

IL CONCORSO TRA PEDOPORNOGRAFIA REALE E VIRTUALE: UNA RECENTE SENTENZA DEL GUP DI PALERMO APPLICA IL NE BIS IN IDEM

Filippo Lombardi



[G.U.P. Palermo, 6 febbraio 2020, n. 157](#)

di **Filippo Lombardi**

Giudice presso il Tribunale di Lagonegro

Nota a G.u.p. Palermo, 7 maggio 2020 (ud. 7 febbraio 2020), n. 157

Giudice dott. Giuliano Castiglia.

1. Con la sentenza che qui si annota, resa all'esito del giudizio abbreviato, il G.u.p. presso il Tribunale di Palermo si pronuncia sul rapporto tra i reati di cui agli artt. 600 *quater* e 600 *quater*.1 c.p., sostenendo la loro ascrivibilità alla materia del concorso apparente di norme.

Nel caso di specie, il soggetto agente deteneva, in parte su *pen drive*, in parte su pc, diverse migliaia di foto dal contenuto pedopornografico, una parte delle quali realizzate con tecniche informatiche e dunque inquadrabili nella cd. pedopornografia virtuale.

Rispetto alla contestazione del pubblico ministero, che chiedeva avvincersi i reati sotto il vincolo della continuazione (*rectius*: in concorso formale, *ndr*), il giudice palermitano ritiene assorbito il delitto ex art. 600 *quater*.1 c.p. in quello che codicisticamente lo precede.

Dopo aver premesso il contenuto delle due norme ed aver evidenziato l'alterità degli oggetti materiali ad esse relativi – materiale pornografico relativo a soggetto minorenni reale, l'art. 600 *quater* c.p.; materiale pornografico relativo a minorenni virtuale, l'art. 600 *quater*.1 c.p. – il giudice esclude l'esistenza di parametri normativi che esplicitamente consentano l'applicabilità, tra le due, di una singola ipotesi criminosa; in particolare rileva l'insussistenza di un rapporto di specialità tra le stesse. Tuttavia, ritiene un reato assorbibile nell'altro facendo uso di criteri alternativi che pure, nella logica del *ne bis in idem* sostanziale, volgono verso l'applicazione dell'istituto del concorso apparente tra norme; in particolare, eleva l'art. 84 c.p., sul reato complesso, a principio generale previsto a livello normativo a supporto del fenomeno dell'assorbimento, nonché menziona i criteri relazionali, implicitamente diffusi dal legislatore nelle norme penali, comunque in grado di escludere il concorso di reati.

A giudizio del G.u.p., l'assorbimento tra le figure criminose poste al suo vaglio è facilitato da due considerazioni: *a)* la diversa intensità dell'aggressione mossa da ciascuna delle due condotte vietate al comune bene giuridico tutelato, che trova quale corollario la diversa incidenza sanzionatoria; *b)* l'irragionevole disparità di trattamento tra colui il quale detenga, ad esempio, due immagini pedopornografiche reali, il quale sarebbe punito ex art. 600 *quater* c.p. con la pena della reclusione fino a tre

anni, e colui il quale detenga una immagine pedopornografica virtuale ed una immagine pedopornografica reale, il quale andrebbe soggetto, applicando la regola del cumulo giuridico *ex art. 81 c.p.*, alla pena della reclusione fino a nove anni (pena prevista per il reato più grave aumentata fino al triplo).

In altri termini, sarebbe punito con una pena astrattamente più grave il soggetto che ha commesso la condotta indubbiamente meno grave.

Onde evitare questo cortocircuito nella reazione punitiva, dovrebbe dunque statuirsi nel senso che la detenzione di immagini pedopornografiche virtuali congiuntamente a quella di materiale pedopornografico reale sia assorbita dalla seconda fattispecie più grave.

Chiosa il giudice palermitano astraendo il *dictum* nel più generale principio secondo cui «in presenza di fattispecie che sanzionano la detenzione di cose in termini differenti in funzione del diverso grado di offesa allo stesso bene giuridico e ciascuna con valutazione unitaria della condotta detentiva avente a oggetto una pluralità di cose dello stesso tipo, deve giocoforza ritenersi, pena l'irrazionalità e ingiustizia del sistema, che anche la condotta detentiva di cose eterogenee, ossia riconducibili alle distinte fattispecie, è valutata unitariamente dalla legge e integra il solo reato più grave, con assorbimento di quello meno grave»^[1].

2. La sentenza appare di interesse in quanto si colloca nel controverso filone di pensiero, in viso alla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui il concorso apparente di norme trova quali criteri risolutivi non solo il principio di specialità disciplinato dall'art. 15 c.p., ma anche i criteri valoristici della sussidiarietà e della consunzione, agganciati o meno ad un addentellato normativo.

La tematica del concorso apparente di norme si pone quale soluzione alternativa al diverso istituto del concorso di reati, disciplinato dagli articoli da 73 a 80 c.p.^[2], per cui si prevede un trattamento sanzionatorio già *ex ante* particolarmente gravoso per il reo, essendo lo stesso computato mediante la sommatoria algebrica tra pene relative alle diverse ipotesi criminose (c.d. cumulo materiale) nel concorso materiale o l'applicazione del criterio del triplo del massimo edittale del reato più grave (c.d. cumulo giuridico) nel concorso formale e nel reato continuato, fondandosi pur sempre sull'applicazione di quadri edittali ascrivibili a più norme incriminatrici.

Di portata vettoriale del tutto opposta è il concorso apparente di norme, che viene in rilievo quando più norme convergono verso il medesimo episodio comportamentale: pur nella contestuale rilevanza di più fattispecie criminose, solo una di esse si candida a dissipare la matassa normativa e a indicare il *quantum* punitivo.

Il dibattito si incentra sullo studio di due aspetti.

Il primo concerne l'individuazione del criterio discrezionale tra concorso formale di reati e concorso apparente di norme, tradizionalmente risolto - in un ordinamento a legalità formale che pone ad ineluttabile fondamento l'esigenza di previsione delle conseguenze sanzionatorie del fatto, anche in adattamento agli impulsi sovranazionali - mediante l'applicazione di canoni espressamente considerati dalla norma giuridica, e riassunti nel criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., secondo cui «*quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia*^[3], la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale»; nonché nel principio di sussidiarietà e in quello della consunzione^[4], cui allude l'inciso dell'art. 15 cit., ove si prevede che il principio di specialità si applichi «*salvo che sia altrimenti stabilito*», e vengono adoperati dal legislatore nell'ambito delle singole fattispecie incriminatrici.

In particolare, la sussidiarietà tra figure criminose si manifesta quando, con l'uso di clausole di riserva, o comunque con l'esplicita previsione di soglie-limite di intervento di una fattispecie penale, il legislatore escluda l'applicazione di una norma nel caso in cui ne operi contestualmente una diversa, di regola perché le due norme tutelano stadi di offesa crescenti; diversamente, il principio di assorbimento si configura quando, mediante l'applicazione di istituti tassativamente disciplinati, quale ad esempio quello del reato complesso ex art. 84 c.p., si verifichi la consunzione di un reato nell'altro a cagione del maggior disvalore e della maggiore incidenza sanzionatoria del reato assorbente.

Il secondo aspetto ruota intorno all'interrogativo, risolto positivamente nella sentenza in commento, se tali principi, normalmente agganciati al tessuto positivo, possano essere astratti e incanalati in un alveo dogmatico avulso dalla lettera della legge, tanto da dare origine ad un giudizio valoristico sperimentabile a livello giudiziale, mediante l'applicazione di criteri di sussidiarietà e consunzione «tacite».

La competizione a ben vedere si svolge tra due capisaldi di rilievo costituzionale: da un lato v'è l'esigenza di prevedibilità del trattamento sanzionatorio a tergo della propria condotta illecita, che costituisce il distillato giuridico degli artt. 25 e 117 Cost. (in relazione all'art. 7 Cedu); dall'altro vi è l'esigenza di preservare la razionalità del sistema nell'ottica dell'inflizione della giusta punizione anche in vista della effettività del trattamento rieducativo (artt. 3 e 27 Cost.)^[5].

Nel valorizzare la prima istanza, dovrebbero essere esclusi tutti quei giudizi operabili al momento della decisione giudiziale che, nel regolare la materia del concorso di reati, non trovino esplicito appiglio nel *dictum* normativo ma si ancorino a valutazioni del tutto soggettive che non consentono la predeterminazione della reazione punitiva dello Stato rispetto ai comportamenti vietati ma la sua postergazione al momento giurisdizionale.

La giurisprudenza di legittimità più rigorosa si schiera a favore di questa impostazione, nota come tesi

monista, secondo cui l'unico principio in grado di disciplinare il concorso apparente di norme è quello di cui all'art. 15 c.p., che introduce il principio di specialità e relative deroghe, con riferimento alle quali vi è espresso rinvio *aliunde* nel tessuto normativo, ogni qualvolta il legislatore si sia pronunciato in deroga al criterio di specialità[6].

Nel privilegiare la seconda esigenza, il bisogno di predeterminazione legale dovrebbe cedere dinanzi all'ontologica carenza valutativa della norma giuridica, non sempre in grado di proporzionare la sanzione finale all'episodio criminoso concreto, sicché l'intervento manipolativo del giudice sarebbe inevitabile per ricondurre a coerenza il sistema giuridico.

I sostenitori della concezione sostanzial-valoristica, nel cui filone confluisce la pronunzia annotata, ritengono infatti che la materia del concorso di reati e di norme involga il duplice profilo di legalità e di proporzione: il primo impone di analizzare strutturalmente gli elementi delle fattispecie coinvolte; il secondo richiede di punire un fatto nella misura necessaria e in modo proporzionato alla sua gravità[7], evitando che più fatti materiali, espressione di un unico disvalore omogeneo o progressivo, vengano sanzionati due volte attraverso l'applicazione congiunta di più norme incriminatrici[8].

Per conferire effettivo pregio ai principi di legalità e proporzione, i fautori dell'impostazione testé riferita, compiono una astrazione dei criteri espressi previsti dal sistema normativo.

Giocherebbe un ruolo fondamentale il principio di *sussidiarietà tacita*, il quale – come si osserverà – è stato implicitamente adoperato dal gup palermitano, e che consente di applicare una sola delle due norme in rilievo nel caso in cui la condotta sia sussumibile in entrambe e le stesse divergano solo quanto all'intensità dell'aggressione al medesimo bene giuridico o quanto allo stadio dell'offesa; il principio di consunzione *stricto sensu* inteso opererebbe invece nelle ipotesi in cui la realizzazione di un reato comporti, secondo *id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo reato, il quale perciò, ad una valutazione normativo-sociale, finisce con l'apparire assorbito dal primo: nel caso di antecedenza logica o di strumentalità di un reato rispetto all'altro[9] (es. *antefatto non punibile, reato eventualmente complesso*[10]); nel caso di reato che costituisca l'esito ordinario e prevedibile di un reato più grave (*postfatto non punibile*); nel caso di sequela ravvicinata di deliberazioni volitive che diano vita ad un crescendo di offese al medesimo interesse (*progressione criminosa*)[11].

In ogni caso, presupposto del *ne bis in idem* sostanziale, secondo l'impostazione attualmente prevalente, è la medesimezza del bene giuridico leso o posto in pericolo[12].

A fronte di posizioni formalmente ossequiose della tesi monista, va rilevato come il criterio valoristico sganciato da referenti normativi non sia fenomeno ignoto alla giurisprudenza di legittimità. Basti pensare, esemplificativamente, all'uso della categoria del reato eventualmente complesso, riadattato in chiave

sostanziale, con particolare riguardo all'assorbimento del delitto di sequestro di persona in altre fattispecie illecite, prime fra tutte la violenza sessuale e la rapina[13], di cui il reato *ex art.* 605 c.p., quando posto in essere a fini meramente strumentali, viene considerato, al di fuori di ogni base normativa esplicita, elemento strutturale delle due fattispecie, assorbito in esse.

L'impostazione ermeneutica su esposta costituisce solo uno degli esempi di come una cospicua parte della giurisprudenza di legittimità faccia uso di criteri valoristici che conducono all'applicazione del singolo reato che inglobi in sé il disvalore del fatto naturalistico complessivamente considerato e che prevenga il rischio di un eccesso di pena.

3. Da queste riflessioni prende di fatto le mosse il giudice, nella sentenza in commento, che si appunta sul rapporto tra il reato di pedopornografia reale, di cui all'art. 600 *quater* c.p., e quello di pedopornografia virtuale, di cui al contiguo art. 600 *quater*.1 c.p., quest'ultimo introdotto dalla Legge n. 38 del 2006; e, più in generale, sulla applicabilità dei su riferiti criteri valoristici al particolare caso della contestuale detenzione di oggetti materiali diversi, ciascuno stigmatizzato in una norma incriminatrice autonoma.

Come è noto, il primo punisce chi, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 600 *ter* c.p., si procura o detiene materiale pornografico ritraente soggetti minorenni, punendo il consumatore finale di una produzione realizzata da terzi[14]; se il materiale è di ingente quantità, è previsto l'aumento della pena sino a due terzi.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la pornografia minorile è configurabile nel caso di rappresentazione visiva, con qualsiasi mezzo atto alla conservazione, di un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica con modalità tali da rendere manifesto il fine di causare concupiscenza od ogni altra pulsione di natura sessuale[15]; il bene giuridico viene individuato nel libero e corretto sviluppo psicofisico del minore[16] e, più in particolare, della sua sfera sessuale, punendo chiunque si procuri o detenga quel materiale, al di là di qualsiasi anelito o possibilità di diffusione.

È stato sul punto osservato come la condotta di chi detenga materiale pedopornografico, collocandosi a distanza dal momento della lesione dell'interesse protetto, prefiguri un reato ostantivo ove l'anticipazione della tutela appare difficilmente giustificabile[17], così configurandosi un potenziale attrito col principio di offensività.

Vero quanto sopra, appare ancor più in frizione col principio da ultimo citato la successiva fattispecie criminosa di pedopornografia virtuale, in cui il materiale pornografico si dice *virtuale* poiché nessun minore è stato utilizzato per la produzione, essendo le immagini create con tecniche informatiche; siamo in presenza di un reato senza vittima[18], in cui il detentore verrebbe punito per le proprie pulsioni interiori,

incanalandosi la fattispecie nell'alveo del diritto penale dell'autore a scapito del diritto penale del fatto offensivo.

Anche a voler rinvenire un legame funzionale tra la fattispecie in parola ed il momento della lesione del bene protetto, dovrebbe ritenersi che il delitto di pedopornografia virtuale, assecondando la pulsione sessuale provata dal reo nei confronti del minorenne, si atteggi a reato-ostacolo rispetto ai delitti in cui tale pulsione possa trovare sfogo concreto; laddove si evinca invece la sua ostatività rispetto al delitto di cui all'art. 600 *quater* c.p., emergerebbe in maniera ancora più lampante l'eccessiva anticipazione della soglia di tutela rispetto al momento dell'offesa, essendo il delitto di pedopornografia "reale" a propria volta un delitto di pericolo.

Si tenta di recuperare l'evidente *deficit* di offensività richiedendo pur sempre che la riproduzione riguardi *situazioni realistiche* di coinvolgimento di minori in attività sessuali, sebbene i soggetti ritratti siano di fatto inesistenti[19].

Orbene, quanto al rapporto tra le due norme, le stesse puniscono la detenzione di oggetti materiali eterogenei, non si pongono in rapporto di specialità né annoverano nel tessuto precettivo clausole di riserva o altre indicazioni che escludano l'applicazione di una delle due norme in favore dell'altra.

L'unicità dell'azione è evidente, anche a cagione della natura di reato permanente di entrambe le fattispecie[20] che permette di rinvenire senza dubbio la sovrapposizione di condotte in un unico contesto spazio-temporale secondo la tradizionale impostazione dottrinale e giurisprudenziale sulla identificazione della condotta unica di cui all'art. 81 co. 1 c.p.

Sarebbe giocoforza applicare i principi della tesi monista, emergendo *ictu oculi* l'astratta applicabilità della disposizione sul concorso formale di reati, in considerazione del fatto che il soggetto agente, con un'unica condotta di detenzione, viola più norme incriminatrici, ciascuna stigmatizzante una *res illicita* diversa.

L'operatività di detto istituto si pone tuttavia in palese contrasto con le esigenze di ragionevolezza e giustizia sostanziale, e tanto è stato rinvenuto dal giudice di prime cure, in controtendenza rispetto alla teoria monista, allo stato maggioritaria.

Condivisibilmente, ha rilevato il G.u.p. siciliano che l'applicazione del concorso formale in luogo dell'assorbimento avrebbe l'effetto paradossale di punire una condotta meno grave con una pena più grave.

Il criterio sostanziale e valoristico che il giudice adopera nella sentenza in commento – lo si anticipava – pare consistere nella sussidiarietà tacita; in particolare la norma sulla pedopornografia virtuale sarebbe recessiva rispetto al delitto di pedopornografia *ex art. 600 quater* c.p., poiché punisce una soglia anticipata di rischio per il medesimo bene giuridico, costituito dal corretto sviluppo psicofisico del minore nel campo della

sessualità.

4. La riflessione svolta dal giudice palermitano appare, a parere di chi scrive, decisamente sostenibile.

In primo luogo, essa si regge implicitamente su una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 81 c.p., il quale dovrebbe poter arrestare la propria vocazione funzionale nel caso di implicazioni punitive contrastanti coi parametri costituzionali di offensività, proporzione e finalità rieducativa del reo, tutti peraltro intimamente legati tra loro in un nodo gordiano.

Quanto al primo, l'offesa pare costituire nell'ordinamento penale italiano non solo uno dei fattori causali della reazione punitiva, in ossequio all'antico brocardo *nullum crimen sine iniuria*, per cui non è pensabile punire un consociato per la mera disobbedienza al precetto, occorrendo quale *quid pluris* l'aspetto della lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato; ma anche la soglia di sbarramento e il criterio adeguatore del *quantum* sanzionatorio, sicché la pena deve essere ragguagliata nel suo ammontare alla qualità e alla dimensione dell'offesa[21]. Sarà utile dunque chiedersi, in presenza di due ipotesi criminose entrambe astrattamente applicabili al caso di specie, se, anche al di fuori dei parametri normativi di regolazione del rapporto tra reati, possa evincersi sul piano sostanziale un rapporto di continenza o di contiguità ontologica tra "offese".

Il principio di offensività, letto in questa prospettiva, si atteggia a parametro risolutore a fronte dello scopo che l'ordinamento si pone di garantire la proporzione tra mezzo e fine nelle scelte di politica legislativa[22]: secondo detto principio, l'ordinamento giuridico persegue i propri scopi con mezzi che appaiano all'uopo necessari e sufficienti, adoperando strumenti che consentano di raggiungere il massimo risultato col minimo sacrificio di chi soggiace al loro utilizzo.

Si è infatti già anticipato che il computo del trattamento sanzionatorio non è fine a sé stesso ma ambisce a conseguire, tra gli altri, lo scopo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 c.p., il quale verrebbe frustrato laddove si somministrasse al reo una pena superiore al suo concreto bisogno di risocializzazione; al contrario, la pena eccessiva finirebbe per generare nella psiche del soggetto sottoposto al trattamento la convinzione della complessiva ingiustizia del sistema, del tutto disfunzionale rispetto al percorso di emenda[23].

Il valore proporzionalistico, calato sul campo del trattamento sanzionatorio, è spesso elevato a strumento interpretativo nello scrutinio di costituzionalità[24], nel quale si discorre sovente del rapporto tra quadro edittale previsto a livello normativo, da un lato, e tipo di condotta (e di offesa), dall'altro. È stato sul punto osservato che il controllo sulla sproporzione tra la pena – sotto il profilo della qualità e della quantità - e la gravità dell'offesa è possibile attraverso una valutazione relazionale condotta per intero all'interno della disposizione oggetto sollevata dal giudice a quo[25]. Si tratta, a parere di chi scrive, di spunti operativi validi

anche se slegati dal momento legislativo e ancorati alla fase della decisione giudiziale, in quanto coinvolgono principi fondamentali che influenzano la generale tenuta del sistema giuridico.

Deve potersi affermare che, se compito dell'ordinamento è quello di assicurare una pena in concreto adeguata e coordinata con la dimensione del fatto, tale ambizione può efficacemente transitare per il momento dell'esegesi giudiziale, in cui si compendia massimamente la valutazione del complessivo disvalore del comportamento umano nei suoi risvolti sulla individuazione della pena irrogabile.

Gli elementi a sostegno, sopra indicati, trovano tutti dei capisaldi costituzionali di riferimento: gli articoli 13, 25, 27, 42 Cost. conferiscono tradizionalmente copertura costituzionale al principio di offensività; gli articoli 3 e 27 Cost. assicurano tutela al principio di ragionevolezza e proporzione. Sul piano sovranazionale^[26] i principi citati si specchiano negli articoli 3 Cedu, con riferimento al divieto di pene inumane e degradanti^[27], e nell'art. 49.3 della Carta di Nizza, ove si prevede che «*le pene non devono essere sproporzionate rispetto al reato*».

D'altronde l'impostazione adottata nella sentenza in commento, e qui condivisa, non dovrebbe scandalizzare neppure i più decisi sostenitori della teoria monista, avuto riguardo proprio alla natura giuridica dei due reati oggetto di vaglio, in particolare a quella del delitto *ex art. 600 quater.1 c.p.*

Non è infatti fuor di logica ritenere assorbita la detenzione di immagini di minori *inesistenti* nella (più grave e concreta) detenzione di immagini di minori *reali* implicati in vicende sessualmente esplicite, considerato che, avuto anche riguardo alla percezione sociale sui reati in materia di aggressione alla sfera sessuale, la seconda tipologia di possesso è in grado di assorbire l'intero disvalore del fatto "minore".

Il computo e l'applicazione della pena sortiscono infatti un duplice effetto nei rapporti con l'osservatore. Sotto il profilo del mantenimento dell'ordine sociale, la pena applicata al singolo svolge la propria funzione generalpreventiva, nel senso di indirizzare i consociati non interessati da quella specifica pena verso condotte ossequiose delle regole di convivenza civile, pena il possibile assoggettamento a sanzione; d'altra parte viene in rilievo anche la percezione, da parte della comunità sociale, della *giustizia della pena*, intesa come reazione ragionevole e proporzionata dello Stato rispetto al fatto umano illecito.

L'impatto della pena sull'aspettativa sociale, legato alla percezione della gravità del reato da parte dell'uomo di ordinaria moralità, in uno alla rilettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 81 co. 1 c.p., potrebbe dunque giustificare il ricorso alle tecniche di assorbimento per prevenire una deriva sanzionatoria sproporzionata e in netta collisione con i parametri della Carta fondamentale e coi principi sovranazionali.

Vero è che alla ricostruzione testé fornita può muoversi la tradizionale critica legata alla ontologica frizione

tra il criterio valoristico e le esigenze di predeterminazione della pena, che pure trova addentellati costituzionali (in primis l'art. 25 Cost.) ma è altrettanto sostenibile – in un'ottica di bilanciamento – che la razionalità del sistema sanzionatorio costituisca un *prius* rispetto alle esigenze di certezza e non viceversa. La domanda, cui si ritiene aver già fornito risposta, è infatti se sia di maggior auspicio un sistema penale conoscibile e potenzialmente ingiusto, o piuttosto un sistema penale che, in parziale frizione con le esigenze di prevedibilità, riservi all'interprete la possibilità, in sede decisionale, di ricondurre ad equità le disfunzioni genetiche dei meccanismi normativi, a propria volta legate alla difficoltà dell'organo legislativo di prevedere una pena giusta per ogni fatto che possa concretarsi *in rerum natura*.

Ultimo spunto di riflessione in chiusura.

Va osservato che il principio di diritto cristallizzato in sentenza, calato nelle più ampie riflessioni sulla sua tenuta costituzionale, si presta ad un utilizzo esteso a tutti quei casi in cui è in gioco il rapporto tra norme incriminatrici che sanzionano condotte concernenti oggetti materiali eterogenei, ma intrisi di una carica progressiva di lesività verso il medesimo interesse giuridico.

Una futura applicazione potrebbe essere quella dell'assorbimento del delitto di detenzione di droghe leggere nel più grave (e contestuale) delitto di detenzione di droghe pesanti, attualmente deciso dalla giurisprudenza pressoché granitica nel senso del concorso di reati, in seguito alla sentenza della Consulta n. 32 del 2014^[28] che ha riportato in vigore la previgente differenziazione di pena tra le due categorie di stupefacenti, trovando il fenomeno citato unica eccezione nel fatto di lieve entità di cui all'art. 73 co. 5 dpr 309/1990, il quale si candida a sussumere in un unico reato entrambi i tipi di detenzione^[29].

[1] V. pag. 6 della sentenza in commento.

[2] Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, 2013, p. 465; A. Gaboardi, *Concorso formale, reato continuato e cumulo giuridico: dalla teoria alla prassi*, Relazione tenuta all'incontro di studi presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 12 luglio 2019; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, Neldiritto, 2015, p. 1303, il quale chiarisce come la più tenue risposta sanzionatoria nel reato continuato sia giustificata, allo stadio della colpevolezza, dal fatto che il reo si è posto contro l'ordinamento in una singola occasione, al momento della preventiva deliberazione criminosa.

[3] Cass. sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *Foro it.* 2011, c. 682 secondo cui per "stessa materia" deve intendersi la "stessa fattispecie astratta nella quale si realizza l'ipotesi di reato"; secondo altra impostazione, la stessa materia si incentra sulla medesimezza del bene giuridico tutelato dalle fattispecie normative, v. Cass. sez. II, 24 ottobre 2019, n. 50697, in CED Cass., n. 277810 che rinvia il concorso formale fra le norme di cui agli artt. 640 e 455 cod. pen., in quanto le relative fattispecie tutelano beni giuridici diversi; G.

Marinucci-E. Dolcini *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 486 ss.; una parte della giurisprudenza e della dottrina ha suggerito una nozione più ampia, qui riassumibile nel senso della congruenza degli interessi protetti, come avviene nel caso di inclusione di un bene giuridico nell'altro o di preponderanti convergenze morfologiche tra i due, essendo il criterio della medesimezza del bene giuridico «criterio estraneo alla configurazione codicistica del principio di specialità»; ciò comporterebbe secondo alcuni l'esclusione dal campo della specialità ex art. 15 cit. del solo fenomeno della specialità bilateralmente per aggiunta in quanto sussisterebbe medesimezza di materia, quantomeno sotto il versante della contiguità ontologica degli interessi tutelati, sia nei casi di specialità unilaterale – per specificazione o per aggiunta – sia nel caso di specialità bilaterale per specificazione. Si osserva inoltre come una eventuale predilezione in senso assoluto per la specialità unilaterale come oggetto dell'art. 15 c.p. finirebbe per porsi in contraddizione con l'elevato numero di fattispecie strutturalmente avvinte da specialità bilaterale, in tal guisa apparendo illogico che il legislatore abbia fornito all'art. 15 cit. un ambito di esplicazione così ristretto e non abbia inteso ricomprendere in esso la categoria di specialità più diffusa nell'ordinamento penale, quale quella reciproca o bilaterale, v. Cass., Sez. III, 29 novembre 2000, *Maranan*, in *CED Cass.*, n. 218543; Cass. Sez. V, 9 giugno 1983, Meduri, in *Giust. pen.*, 1985, II, p. 472; Corbetta, *Maltrattamenti in famiglia e violenza sessuale: concorso di reati o ne bis in idem sostanziale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 12, p. 1487; Cass. sez. V, 6 dicembre 2017, dep. 2018, n. 1926; in dottrina, A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir pen e proc*, 2018, 4, p. 528; cfr. Cass. sez. III, 15 ottobre 2013, n. 5906, in *CED Cass.*, n. 258925, in cui è sancito che, fatta salva la riserva specifica della norma generale penale tassativamente prevista, si applica la sola disposizione di legge speciale quando la fattispecie concreta rientri totalmente nella sfera di coincidenza comune fra le norme, il che avviene evidentemente solo nel caso di specialità unilaterale; v. di recente Cass. sez. 22 maggio 2018, n. 41007, che ritiene la specialità bilaterale collocarsi fuori dal perimetro dell'art. 15 c.p.; G.A. De Francesco, *Il concorso di reati*, cit., p. 12.

[4] Va chiarito che, secondo la c.d. tesi monista, l'unico criterio valido è quello di specialità, mentre i criteri di sussidiarietà e di consunzione sarebbero rinvenibili in ordine sparso nell'impianto codicistico in quanto traggono l'abbrivio dalla clausola finale dell'art. 15 cit.

[5] A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 3, p. 1048 ss.

[6] Cass. sez. un. 23 febbraio 2017, n. 20664, in *CED Cass.*, n. 269668, in particolare pag. 5 della sentenza, ove si richiamano i precedenti conformi delle Sezioni unite sul punto; in *Giust. pen.*, 2017, 8-9, pt. 2, p. 450, con nota di De Lia. Le Sezioni unite superano il dato convenzionale europeo, attento al problema del *ne bis in idem*, ritenendo che «la regolamentazione sostanziale del fatto possa essere descritta in più di una disposizione incriminatrice, stante la più ampia libertà decisionale riconosciuta allo stato nazionale in argomento [...]». Tra l'altro, si aggiunge, «l'essenza del divieto espresso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia è

individuabile nella necessità di non sottoporre ad accertamento due volte l'interessato per il medesimo fatto storico, divieto che non ha natura assoluta, non essendo precluso il perseguimento della persona sottoposta a controllo in due autonome procedure» (pp. 6 e 7 della sentenza).

[7] Sotis, *Il "fatto" nella prospettiva*, cit., p. 468 ss.

[8] Cantalini, *Concorso tra norma penale incriminatrice e disposizione amministrativa sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2019, 8, p. 3030; C. Pedullà, *Utilizzazione illecita di carte di pagamento*, in *Cass. pen.*, 2018, 10, p. 3209 ss.

[9] D. Federici, *Artificiosa rappresentazione di elementi positivi fittizi nel patrimonio di un istituto di credito*, in *Cass. pen.*, 2018, 7-8, p. 2602 ss.

[10] Il reato complesso si regge di regola proprio sul rapporto di strumentalità di un reato rispetto all'altro, v. *Cass. sez. II*, 28 marzo 2018, n. 17147, in *CED Cass.*, n. 272808, in cui si statuisce nel senso che «*la commissione di una rapina in edificio o altro luogo destinato a privata dimora configura, dopo l'introduzione del n. 3 bis del comma terzo dell'art. 628 cod. pen., un "reato complesso", nel quale resta assorbito il delitto di violazione di domicilio, che costituisce reato - mezzo, legato da nesso di strumentalità a quello di rapina*»; altri evidenziano come esso sia espressione del principio di specialità unilaterale per aggiunta, v. in tal senso G. A. De Francesco, *op. cit.*, sez. II, p. 56 s.

[11] F. Ranzatto, *La violenza sessuale continuata "assorbe" i maltrattamenti?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 4, p. 463 ss.

[12] Si veda *Cass. sez. V*, 2 maggio 2019, n. 30455, Rv. 276347, in cui si chiarisce che le clausole di riserva poste a base del principio di sussidiarietà, anche quando si tratti di clausola generica ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), presuppone l'identità dei beni giuridici tutelati dai diversi reati; conf. *Cass. sez. II*, 15 maggio 2015, n. 25363, in *CED Cass.*, n. 265045; *contra*, *Cass. sez. VI*, 28 febbraio 2017, n. 13849, in *Cass. pen.*, 2017, 10, con nota di L. Fimiani. La Corte di legittimità statuisce in questo caso che la clausola di riserva di cui all'art. 323 c.p. si applica anche nel rapporto tra norme che tutelano beni giuridici diversi.

[13] *Cass.*, sez. III, 10 marzo 2016, n. 9937, in *Giur. pen.*, 17 aprile 2016, con nota di F. Lombardi; A. Lagioia, , *Il concorso tra i reati di tratta di persone, riduzione in schiavitù e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, p. 2610; C. Pedullà, *La differenza tra la violenza sessuale di gruppo e il concorso nel delitto di violenza sessuale*, in *Cass. pen.*, 2019, 9, p. 3274 ss.

[14] Sui rapporti con l'art. 600 ter c.p., v. B. Romano, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, p. 601 ss.

[15] *Cass. sez. V*, 8 giugno 2018, n. 33862, in *CED Cass.*, n. 273897 e in *Dir. pen. cont.* con nota di Crescioli; *Cass. sez. III*, 4 marzo 2010, n. 10981, in *CED Cass.*, n. 246351.

- [16] L. Giordano, *Natura artistica delle immagini di nudo di un minore: è configurabile il reato di detenzione di materiale pornografico?*, ne *Il Penalista*, 18 novembre 2019.
- [17] In questi termini si esprime A. Manna, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Dir. famiglia*, 2012, 3, p. 1251 ss.
- [18] Per uno sguardo al diritto comparato, in particolare alla legge statunitense, G. Marra, *La detenzione di materiale pornografico minorile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2, p. 410 ss.; M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2018, 2, p. 553 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 549; A. Cadoppi, *Presentazione della I edizione*, in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, a cura di A. Cadoppi, Cedam, 2006.; A. Bernardi, *Rinascita e metamorfosi della difesa sociale in Italia*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, 2009, p. 50.
- [19] Cass. sez. III, 24 novembre 2017 (dep. 2018), n. 15757, in *De Jure*.
- [20] Cass. sez. III, 23 febbraio 2016, n. 15719 del 23/02/2016, in CED Cass., n. 266581 ha chiarito come il reato di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p. abbia natura permanente, iniziando la sua consumazione nel momento in cui il reo si procura il materiale e cessando nel momento in cui quest'ultimo ne perde la disponibilità.
- [21] D'altronde l'art. 133 c.p. volge in tal senso, in quanto prevede tra i criteri di commisurazione della pena proprio la gravità del danno o del pericolo cagionato (co. 1, n. 2).
- [22] M. Donini, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, 2002, p. 124; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005, p. 136 ss.; A. M. Maugeri, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Giuffrè, 2011, p. 78 s.; C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, p. 111 ss.
- [23] C. Iagnemma, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2019, 3, p. 1431 ss.
- [24] A. Macchia, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 1, p. 19 ss.
- [25] S. Giannello, *Il (nuovo) delitto di oltraggio a pubblico ufficiale davanti alla corte costituzionale tra conferme e spunti in chiave prospettica*, in *Riv. it. dir. e pen. proc.*, 2020, 1, p. 333 ss., sub nota 6.

[26] E. Cannizzaro, F. De Vittor, *Proportionality in the European Convention on Human Rights*, in R. Kolb, G. Gaggioli (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham-Northampton, 2013.

[27] Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, § 102, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012, con nota di F. Viganò, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*.

[28] In *Dir. pen. cont.*, con nota di F. Viganò-A. Della Bella, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, 27 febbraio 2014; in *Giur. pen.*, 12 febbraio 2014; sugli effetti di tale pronunzia sia consentito il rinvio a Lombardi, *Corte Cost. 32 del 2014: riflessi su processo e giudicato e coordinamento con i fatti di lieve entità*, *ivi*, 26 marzo 2014.

[29] Cass. sez. III, 04 marzo 2020, n.16615, in *Italgire Web*; M. Toriello, *Il fatto di lieve entità è configurabile anche in caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa specie: i principi di diritto affermati dalle sezioni unite con la sentenza Murolo*, in *Cass. pen.*, 2016, 5-6, p. 1987 ss.; L. Degl'innocenti-T. Così, *Configurabilità dell'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 in presenza di sostanze stupefacenti di diversa qualità*, ne *Il Penalista*, 29 novembre 2018.