità sia conseguenza:

- a) della insussistenza del fatto o della tipicità (esclusa la punibilità perché manca il reato);
- b) della sussistenza di cause di giustificazione o scriminanti (esclusa la punibilità perché manca il reato);
- c) della insussistenza dell'elemento psicologico del reato (esclusa la punibilità perché manca il reato);
- d) ed infine della sussistenza di cause di esclusione della sola pena, o cause di esclusione della punibilità in senso stretto, che accedono ad un fatto che di per sé costituisce reato (esclusa la punibilità nonostante il fatto costituisca reato).

A tutte queste situazioni vanno poi contrapposte le cause estintive del reato, per le quali è dettata una disciplina particolare (art. 182, 198, 210) e che sopravvengono dopo la commissione del fatto o addirittura dopo la condanna definitiva (- discorso a parte va fatto per le cause di non imputabilità, da taluni ricomprese tra quelle di non punibilità e da altri assoggettate ad uno statuto autonomo).

Su tali premesse, può quindi rilevarsi come il concetto di causa di non punibilità in senso stretto si collochi nel sistema del diritto penale con una sua rilevanza autonoma e con principi informativi peculiari e tipici, diversi da quelli che caratterizzano altre situazioni nelle quali pure il reato è escluso o la pena non viene applicata.

²⁶ Pare indubbio, infatti, che nella ipotesi di contestata estorsione, l'accertata insussistenza dell'ingiusto profitto farà rivivere il reato di violenza privata. Lo stesso capiterà, sempre nel rispetto delle scansioni processuali e di rituale integrazione del tema di accusa, nel caso in cui la norma speciale ed assorbente fosse più favorevole: l'accertata insussistenza del valido consenso nell'omicidio del consenziente, ipotesi iniziale di accusa, di certo farà rivivere la norma generale sull'omicidio.

irreversibile caducazione della norma soccombente, senza che abbia alcun rilievo la sua concreta applicazione e gli sviluppi o intoppi operativi che possano riguardarla²⁷.

Ci si chiede, in particolare, se in simili casi – indubbiamente diversi da quelli in cui faccia difetto un elemento costitutivo della fattispecie in ipotesi assorbente – si possa riaffacciare sulla scena la fattispecie soccombente, di cui sussistano tutti gli elementi costitutivi e rispetto alla quale non vi siano ostacoli al suo pieno dispiegarsi ed applicarsi.

Per una più chiara idea della questione proviamo a delineare i diversi quadri ipotizzabili, in modo da disporre di puntuali coordinate paradigmatiche e così abbozzare soluzioni con carattere di tendenziale generalità.

In primo luogo può accadere che il reato assorbente sia ineludibilmente procedibile a querela e quello assorbito sia, nella concreta evenienza e quindi anche per la sussistenza di alcune circostanze aggravanti, procedibile di ufficio.

Indi può darsi la eventualità, che in parte si sovrappone, quale circoscritta fattispecie applicativa, allo scenario precedente, che il reato assorbente, tendenzialmente procedibile a querela, divenga procedibile di ufficio nella ipotesi in cui sia connesso con reato procedibile di ufficio.

6. - Se il reato assorbito possa ritenersi “connesso” con quello assorbente. Conviene in primo luogo soffermarsi su quest’ultimo scenario, dominato dal principio di tassatività ed in cui la metamorfosi del regime di procedibilità è correlata al venir meno, a causa del connesso reato procedibile di ufficio, delle variegiate ragioni poste alla base della statuita procedibilità a querela, tendenzialmente consistenti nella ragionevole preoccupazione che l’inesorabile procedimento penale possa incidere negativamente sulla vita personale e sociale della vittima.

I reati per i quali opera tale meccanismo processuale, infatti, sono a tutela di beni correlati alle più intime e riservate manifestazioni della personalità e per tale ragione destinati a riprodurre, nella scena processuale e ove questa fosse ineludibile, quei profili di intimità e riservatezza violati dal delitto, con il rischio che questo ulteriore disvelamento generi sofferenze aggiuntive²⁸.

In tale prospettiva vengono in rilievo i reati di violenza sessuale (609 bis e septies, comma 4, n. 4, c.p.), di atti persecutori (612 ter c.p., comma finale ultima parte) e quello di diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite - *revenge porn* - (art. 612 ter, comma finale ultima parte, c.p.).

In relazione a questi reati la questione che si pone, indubbiamente correlata all’argomento in esame e tale, ove risolta in un certo modo, da farne in parte venir meno la ragion d’essere, è se possa dirsi integrata la connessione che genera il mutamento di procedibilità nella ipotesi in cui il reato assorbito, o uno dei reati assorbiti, sia procedibile di ufficio.

In tale prospettiva appare emblematico il rapporto tra il reato di violenza sessuale, procedibile a querela, ed il reato di maltrattamenti in famiglia, procedibile di ufficio.

Secondo il prevalente orientamento della Corte di cassazione, infatti, il reato, procedibile di ufficio, di maltrattamenti in famiglia viene assorbito nel reato, tendenzialmente a

²⁷ In altri termini ci si deve chiedere se questa distinzione logica tra la astratta integrazione di più reati e la applicazione di uno solo di essi come esito del concorso apparente di norme possa anche tornare utile in relazione a sviluppi operativi legati ad una possibile reviviscenza in concreto della norma soccombente.

²⁸ E’ noto come la previsione della querela sia al servizio di molteplici esigenze, tra le quali un posto particolare occupa, come già accennato, la preoccupazione, forse patrimonio di tempi ormai andati, che con il processo possa addirittura intensificarsi l’impatto negativo del reato nella sfera personale e sociale della vittima.

querela, di violenza sessuale tutte le volte che tale maltrattamento consista e si esaurisca nella reiterazione di atti di violenza sessuale²⁹.

In particolare si è ritenuto che la soluzione della pluralità di reati fosse preclusa dalla applicazione del principio di specialità, il quale esclude il concorso formale nella ipotesi in cui lo stesso fatto integri diverse fattispecie criminose ed una sia configurata come speciale rispetto all'altra.

Orbene si può ritenere che in tali casi sussista quel rapporto di connessione idoneo a determinare la procedibilità di ufficio del reato prevalente?

Sembra che la risposta, nonostante gli inconvenienti che essa genera³⁰, debba essere negativa e che essa discenda proprio dalla ratio della particolare e circoscritta norma sulla modifica del regime del regime di procedibilità derivante dalla connessione.

Tale metamorfosi, infatti, si realizza nei casi in cui: a) vi sia connessione in senso processuale (art. 12 cod. proc. pen.); vi sia connessione in senso materiale, cioè ogni qualvolta l'indagine sul reato perseguibile di ufficio comporti necessariamente l'accertamento di quello punibile a querela³¹.

Evidente come lo scenario in esame non rientri in nessuno dei predetti paradigmi, posto che l'assorbimento del reato procedibile di ufficio fa venire meno ogni necessità di procedere al suo accertamento; e quindi preclude il delinarsi di ciò che costituisce, nel

²⁹ Si ribadisce che tale indirizzo concerne la ipotesi di maltrattamenti realizzati tramite condotte di reiterata violenza sessuale ed in risposta al quesito se una stessa condotta fattuale, appunto quella dei reiterati abusi sessuali, possa integrare contemporaneamente il reato di violenza sessuale continuato e quello di maltrattamenti.

Sul punto, cfr. sentenze n. 35894 del 2004 e 45459 del 22/10/2008 Cc. (Dep. 09/12/2008) Rv. 241670 - 01, ai sensi delle quali il delitto di **maltrattamenti è assorbito da quello di violenza sessuale soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte**, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa, mentre in caso di autonomia anche parziale delle condotte, comprendenti anche atti ripetuti di percosse gratuite e ingiurie non circoscritte alla violenza o alla minaccia strumentale necessaria alla realizzazione della violenza, vi è concorso tra il reato di violenza sessuale continuata e quello di maltrattamenti.

Tesi implicitamente confermata dal, più volte ribadito ed in qualche modo complementare, orientamento secondo il quale il reato di violenza sessuale e quello di maltrattamenti in famiglia possono sicuramente concorrere tra loro quando la condotta violenta e di sopraffazione, pur ispirata da prevalenti motivazioni di carattere sessuale, non si esaurisca nel mero uso della violenza necessaria a vincere la resistenza della vittima per abusarne sessualmente, ma s'inserisca in un contesto di sopraffazioni, ingiurie, minacce e violenze di vario genere nei confronti di quest'ultima, tipiche della condotta di maltrattamenti" (sez. 3, 15.4.2008 n. 26165, Riva, RV 240542; Sez. 3e 46375 del 12/11/2008 Ud. (dep. 17/12/2008) Rv. 241798).

L'orientamento che in alcuni casi ritiene il maltrattamento assorbito nella violenza sessuale sembra trovare elementi di conforto nella introduzione, ad opera del decreto legge n. 93 del 14 agosto 2013 (convertito con legge n. 119 del 2013) del comma 5-quater dell'articolo 609 ter, che configura una aggravante ad effetto speciale (pena da sei a dodici anni) nel caso di violenza sessuale commessa "*nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza*".

³⁰ Si pensi al caso delle reiterate violenze sessuali realizzate con sistematici atti di percosse e minacce. La mancanza della querela per il reato di violenza sessuale fa svanire la obiettiva lesività degli atti di percosse e minacce, i quali, ove fini a se stessi e non strumento di realizzazione di sistematici stupri, sarebbero integrativi, perché reiterati, del maltrattamento in famiglia; cioè di un reato procedibile di ufficio.

³¹ In altri termini, allorché siano investigati fatti commessi l'uno in occasione dell'altro, oppure l'uno per occultare l'altro oppure quando si delinea il collegamento investigativo indicato nell'art. 371 cod. proc. pen. e purché le indagini in ordine al reato perseguibile di ufficio siano state effettivamente avviate.

contempo, ragion d'essere e limite fisiologico della norma che rende procedibile di ufficio il reato *ab origine* procedibile a querela³².

7. Reato assorbente procedibile a querela e reato assorbito procedibile di ufficio.

Sgomberato il campo dalla questione sopra indicata, possiamo ora ritornare allo scenario più ricorrente e tipico: quello, cioè, in cui il reato assorbente sia procedibile a querela e, nel difetto della sua necessaria condizione di procedibilità, vi siano fattispecie procedibili di ufficio tra i reati assorbiti.

In linea di massima il problema va impostato e risolto con riguardo alla teoria dei rapporti tra fattispecie e, in particolare, nella prospettiva di comprendere se possa accordarsi una eventuale sfera operativa alla norma assorbita nella peculiare ipotesi in cui non sia escluso il rapporto di assorbimento³³ ma sia solo precluso il giudiziale accertamento della norma prevalente.

Si consideri, al riguardo, il reato di atti persecutori, tendenzialmente procedibile a querela e che di certo assorbe il reato di minaccia³⁴.

Orbene, è indubbio che la minaccia costitutiva del reato di atti persecutori possa realizzarsi in uno dei modi previsti dall'articolo 339 del codice penale; e quindi concretare, anche dopo il D. Lgs. n. 36 del 2018³⁵, una fattispecie procedibile di ufficio.

Sicché ben può capitare che il reato di atti persecutori, procedibile a querela, comprenda ed assorba un reato procedibile di ufficio.

La stessa situazione può verificarsi con riguardo al reato di violenza sessuale, in cui può del pari darsi il caso di una minaccia realizzata con modalità che ne facciano, di per sé considerata, una fattispecie procedibile di ufficio.

³² Ed effettivamente, proprio con riguardo ai rapporti tra violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia, si afferma che, prevalendo ed essendo integrato solo il primo reato, non sussiste alcuna connessione con reati perseguibili di ufficio e quindi non trova applicazione la disciplina prevista dall'articolo 609 septies, n. 4, per la quale la violenza sessuale cessa di essere procedibile a querela e diventa procedibile di ufficio.

In tal senso Sez. III, 30 dicembre 2009, rv. 245871, ai sensi della quale la connessione di un reato di violenza sessuale con altro procedibile d'ufficio, e che comporta la perseguibilità senza querela del primo, viene meno se il reato procedibile d'ufficio è assorbito nel reato di violenza sessuale. (Fattispecie di assorbimento del reato di sequestro di persona, procedibile d'ufficio, in quello di violenza sessuale). Con la sentenza n. 37367 del 12 settembre 2013, rv. 256965 (fattispecie di violenza privata contestata in concorso con la violenza sessuale, rispetto alla quale non vi era stata querela) la Suprema corte ha annullato la decisione di merito, che aveva ravvisato il concorso tra i due reati e per l'effetto, attesa la connessione, condannato anche per violenza sessuale. Secondo il giudice di legittimità la violenza usata nella circostanza (avere costretto con violenza e minaccia la minore ad ingerire una sostanza stupefacente, bloccandola mentre tentava di darsi alla fuga, colpendola con un pugno e dicendole che l'avrebbe ammazzata) non conteneva quel *quid pluris* che integra l'autonomia e giustifica il concorso di reati e che per tale ragione deve consistere in qualcosa di chiaramente identificato e "svincolato" dalla condotta in cui si è realizzata concretamente la violenza sessuale. Di conseguenza la cassazione ha ritenuto assorbito il reato di cui all'art. 610 c.p. in quello dell'art. 609 bis c.p., ed annullato senza rinvio l'impugnata sentenza perché l'azione penale non avrebbe potuto essere iniziata per carenza di querela.

³³ O, più esattamente, non ne sia processualmente confermata la esclusione.

³⁴ Più controverso è il rapporto con la contravvenzione delle molestie. Secondo la Cassazione (Sez. 1, Sentenza n. 19924 del 04/04/2014 Ud. - dep. 14/05/2014) Rv. 262254 - 01), infatti, *"la contravvenzione di cui all'art. 660 cod. pen. che mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, integra fattispecie distinta, autonoma e concorrente rispetto al reato di atti persecutori di cui all'art. 612 bis cod. pen. in cui non viene assorbita per la diversità dei beni giuridici tutelati"*.

³⁵ Decreto legislativo 10 aprile 2018, n. 36 - Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 16, lettere a) e b), e 17, della legge 23 giugno 2017, n. 103-.

Direi che non mette conto procedere oltre. Il quadro è ben delineato e rimane da avviarsi verso la soluzione del quesito: e cioè se possa esservi ripristino del reato assorbito, procedibile di ufficio, nel caso in cui manchi, o sia intempestiva, la querela per il reato assorbente.

In merito si coglie una certa cautela nelle, per vero poche, pronunce della giurisprudenza, che sotto tale profilo si discosta dalla chiara ed esplicita posizione della dottrina maggioritaria, per la quale l'ostacolo processuale di per sé non fa venir meno l'efficacia giuridica esclusiva della norma speciale, poiché l'interprete deve prescindere dalle peculiarità dell'accadimento concreto e mantenersi sul piano del rapporto tra norme: una norma assorbe il contenuto dell'altra a prescindere dalla effettività dell'applicazione della pena commisurata al caso singolo, poiché l'assorbimento attiene alla struttura delle norme e riguarda la dimensione delle incriminazioni³⁶.

Per contro, in giurisprudenza, dopo la ovvia considerazione che va escluso il concorso nei casi di assorbimento di un reato in altro reato, si aggiunge³⁷ che a tal fine, cioè al fine della inapplicabilità del reato soccombente, è però necessario che il reato assorbente sia contestato, procedibile ed integrato nel medesimo contesto spazio temporale del reato assorbito³⁸.

Il medesimo principio, che viene formulato con connotati di generalità e senza correlarlo al fondamento specifico del concorso apparente³⁹, si intravede nella pronuncia con la quale la cassazione⁴⁰, dopo aver rilevato che in talune ipotesi il reato di molestia è assorbito nel reato di minaccia, ha cura di sottolineare che *"quando il fatto sia perseguibile anche quale minaccia, l'assenza della querela per tale ultimo reato o la relativa remissione non influiscono sulla procedibilità dell'azione per il reato contravvenzionale, mentre quest'ultimo, nel caso di contestuale perseguimento del delitto punibile a querela⁴¹, resta invece assorbito nella fattispecie più grave⁴².*

³⁶ Sul punto, con incisive e puntuali parole, Brunelli, op. cit., in particolare p. 392 e ss..

³⁷ Da ultimo, Cass, sentenza n. 21987 del 2019, a proposito del concorso apparente tra il reato, tendenzialmente procedibile a querela, di accesso abusivo a sistema informativo (615 ter) e quello, procedibile di ufficio, di detenzione abusiva di codici e chiavi di accesso (615 quater).

³⁸ In particolare si afferma (Cass, sentenza n. 21987 del 2019) che *"In virtù di tali considerazioni, deve concludersi che il meno grave - quoad poenam - delitto di cui all'art. 615-quater non possa concorrere con quello, più grave, di cui all'art. 615-ter, del quale costituisce naturalisticamente un antecedente necessario, sempre che quest'ultimo - come nel caso di specie - sia contestato, procedibile (la fattispecie di reato prevista dall'art. 615-ter, comma 1, non aggravata, è, diversamente dalle fattispecie aggravate di cui ai commi 2 e 3, procedibile a querela di parte; il reato di cui all'art. 615- quater è sempre procedibile d'ufficio) ed integrato nel medesimo contesto spazio-temporale in cui fu perpetrato l'antefatto, ed in danno della medesima persona fisica (titolare del bene protetto).*

³⁹ Sicchè è da riferire sia all'assorbimento che derivi dal principio di specialità che a quello che origini dal divieto di bis in idem sostanziale.

⁴⁰ Sez. 1, Sentenza n. 31265 del 27/06/2014 Ud. (dep. 16/07/2014) Rv. 261234 - 01.

⁴¹ Neretto apposto da chi scrive.

⁴² Sez. 1, Sentenza n. 11208 del 29/09/1994 Ud. (dep. 09/11/1994) Rv. 199624 - 01: *Con la disposizione prevista dall'art. 660 cod. pen. il legislatore, attraverso la previsione di un fatto recante molestia alla quiete di un privato, ha inteso tutelare la tranquillità pubblica per l'incidenza che il suo turbamento ha sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione. Pertanto, rispetto alla contravvenzione in discorso, viene in considerazione l'ordine pubblico, pur trattandosi di offesa alla quiete privata; onde l'interesse privato, individuale, riceve una protezione soltanto riflessa, cosicché la tutela penale viene accordata anche senza e pur contro la volontà delle persone molestate o disturbate. Ne consegue che il reato è perseguibile d'ufficio e, se il fatto costituisce contemporaneamente altro reato (ingiuria, minaccia, danneggiamento) punibile a querela, la mancanza o la remissione di questa lasciano sussistere la contravvenzione, che sopravvive alla remissione, mentre in presenza di querela (o assenza di remissione), la contravvenzione resta assorbita nel delitto.*

8. - Un possibile indizio di diritto positivo: l'articolo 131 del codice penale. Secondo questo orientamento giurisprudenziale⁴³, quindi, in alcune casi il reato assorbito o consumato scomparirebbe dalla realtà giuridicamente rilevante solo nella ipotesi in cui sia concretamente applicato il reato assorbente/consumante.

Evitiamo di complicarci la vita con l'inflazione concettuale e precisiamo subito che ciò che al momento stiamo esaminando non concerne le varie ipotesi in cui possa mancare la sanzione per il fatto assorbente ma solo e soltanto quella in cui manchi o sia irrituale la sua necessaria condizione di procedibilità; e questo, si ribadisce, in un contesto in cui tra le componenti del reato assorbente vi sia un reato procedibile di ufficio⁴⁴.

Siffatto scenario chiama, ci pare, sulla scena la previsione di cui all'articolo 131 del codice penale, che integra la disciplina del reato complesso⁴⁵, prendendo in espressa considerazione l'ipotesi che taluno dei reati che lo compongono (o come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti) sia procedibile di ufficio e statuisce che in tal caso *"per il reato complesso si procede sempre di ufficio"*.

La norma è ambigua e non ha mancato di sollevare contrasti, che pare siano ancora sussistenti.

Si veda altresì. Sez. 1, Sentenza n. 25045 del 09/05/2002 Ud. (dep. 01/07/2002) Rv. 222705 - 01: *In tema di molestia o disturbo alle persone, la norma dell'art. 660 cod. pen. mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, e la relativa contravvenzione è procedibile d'ufficio. Ne consegue che, quando il fatto sia perseguibile anche quale minaccia, l'assenza della querela per tale ultimo reato o la relativa remissione non influiscono sulla procedibilità dell'azione per il reato contravvenzionale, mentre quest'ultimo, nel caso di contestuale perseguimento del delitto punibile a querela, resta invece assorbito nella fattispecie più grave.*

⁴³ A quanto risulta mai direttamente confutato da altri.

⁴⁴ Ovvio che il discorso non cambia se il reato assorbito sia a querela. Solo che è poco verosimile che la mancanza della querela per il reato assorbente possa coesistere con la querela presentata per il reato assorbito.

⁴⁵ L'articolo 84 del codice penale, sotto la rubrica reato complesso, delinea in negativo l'ambito di applicazione delle norme sul concorso di reati, escludendo che queste trovino applicazione *"quanto la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato"*.

Per pacifica dottrina e giurisprudenza, quindi, il reato complesso ha una sua specifica configurazione e disciplina nell'ambito della dottrina del concorso di reati, sia nella prospettiva che lo considera una deroga alle regole sul concorso di reati sia in quella che preferisce inquadralo nel concorso apparente di norme penali coesistenti.

In particolare si ritiene che con la previsione dell'articolo 84 il legislatore abbia statuito:

a) che possono esistere (come esistono nello stesso codice ed esistevano nei codici precedenti) fattispecie legali risultanti dalla combinazione di due (o più) fatti ciascuno dei quali costituirebbe di per sé stesso un reato;

b) che queste situazioni possono verificarsi sia nel caso in cui tutti i fatti costituenti, di per sé stessi, reato entrino nella combinazione come elementi costitutivi, dando così vita ad un autonomo titolo di reato (esempio tipico - ma non unico - la rapina, costituita da violenza privata e da furto) sia nel caso in cui, entrando in giuoco uno o più fra i reati in combinazione come circostanza aggravante, il nomen iuris rimanga lo stesso (esempio tipico, il furto aggravato dalla violenza sulle cose);

c) che in ambo le ipotesi si applicano esclusivamente le pene (principali come accessorie) stabilite dalla legge per la figura autonoma o per la figura circostanziata;

d) che nell'ipotesi in cui la pena per la figura autonoma o per quella circostanziata non sia espressamente stabilita dalla legge in modo autonomo, ma risulti dalla somma delle pene per i reati che entrano a costituire il reato complesso, valgono egualmente quei limiti massimi di pena che gli art. 78 e 79 stabiliscono per il concorso di reati.

Per taluni, sulla scorta di quanto si legge nella relazione ministeriale al progetto del codice penale⁴⁶, la norma richiama alla mente le ipotesi del furto con effrazione (art. 625 n. 2) e del furto in abitazione (art. 624 bis) e rende evidente e chiaro che il difetto di querela per il danneggiamento (art. 635) o per la violazione di domicilio (art. 614) non impedisce la procedibilità per il furto aggravato o del furto in abitazione, che è sempre obbligatoria in forza del principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 1 c.p.p.).

Altra dottrina, ed è quella maggioritaria, propende a sua volta per la superfluità della norma, posto che in ogni caso la espressa procedibilità a querela del reato complesso avrebbe carattere di specialità e prevalenza sulla regola generale dell'articolo 131⁴⁷; oppure ritiene che essa concerna solo le fattispecie in cui il reato procedibile di ufficio svolga il ruolo di circostanza aggravante del reato complesso, che in tal caso, ancorchè procedibile a querela, diventa procedibile di ufficio⁴⁸.

Effettivamente la norma è decisamente evanescente e perciò poco adatta a fungere da base di innesto di un criterio interpretativo generale; sicché è certo da respingere la tesi che pretenda di trarre da tale previsione il corollario della ineludibile procedibilità di ufficio di un qualsiasi reato complesso il quale, ancorchè dichiarato procedibile a querela, risulti composto di uno o più reati procedibili di ufficio.

9. - Alla ricerca di diversi indizi: atti persecutori ed irrevocabilità della querela. Scartate rilevanza ed utilità della previsione di cui all'articolo 131, vediamo se qualche indizio possa ricavarsi dal tenore di quelle singole norme incriminatrici in cui ha modo di porsi la questione in esame.

E ritorniamo proprio al reato di atti persecutori, ove si coglie un dato importante: la specifica considerazione normativa di ciò che può trasformare in reato procedibile di ufficio il reato assorbito.

⁴⁶ Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 187. Per vero, la relazione sembra dire qualcosa di diverso da quello che è scritto nella norma che si propone di spiegare e giustificare in quanto si focalizza sulla esclusiva ipotesi del regime di procedibilità dei reati componenti. Si legge, infatti, <<La concezione unitaria del reato complesso fa sorgere il problema della rilevanza che, nel silenzio della legge, debba, nel reato complesso, essere attribuita alla querela, alla richiesta e alla istanza nei casi in cui taluno dei reati, che sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, siano punibili a querela, richiesta o istanza. Il progetto risolve tale problema, ecc. La soluzione è giustificata dalla presunzione di maggiore gravità del reato complesso, rispetto ai reati che lo compongono; la quale induce a non tenere conto alcuno delle limitazioni alla punibilità, che possono ricorrere per taluno di essi, allorché anche uno soltanto fra i medesimi sia perseguibile di ufficio>>.

⁴⁷ "Poiché la fattispecie complessa è creata dalla legge direttamente dalla legge solo a quest'ultima spetta dichiarare se il nuovo e distinto reato sia procedibile di ufficio o a querela": in tali termini, Guido Caseroli, in *Codice penale a cura di Tullio Padovani*, Tomo II, commento sub articolo 131 c.p., p. 1010 e ss..

Ciò varrebbe anche nella ipotesi in cui il reato complesso fosse procedibile a querela ed entrambi i reati componenti fossero procedibili di ufficio. Anche in tale ipotesi, infatti, in base al principio di specialità, sull'articolo 131 prevale il disposto della specifica norma incriminatrice che preveda la perseguibilità a querela del reato complesso, in quanto disposizione speciale rispetto all'articolo 131 stesso.

⁴⁸ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, 1996, p. 285-286, il quale fa l'ipotesi del danneggiamento aggravato da minaccia grave ed afferma che in tal caso, in presenza di una aggravante data da un delitto procedibile di ufficio, diventa tale anche il primo. L'osservazione esemplificativa è correlata alla pregressa formulazione del reato di danneggiamento, in cui era la stessa norma a prevedere la procedibilità di ufficio nel caso in cui il danneggiamento fosse stato realizzato con minaccia. Sicché è plausibile che nella prospettiva dell'autore la previsione del 131 c.p. non incida sul regime di procedibilità del reato complesso ma ne spieghi solo la sua particolare disciplina, appunto nei casi in cui, per effetto di circostanze aggravanti integrative di reati di ufficio, il legislatore abbia disposto, ed espressamente previsto, la procedibilità di ufficio del reato complesso, in sostituzione del diverso regime di procedibilità (querela) ove non vi sia la predetta aggravante.

Ed effettivamente, l'articolo 612 bis prevede espressamente, sia pure con inciso risalente e non coordinato con la nuova formulazione del reato di minaccia aggravata, la ipotesi che le minacce siano realizzate *"nei modi di cui all'articolo 612 seconda comma c.p."*. Non solo la norma prevede tale eventualità, di certo non ignorando che si tratti di eventualità che rende la minaccia procedibile di ufficio, ma vi annette la sola ed esclusiva conseguenza della irrevocabilità delle querela.

In questa ipotesi, quindi, il legislatore contempla espressamente l'ipotesi del concreto emergere di un reato procedibile di ufficio tra i mattoni costitutivi di un più ampio ed assorbente reato procedibile a querela e vi fa discendere l'unico effetto della irreversibilità della proposta querela. E questo nel medesimo contesto in cui lo stesso legislatore ha cura di precisare i casi, altri rispetto a quello in esame e quindi escludendovi quest'ultimo, in cui il reato prevalente diviene procedibile di ufficio (ultimo comma art. 612 bis, con riguardo alla connessione con reati procedibili di ufficio o al reato commesso in danno di minore o di persona con disabilità).

In altre fattispecie, e sono la corpora maggioranza, il legislatore non prende in esame l'ipotesi di reati assorbiti procedibili di ufficio e ne consegna la eventualità al concreto dipanarsi del fatto storico, come accade, per esempio, nel reato di violenza sessuale commessa con minaccia *"nei modi di cui al comma 2 dell'articolo 612"*, che non genera alcuna ripercussione sul regime di procedibilità⁴⁹ e rimane confinata tra gli indici di valutazione della concreta gravità del reato se ed in quanto vi sia possa procedere.

Pare di poter dire, quindi ed in apparente contrasto con quanto sembra ricavarsi dalle sopra indicate sentenze della cassazione⁵⁰, che la procedibilità a querela prevista per il reato prevalente, ed esclusivamente applicabile per constatato concorso apparente di norme, si imponga e definisca non un accidente processuale ma un vero e proprio requisito costitutivo del modo in cui il legislatore ha regolato il rapporto tra più norme: e quindi il modo in cui ha deciso la astratta configurazione dell'assetto di tutela degli interessi in gioco.

In particolare, il concorso apparente conclama il fatto che per il legislatore prevale il solo presidio di tutela offerto dalla norma prevalente e nei termini, procedibilità compresa, in cui questa è strutturata; la condizione di procedibilità, infatti, starebbe a significare che quell'esclusivo presidio di onnicomprensiva tutela è rimesso alla volontà della persona offesa, che può decidere se avvalersene o meno; e ciò anche nelle ipotesi in cui i reati assorbiti, irreversibilmente recessivi, siano di per sé procedibili di ufficio⁵¹.

Per capire se tale conclusione sia assoluta e valga con riguardo ad ogni ipotesi di concorso apparente, comportando quindi sempre la ineludibile irrilevanza del reato assorbito nelle

⁴⁹ Si è già visto sopra come in tale ipotesi non venga in rilievo quella connessione con reati procedibili di ufficio che genera la procedibilità di ufficio.

⁵⁰ in nota 37 e 38. Sul punto, per verificare se vi sia reale ed assoluto contrasto, si veda oltre.

⁵¹ Un ulteriore esempio: ai sensi dell'articolo 649 del codice penale il reato di tentata estorsione con minaccia che coinvolga congiunti non stretti è procedibile a querela. Orbene, se manca la querela diviene impossibile il procedimento anche nella ipotesi in cui la minaccia costitutiva della estorsione tentata fosse, di per sé e per le modalità e forme di realizzazione, procedibile di ufficio. E' appena il caso di precisare che analoghi rilievi si impongano con riguardo a condizioni di procedibilità diverse dalla querela. Si consideri, a titolo di esempio, i reati previsti dal codice penale militare di pace negli articoli 94, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111 ((112, 115, 116, secondo comma, 117, terzo comma, e 167, terzo comma)), tutti procedibili a richiesta di procedimento - per effetto dell'art. 4, comma 1 octies, del D.L. n. 152 del 2009, convertito con legge 197 del 2009 - ed alcuni dei quali in concorso apparente, ed assorbente, rispetto ai reati previsti dagli articoli da 164 a 169 del medesimo codice.

ipotesi in cui manchi la prescritta condizione di procedibilità del reato assorbente, conviene spostare l'analisi sull'altro ipotizzato registro tematico, cioè quello connotato dalla eventualità che vi sia una causa di non punibilità del reato assorbente.

10. - Cause di non punibilità del, e solo del, reato prevalente. Proviamo quindi a verificare se le medesime conclusioni si impongano anche nella ipotesi in cui il reato assorbente sia bloccato, nelle sue potenzialità sanzionatorie, da cause di esclusione delle pena che non operino solo nei suoi confronti.

In relazione a tale ipotesi, infatti, non sembra potersi aprioristicamente escludere che possa delinearsi un differente epilogo, in virtù di considerazione che, attenendo al piano degli interessi tutelati, vadano ad interferire sulla tematica dei rapporti tra norme e sviscerino un loro differenziato, o sequenziale, modo di essere ed operare.

Proviamo a vedere se vi siano indizi normativi di rilievo e ritorniamo al reato complesso, che costituisce una ipotesi paradigmatica di concorso apparente e che ha l'ulteriore pregio di essere oggetto di previsione specifica, in cui più reati sono unificati in una più ampia ed assorbente fattispecie criminosa.

E' agevole rendersi conto che in questo ambito non solo non si dice nulla ma vi è una previsione che sembra propendere per la rilevanza assoluta e azzerrante delle cause che comunque impediscono la applicazione della pena prevista per il reato complesso.

Si tratta, in particolare, della norma di cui al comma 2 dell'articolo 170 c.p., ove, per ribadire la concezione dell'unicità del reato complesso, si statuisce, a somiglianza di quanto stabilito nel comma 1 per il reato presupposto e nel comma 3 per il reato connesso, che *«la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso»*^{52/53}.

Orbene pare agevole desumere da tale disposizione, ancorchè circoscritta alla sola eventualità della esistenza di cause di estinzione del reato, il principio secondo cui la causa che estingue il reato complesso, contrariamente a ciò che è espressamente attestato per l'ipotesi inversa, estingue tutti i reati componenti e azzera la rilevanza penale dell'intero fatto.

11. - Desistenza volontaria rispetto al reato assorbente e residua punibilità per gli atti compiuti integrativi di reato diverso. Un'altra norma che va considerata è quella sulla desistenza volontaria, ovviamente con riguardo alla ipotesi che il reato tentato assorba altri reati, in una delle varie configurazioni può assumere il concorso apparente.

⁵² Si pensi alla violenza privata rispetto alla rapina, tanto diversa per pena edittale e pertanto per termini di prescrizione (v. art. 157 c.p.). È chiaro che la perseguibilità della rapina rimane intatta anche se la violenza privata risulti compresa in provvedimenti di estinzione del reato. Se la disposizione dell'art. 170 non vi fosse stata, si sarebbe potuto pensare ad invocare la punibilità per solo furto semplice invece che per rapina nel caso in cui una causa estintiva avesse investito la violenza privata.

⁵³ Altresì viene in rilievo la norma di cui all'art. 301, che contempla un regime di particolare rigore in relazione ai delitti contro il Capo dello Stato e Capi di Stati esteri, sul presupposto che in tali casi accanto all'offesa alla vita, all'incolumità, alla libertà all'onore dei soggetti passivi indicati venga in speciale rilievo l'offesa, immediata o mediata, ad interessi considerati vitali per lo Stato.

In questo quadro di severità rientra anche la disposizione del comma 3 dell'articolo 301 c.p., che riguarda appunto il reato complesso e che è così formulata: *«Quando l'offesa alla vita, alla incolumità, alla libertà o all'onore è considerata dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, questo cessa dal costituire un reato complesso, e il colpevole soggiace a pene distinte, secondo le norme sul concorso dei reati, applicandosi, per le dette offese, le disposizioni contenute nei capi precedenti »*: e cioè le disposizioni in materia di delitti contro la personalità dello Stato (art. 276, 277, 278, 295, 296, 297 e 298).

La disposizione dell'art. 301 comma 3 viene così a costituire (diversamente dalle altre due sopra menzionate) una deroga alla disciplina fissata in via generale per il reato complesso dall'art. 84 c.p..

Definiamo meglio gli ingredienti del problema: viene in rilievo un tentativo di un reato in rapporto di concorso apparente rispetto ad altri reati, in esso quindi assorbiti (per esempio, tentativo di estorsione, che assorbe la minaccia); viene posta in essere una desistenza volontaria, che integra una causa di non punibilità del tentativo; tale causa di non punibilità interviene quando il fatto di tentativo ha già integrato un reato procedibile di ufficio⁵⁴ (per esempio, minaccia grave ai sensi dell'articolo 612 c.p.).

E adesso chiediamoci quale sia la risposta del diritto positivo rispetto a tale situazione, che, come è agevole rilevare, può presentarsi in molteplici assetti⁵⁵ e ha una diretta attinenza con la questione che stiamo esaminando, posto che si tratta di stabilire se la desistenza da un reato che ne assorbe altri escluda la punibilità per l'intero tentativo del reato speciale ed assorbente oppure lasci residuare la punibilità per i reati assorbiti ma già realizzati nel necessario iter, bloccato dalla desistenza, verso la consumazione del reato assorbente.

Secondo l'orientamento più consolidato e risalente, la desistenza *“esclude la punibilità degli atti compiuti sino al momento della desistenza, in quanto questi costituiscano tentativo del delitto cui erano rivolti, ma non si estende alla responsabilità penale per gli atti medesimi se essi «costituiscano per sé un reato diverso»*⁵⁶.

Sempre la stessa dottrina esplicita ulteriormente il suo pensiero ed aggiunge che *“se un reato è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato (reato complesso: art. 84), la desistenza dal tentativo del delitto di cui l'altro reato è elemento costitutivo o circostanza aggravante non importa la non punibilità anche di questo secondo reato. Eliminato il reato complesso, a causa della non punibilità del tentativo del reato assorbente, si scioglie l'unione e l'altro reato riprende la sua autonomia, divenendo reato «diverso», punibile per se stesso*⁵⁷.

La dottrina più recente sembra in prevalenza attestarsi sulla medesima posizione, rilevando che la non punibilità del tentativo lasci tuttavia sussistere la punibilità per altro reato consumato che gli atti di tentativo abbiano posto in essere ⁵⁸.

In qualche autore si nota una posizione meno drastica e, nelle esemplificazioni che ne vengono fornite, si menziona la residua punibilità di fatti che, ancorchè realizzati nel contesto di esecuzione del tentativo, non configurino componenti assorbite ma siano in

⁵⁴ Per comodità consideriamo questa ipotesi più radicale, per evitare complicazione per via della eventuale assenza di querela.

⁵⁵ Per esempio, furto in abitazione, interrotto per desistenza dopo la violazione di domicilio realizzata con violenza sulle cose, parimenti procedibile di ufficio.

⁵⁶ Manzini, diritto penale, vol. II, cap. XIII, p. 513, il quale aggiunge, per esemplificazione, che chi spiana un fucile per uccidere un uomo, e volontariamente desiste prima di sparare, non risponde di tentato omicidio, bensì di minaccia, se ne ricorrono i requisiti, ed eventualmente di porto d'armi abusivo.

⁵⁷ Si aggiunge: *“Così, ad es., chi rompe un mobile chiuso, allo scopo di rubare ciò che vi è contenuto, se volontariamente desiste dall'ulteriore attività, non è punibile per tentato furto aggravato, bensì, quando siavi la querela, per danneggiamento consumato. Similmente, il danneggiamento (effrazione) è circostanza aggravante dell'evasione (art. 385); se l'agente desiste volontariamente dall'evasione, dopo aver compiuto il danneggiamento, va esente da pena per il tentativo di evasione, ma rimane punibile per danneggiamento (art. 635, n. 3) ”.*

⁵⁸ In tali termini, Del Corso, in Codice penale a cura di Tullio Padovani, Tomo I, commento sub art. 56, p. 510, il quale aggiunge l'esempio della punibilità della violazione di domicilio in caso di desistenza da un furto tentato in casa altrui. In senso analogo, Fornasari, in Codice penale commentato, a cura di Cadoppi, Canestrari, Veneziani, Giappichelli, 2018, commento art. 56, p.360; ove si legge: *Ai sensi del terzo comma, se il colpevole volontariamente desiste dall'azione soggiace soltanto alla pena prevista per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso; quest'ultima previsione è ovvia: è chiaro che se Tizio, entrato nottetempo forzando la serratura nell'abitazione altrui, decide poi di non rubare nulla perché non trova l'oggetto che lo interessa, non dovrà essere punito per tentato furto, ma dovrà tuttavia rispondere di violazione di domicilio e di danneggiamento.*

ogni caso reati che, ove il tentativo fosse pervenuto a consumazione, sarebbero stati in concorso con quest'ultimo⁵⁹.

Tirando rapide conclusioni da quanto si è sopra esposto⁶⁰ ci sembra di poter rilevare che per la consolidata opinione di dottrina e giurisprudenza la desistenza che concerna un tentativo di reato in assorbente concorso apparente con altri reati lasci residuare la punibilità per i reati, tendenzialmente assorbiti, ove se ne siano realizzati gli estremi costitutivi. Il che ha il senso di dire che si è in presenza di una ipotesi, normativamente specificata, in cui la esclusione della punibilità per il reato assorbente non esclude, e quindi la lascia intatta, la punibilità per il reato assorbito⁶¹.

Ciò detto, rimane da stabilire se tale previsione sia una puntuale espressione di principi generali oppure, al contrario e come più plausibile, ne costituisca una deroga, spiegabile con ragioni di politica criminale e che possiamo riassumere, adattando la tradizionale massima nell'idea che al nemico che fugge non sempre vanno assicurati ponti d'oro ma possono bastare posti di un metallo meno prezioso e puro: appunto quello che assicura, in luogo della impunità assoluta per la fattispecie di reato tentato, la punibilità per i reati commessi nel percorso di realizzazione del tentativo e destinati ad essere assorbiti, e quindi perdere rilievo autonomo, solo nella ipotesi di punibilità del reato, tentato o consumato, assorbente.

12. - Concorso apparente e non punibilità dei reati contro il patrimonio ex 649 c.p.. Che si tratti di deroga è confermato dalla circostanza che sono tante le ipotesi in cui è del tutto plausibile la conclusione che il realizzarsi di ciò che si presenta come causa di non punibilità del reato assorbente non lasci residuare alcuna punibilità per i reati assorbiti.

⁵⁹ Sul punto, Palazzo, *corso di diritto penale, parte generale*, Giappichelli, 2005, p. 463, il quale, cita, come ipotesi di desistenza, l'esempio di Tizio che, già appostato per far fuoco sulla vittima designata, lascia perdere l'impresa. In tal caso, si sottolinea si è in presenza di una causa di esclusione della punibilità del tentativo di omicidio, "continuando invece a sussistere la punibilità per il reato diverso eventualmente integrato da quegli stessi atti (il porto abusivo di arma da fuoco)". Analoghi spunti sembrano cogliersi in Daniela Falcinelli, *L'attualità dell'offesa, desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Giappichelli, 2009, in particolare a pag. 130 e ss. ove, a proposito degli atti posti in essere nel processo arrestatosi con la desistenza volontaria e nella prospettiva che qualifica la desistenza come fattore impeditivo del tentativo, al fine di dar conto del perché la norma usi il termine "colpevole", si ipotizza che ciò si spieghi con "l'avvenuta realizzazione di una frazione esecutiva, altrimenti rilevante nell'ambito di una condotta tipica, tentata o consumata, e che potrebbe già integrare, ed a tale titolo essere punita, un reato diverso, cioè "altro" rispetto al delitto la cui consumazione finale rappresentava l'intenzione originaria" (mia la evidenziazione in neretto).

⁶⁰ E lo facciamo dando per presupposto che la desistenza sia una causa di esclusione delle punibilità e non un fattore che incida, facendola venir meno, sulla tipicità, e quindi, sussistenza, del tentativo. In questo ultimo senso, come già accennato, cfr. Falcinelli, op cit..

⁶¹ Va da sé che le cose cambiano ove si dovesse ritenere, come parrebbe suggerire la locuzione "reato diverso" di cui alla parte finale del comma 3 dell'articolo 56, che la residua punibilità concerna solo i reati non assorbiti nel reato oggetto di tentativo, come la detenzione ed il porto di armi nel tentato omicidio; e quindi che la desistenza costituisca una causa di non punibilità del tentativo di reato nella sua globale manifestazione, compresi cioè anche i reati assorbiti ed in quanto frammenti costitutivi del reato tentato. Su tali basi, il furto in abitazione interrotto dopo la violazione di domicilio (reato assorbito) escluderebbe la punibilità del reato complesso di tentato furto in abitazione e non lascerebbe nessun residuo di punibilità per i fatti che ne siano elementi costitutivi. Allo stesso modo, il tentativo di estorsione arrestatosi in modo da configurare una desistenza volontaria non comporterebbe la punibilità per la eventuale minaccia consumata come parte integrante del percorso di realizzazione della estorsione.

Si immagini la causa di non punibilità dei delitti contro il patrimonio in danno di prossimi congiunti e si ipotizzi un tentativo di estorsione (reato che comprende ed assorbe la minaccia e la violenza privata) con minaccia grave e, di per sé procedibile di ufficio.

In tal caso ci sembra indubbio che la non punibilità, sicuramente applicabile alla tentata estorsione commessa senza atti di violenza fisica⁶², comprenda l'intera fattispecie e non lascia residuare alcuna punibilità per i reati assorbiti (minaccia). A spingere verso tale conclusione è proprio la ragion d'essere della causa di non punibilità, che intende tutelare, azzerando le conseguenze penali dell'intero fatto, la compattezza della famiglia e prevenire il rischio che essa sia minata dalle inevitabili turbative conseguenti ad un processo che ne coinvolga i più stretti membri e per fatti essenzialmente offensivi del patrimonio. E' infatti evidente che tale ragion d'essere sarebbe frustrata se, escluso il rischio del processo per il reato assorbente, fosse ineludibile farne uno o più per i reati assorbiti.

13. - Un indizio per una diversa conclusione: depistaggio e non punibilità nel caso di reato presupposto procedibile a querela.

Qualcosa, però, sembra andare nella direzione opposta, come risulta da un rapido sguardo al reato di depistaggio⁶³ ed ai reati in esso assorbiti, tra cui rientrano di certo quelli di favoreggiamento, falsa testimonianza e false informazioni al Pubblico ministero, per citare i più tipici e ricorrenti.

Da questo angolo visuale valutiamo ora i rapporti tra il reato prevalente e i reati assorbiti, alla luce della disposizione di cui al penultimo comma del nuovo art. 375, collocato al termine della dettagliata descrizione della fattispecie delittuosa e del sistema di circostanze ad effetto speciale, ed ai sensi della quale *"la punibilità è esclusa se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza e questa non sia stata presentata"*.

Appare evidente che qualche problema si ponga nella ipotesi in cui, realizzato un depistaggio che assorbe il favoreggiamento o le false informazioni al Pm, si appuri, e può accadere in qualsiasi momento del procedimento e per variegate ragioni, che manchi la necessaria condizione di procedibilità del reato "presupposto".

In tal caso, può sostenersi che non residui alcuna ulteriore rilevanza penale del fatto oggetto del procedimento? Oppure risorgono i reati assorbiti, in una logica seconda cui ciò che è escluso, per motivi attinenti al reale disvalore del fatto concreto, è la più severa

⁶² Conclusione basata sull'ultima parte della previsione di cui al comma finale dell'articolo 649, nell'esegesi fornita dalla dominante dottrina e giurisprudenza. In particolare, è ormai consolidato l'indirizzo secondo cui: a) la statuita esclusione della non punibilità per i reati estorsione, rapina e sequestro di persona comprende soltanto le fattispecie consumate, in ragione della autonomia che contrassegna i singoli reati tentati, che scaturiscono dalla combinazione della norma generale sul tentativo con le specifiche norme incriminatrici e che danno vita a fattispecie di reato diverse da quella consumate; b) la ulteriore previsione preclusiva contenuta nella parte finale dell'ultimo comma dell'articolo 649, la quale, nel riferirsi genericamente ai "delitti contro il patrimonio" comprende sia le fattispecie consumate che quelle tentate, va riferita ai delitti, sia consumati che tentati, che siano stati realizzati mediante l'impiego di violenza fisica e in essa non vanno ricompresi quei delitti contro il patrimonio che nella concreta fattispecie siano stati realizzati con minaccia, per i quali, quindi, opera la causa di non punibilità.

⁶³ Volendo cfr. Cfr. Santoro, V., *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio"* (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133), in www.archiviopenale.it, 20.12.2016, 9; nonché, Guido Piffer, *Frode in processo penale e depistaggio*, in Il libro dell'anno del diritto 2018.

risposta sanzionatoria prevista per il depistaggio e non la comune risposta sanzionatoria prevista per i figli minori di tale reato⁶⁴?

In altri termini: è possibile che sussistano ipotesi di non punibilità circoscritte solo e soltanto a determinati e ben individuati reati e che producano l'esclusivo effetto di escludere la punibilità solo per quei titoli di reato? E che di conseguenza non impediscano la punibilità del fatto ad altro titolo di reato ed anche nella ipotesi in cui si tratti di reati in un primo momento cedevoli ed assorbiti dal reato poi paralizzato nei suoi effetti punitivi⁶⁵?

14. - La diversa ratio delle cause di non punibilità dei reati prevalenti. I rilievi sopra esposti sembrano mettere capo alla conclusione che non vi sia una sola casella in cui ricondurre i rapporti tra cause di non punibilità che concernono i reati assorbenti e il destino dei reati assorbiti.

Il quadro è infatti variegato ed in esso sembrano coesistere gli opposti principi di una punibilità esclusa in assoluto, e quindi efficace anche rispetto ai reati assorbiti; ed una punibilità circoscritta solo al reato assorbente⁶⁶.

E' verosimile che occorra valutare caso per caso ed indagare la ratio della non punibilità, per modo di comprenderne: a) se essa incida e sia circoscritta al solo titolo di reato cui è espressamente riferita e quindi al solo differenziale di maggiore lesività espresso dal reato assorbente; b) oppure si riferisca all'intero fatto tipico contemplato dal reato assorbente: e quindi con coinvolgimento anche del o dei reati in questo assorbiti, completamente ed irreversibilmente fagocitati dalla sussistenza di tutti gli estremi costitutivi del predetto reato assorbente.

In linea tendenziale, e più in dettaglio, parrebbe che la punibilità per i reati assorbiti si delinei e giustifichi tutte le volte che la causa di esclusione della punibilità del reato assorbente si correli non all'intero fatto in esso previsto ma al differenziale di gravità che tale reato esprime rispetto al coefficiente di gravità del reato assorbito. Il che può accadere o perché quel titolo di reato, in quanto eccessivamente pesante nel suo differenziale di disvalore rispetto al reato assorbito, non si giustifica se accada qualche accidente processuale (per esempio, la constatata procedibilità a querela del reato oggetto del

⁶⁴Sul punto si veda, Santoro, op. cit., ove si rileva altresì che nelle disposizioni sul favoreggiamento reale e personale (378 e 379 c.p.) trova collocazione una disposizione ambigua, a tenore della quale i predetti reati si configurano e sono punibili "anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto". Come può agevolmente rilevarsi si è in presenza di una disposizione diversa da quella sulla ricettazione e reati a affini, le cui previsioni contengono una norma che lascia sussistere il reato anche nel caso in cui "manchi una condizione di procedibilità riferita" al delitto presupposto. Ciò nonostante, si è affermato in giurisprudenza, per vero in pochissime pronunce, che ai fini della configurabilità del delitto di favoreggiamento è irrilevante la mancanza di una condizione di procedibilità per il reato presupposto (In tal senso: Cass., Sez. III, 10 marzo 1979, Pepe, in Mass. Uff., n. 141321; Id., Sez. un., 24 maggio 2001, Ferrarese, ivi, n. 218769).

⁶⁵ E' da osservare e ribadire come la non punibilità possa delinarsi anche nella ipotesi in cui il procedimento penale per il reato "presupposto" abbia avuto inizio in relazione ad un reato procedibile di ufficio e abbia poi messo capo, in esito ad elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento, ad un reato a procedibilità condizionata, con presa d'atto della insussistenza, perché mai avveratasi, della necessaria condizione. Nel caso di specie, inoltre, l'unica condizione di procedibilità che viene in rilievo è solo quella della querela.

⁶⁶ Non punibilità del depistaggio per constatata mancanza di querela del reato "depistato" e punibilità a titolo dell'assorbito reato di favoreggiamento personale; non punibilità del tentativo di reato assorbente - tentata estorsione- e punibilità per i reati assorbiti già realizzati - la minaccia servente rispetto alla progettata estorsione.

gravissimo depistaggio); oppure perché vi figurì qualche antefatto che, coinvolgendo il contegno del soggetto passivo, in qualche modo renda costui non più meritevole della rigorosa tutela accordata da una precisa, ed in prevalente concorso apparente con altre, norma incriminatrice, con subentro, conseguente alla dichiarata non punibilità a tale ultimo titolo, di una tutela meno intensa: appunto quella correlata a quei reati che, ove vi fosse stata la punibilità del reato assorbente, non avrebbero avuto alcuna concreta applicazione.

Si pensi, a conferma di tale ultima evenienza, alla previsione di non punibilità dei reati a tutela del pubblico ufficiale nel caso in cui costui abbia dato causa al fatto eccedendo con atti arbitrari i limiti della sue attribuzione. Orbene per lungo tempo si è ritenuto⁶⁷ che quella speciale non punibilità stesse a significare che il pubblico ufficiale che si renda responsabile di tali abusi perda la tutela privilegiata che gli compete come pubblico ufficiale (gli assorbenti reati di violenza resistenze ed oltraggio) e altra tutela non meriti se non quella che gli compete come privato cittadino (i reati, in ipotesi assorbiti, di minaccia, percosse e, un tempo, ingiuria)⁶⁸.

In altri termini, ed a noi sembra questo il caso del depistaggio rispetto ai reati assorbiti, la reviviscenza dei reati destinati all'assorbimento si delinea tutte le volte che la non punibilità prevista per il reato assorbente si riveli, per ratio ed indizi sistematici, come circoscritta ad uno specifico titolo di reato e quindi sia del tutto compatibile, a pena di una ingiustificabile lacuna di tutela, con la punibilità del reato assorbito.

In tali casi, quindi, il rapporto tra i due reati è tale che il fatto consumato non scompare dalla realtà giuridicamente rilevante e la sanzione del reato assorbente può contenere anche quella del reato assorbito solo alla condizione che essa sia concretamente applicata⁶⁹. Ciò si delinea tutte le volte in cui la previsione di non punibilità prevista per la fattispecie assorbente possa essere tradotta, alla luce della sua ratio e di altri univoci indizi sistematici, nella inapplicabilità della pena esclusivamente per quel titolo di reato⁷⁰.

E' però da rilevare che nella variegata trama del concorso apparente di norme la regola sopra indicata si rivela indubbiamente di marginale applicazione ed è tendenzialmente sovrastata da quella di opposto contenuto, per la quale una norma assorbe il contenuto dell'altra a prescindere dalla effettività dell'applicazione della pena commisurata al caso singolo, poiché l'assorbimento riguarda la dimensione delle incriminazioni⁷¹ e la norma

⁶⁷ Vassalli, *Cause di non punibilità*, Enciclopedia del diritto, volume VI, p. 633-634.

⁶⁸ E' da rilevare, sul punto specifico della non punibilità per eccesso arbitrario, che secondo la giurisprudenza più recente ed ormai dominante la fattispecie in esame configurerebbe una scriminante, il cui effetto è quello di eliminare la antigiuridicità del fatto di resistenza a pubblico ufficiale e degli altri reati contro il pubblico ufficiale contemplati nella predetta disposizione. Si tratta quindi di una scriminante speciale, in quanto la sua efficacia è circoscritta solo ad alcune tassative ipotesi di reato. La tesi, sia consentito, non mi pare persuasiva e ritengo che quella della causa di non punibilità sia più coerente con la lettera e la ratio della previsione normativa.

⁶⁹ Sicché non sembra potersi affermare che il reato soccombente o assorbito perda, sempre ed ogni caso, la propria capacità di provvedere alla qualifica giuridica del fatto e essere quindi concretamente applicabile.

⁷⁰ Cioè si possa sostituire, in una sorta di controfattuale giuridico, alla locuzione "non è punibile" con la locuzione "non si applica questa disposizione".

⁷¹ Rileva esattamente Brunelli, sia pure con specifico riguardo al principio di specialità ed alla eventualità di una norma speciale "di favore" rispetto a quella generale, "il criterio di specialità opera alla stessa stregua di un criterio interpretativo: la norma generale "sembrava" applicabile al fatto concreto, ma non lo era e non lo è mai stata, perché definitivamente derogata dalla norma speciale. Diversamente, del resto, si finirebbe per concludere che una volta prescritto il reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), si potrebbe tranquillamente applicare la fattispecie dell'omicidio volontario (art. 575 c.p.); né la soluzione al problema può cambiare a seconda che la norma generale

assorbente, per il fatto di essersi delineato nei suoi requisiti costitutivi, ed anche quando ne siano precluse le sue concrete espressioni punitive, ha svolto la sua funzione di specifica tutela del bene assegnato alla sua esclusiva protezione⁷².

Volendo definire tale situazione con una sorta di slogan, verrebbe da dire che in taluni casi il concorso apparente di norme si delinea solo **sotto forma di divieto di plurima risposta sanzionatoria** e non di esclusiva fagocitante

ed irreversibile rilevanza della, sussistente, fattispecie assorbente: e quindi lasci del tutto impregiudicata la eventualità che, per le ragioni di cui si è parlato sopra e quando è del tutto escluso il cumulo sanzionatorio,⁷³ trovi applicazione il reato assorbito⁷⁴.

Il che ha il senso di dire che in linea di massima la reviviscenza del reato soccombente si correla alle ipotesi di concorso apparente radicate sul divieto di *bis in idem*, non riducibili alla rigorosa geometria del principio di specialità, dislocate in modo da culminare nella prevalenza della norma che commina una più severa sanzione⁷⁵ ed in cui la ragion d'essere dell'assorbimento è anche il suo puntuale limite: il principio del divieto del *bis in idem*, infatti, se da un lato preclude la doppia punizione per il medesimo fatto, dall'altro in nessun modo proclama o implica l'ineludibile impunità per il reato assorbito nel caso in cui non possa darsi, qualunque ne sia la ragione, la sanzione per quello assorbente ed esclusivamente per questo.

15. - Ancora sui reati assorbenti procedibili a querela. Orbene, a questo punto possiamo sciogliere la riserva posta in precedenza e chiederci se un identico distinguo possa farsi anche con riguardo alla ipotesi di reato assorbente privo della necessaria condizione di procedibilità.

Il buon senso sembra militare in tale direzione. Difficile, infatti, comprendere la ragione per la quale, nel variegato universo del concorso apparente, debba trovare esclusiva attuazione la regola per la quale ciò che è assorbito muore irreversibilmente sempre ed in ogni caso; e quindi anche quando il reato assorbente non nasca per difetto della necessaria condizione di procedibilità e l'assorbimento abbia tratto origine dalla necessità di evitare la doppia punizione per il medesimo fatto: cioè la concorrente applicazione dei due reati.

configuri un reato più o meno grave, perché l'irruzione dell'elemento specializzante che connota la norma speciale può indifferentemente risiedere nella necessità di una pena più severa o più attenuata rispetto a quella della norma generale" Brunelli, op. cit. pag. 394).

⁷² In tali casi, come sottolineato da Brunelli, *l'intervento estintivo o l'ostacolo processuale di per sé non fanno venir meno l'operatività giuridica della norma speciale, poiché si tratta di effetti che, anzi, la presuppongono; la norma speciale, invero, avrebbe in tal modo - per esempio tramite la declaratoria di estinzione del reato - già consumato la sua operatività rispetto al fatto concreto, sicché la norma geniale non potrebbe riemergere in sua vece senza violare il principio del ne bis in idem.*

⁷³ Per l'ovvia ragione che non si fa luogo alla applicazione della fattispecie assorbente.

⁷⁴ Per una originale impostazione, in una prospettiva che, attraverso la sterilizzazione degli aumenti di pena per concorso formale, si propone di coniugare la rilevanza esclusiva del principio di specialità con la esigenza di evitare gli aggravati di pena correlati a reati i quali, benché sussistenti ed in concorso ex articolo 81 c.p., non esprimano alcuna ulteriore carica offensiva, si veda Carlo Sotis *Concorso di reati - il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *Giurisprudenza it.* 2020. I, 187, con riguardo a Cass. pen. Sez. II Sent., 14 gennaio 2019, n. 21987, cioè la sentenza, citata in precedenza, secondo cui il delitto di "detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici" (art. 615 quater c.p.) è assorbito dal "delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico" (art. 615 ter c.p.). E' da rilevare, in più ampia prospettiva, che tale tesi sembra correlarsi all'opinione secondo cui l'aumento "sino al triplo" contemplerebbe anche l'eventualità di un aumento pari a zero.

⁷⁵ O almeno una sanzione non inferiore a quella dei reati assorbiti.

Una siffatta regola, infatti, sembra in radicale contrasto con la specifica ragion d'essere di una peculiare tipologia di concorso apparente: ed esattamente quella presieduta dal principio di consunzione⁷⁶, per effetto del quale alcuni reati, in quanto antefatti o ipotesi intermedia di lesione del medesimo bene tutelato integralmente da una più ampia fattispecie, vengono assorbiti in quest'ultima.

Difficile comprendere per quale ragioni questi reati a tappa intermedia, certo espressivi di significato criminoso, non debbano essere applicati nelle ipotesi in cui il reato "finale", cioè di maggiore offesa del medesimo bene, non possa applicarsi per difetto della necessaria condizione di procedibilità.

In tali casi sembra, quindi, che debba trovare attuazione il principio opposto: e cioè che la fattispecie assorbita rimane realmente tale solo se quella assorbente trovi concreta attuazione: e quindi rientri in gioco ove quest'ultima sia resa sterile dalla mancanza della necessaria condizione di procedibilità⁷⁷.

⁷⁶ Comunque denominato ed espressione del principio del divieto di bis in idem sostanziale.

⁷⁷ Sembra quindi da condividere il principio affermato dalla cassazione nella, già citata, sentenza n. 21987 del 2029, ai sensi della quale, in una vicenda di ritenuto assorbimento del reato di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (615-quater c.p.) nel reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.), *il meno grave - quoad poenam - delitto di cui all'art. 615-quater non possa concorrere con quello, più grave, di cui all'art. 615-ter, del quale costituisce naturalisticamente un antecedente necessario, sempre che quest'ultimo - come nel caso di specie - sia contestato, procedibile (la fattispecie di reato prevista dall'art. 615-ter, comma 1, non aggravata, è, diversamente dalle fattispecie aggravate di cui ai commi 2 e 3, procedibile a querela di parte; il reato di cui all'art. 615-quater è sempre procedibile d'ufficio) ed integrato nel medesimo contesto spazio-temporale in cui fu perpetrato l'antefatto, ed in danno della medesima persona fisica (titolare del bene protetto).*

Vale la pena citare anche la premessa di tale conclusione, che spiega il perché del concorso apparente e si discosta dalla tesi imperniata sul solo principio di specialità: *Il collegio ritiene, al contrario, che i due reati non possano concorrere....Con l'art. 615-quater, il Legislatore ha inteso, inoltre, rafforzare la tutela e la segretezza dei dati e dei programmi contenuti in un elaboratore, già assicurata dall'incriminazione dell'accesso e della permanenza in un sistema informatico o telematico prevista dal citato art. 615-ter. 3.1.4.3. I predetti reati sono, quindi, posti a tutela del medesimo bene giuridico, ovvero il c.d. "domicilio informatico", che l'art. 615-quater protegge in misura meno ampia (ovvero limitatamente alla riservatezza informatica del soggetto) e l'art. 615-ter più incisivamente... Proprio da tali (pacificamente condivise) connotazioni emerge, a parere del collegio con evidenza, che il reato di cui all'art. 615-quater costituisce necessario antefatto del reato di cui all'art. 615-ter, poiché le due fattispecie criminose si pongono in stretta connessione, tutelando entrambe il medesimo bene giuridico, ovvero il domicilio informatico, passando da condotte meno invasive a condotte più invasive, poiché indiscriminate, che, sotto un profilo naturalistico, necessariamente presuppongono le prime..... Va quindi dichiarato l'assorbimento del reato di cui all'art. 615-quater in quello di cui all'art. 615-ter, e va conseguentemente disposta l'eliminazione dell'aumento di pena operato in continuazione per il reato assorbito.*