

QUESTIONI APERTE

Tenuità del fatto

La decisione

Tenuità del fatto - Principio di offensività - Equità - Fatto tipico - Concezione gradualistica dell'illecito penale (C.p., artt. 131-*bis*, 133, co. 1, 49, co. 2, 2, co. 4; C.p.p., artt. 615-*bis*, 609, co. 2, 673).

Ricorre il fatto tenue ex art. 131-bis C.p. nel caso di tentativo di furto di oggetti di modesto valore, non trattandosi di fatto inoffensivo tout court. In particolare la Corte rileva che si tratta di fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma dotato di un quantum di lesività talmente modesta da rendere non proporzionata, e dunque non giustificata, in nome della c.d. concezione gradualistica dell'illecito penale, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento sul piano penale. Annulla, pertanto, senza rinvio la sentenza di primo grado che, prima dell'entrata in vigore della novella, aveva assolto l'imputato per insussistenza del fatto.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 11 febbraio 2016 (ud. 17 settembre 2015) - NAPPI, *Presidente* - MICHELI, *Relatore* - CORASANITI, *P.M.* (diff.) - Pm. c. Markiku, *ricorrente*.

Il fatto tenue tra offensività ed equità

1. Quando l'offesa c'è, ma è tenue

Il caso di un poveruomo che, rovistando all'interno di un'isola ecologica (*rec-tius*: «un sito adibito a vera e propria discarica»), ha cercato - senza neppure riuscirci - di impossessarsi di alcuni oggetti privi di valore («due articoli di bigiotteria, un braccialetto di plastica e un orologio che in atti si indica “non funzionante”»), colà evidentemente abbandonati, il tutto «in difetto di qualsivoglia elemento che deponga per la non occasionalità del comportamento, avuto riguardo alle condizioni soggettive del suo autore», ha fornito l'occasione alla Corte Suprema per mettere a fuoco, in questa importante e generosa sentenza, profili fondamentali del volto della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* C.p.

Sul piano del diritto sostanziale la questione centrale era rappresentata dal rapporto tra tale disposizione e il c.d. principio di offensività (“non c'è reato senza il riscontro concreto di una offesa al bene giuridico”), che si vuole “rappresentato” all'interno del codice - secondo la vulgata più diffusa, soprat-

tutto in giurisprudenza – dall’art. 49, co. 2, c.p. con le vesti del “reato impossibile”¹.

La questione è venuta alla ribalta sin dall’approvazione della legge delega del 2014 e ancor di più subito dopo il varo dell’art. 131-*bis* c.p., quando l’entusiasmo per l’“epocale” introduzione della clausola con cui finalmente il legislatore italiano recepisce per l’intero ordinamento il canone economico-razionale secondo il quale la pena non può trovare applicazione nei fatti bagatellari, ha dovuto fare i conti con talune perplessità.

Ricordo, in sintesi, che l’esigenza del “ritiro” del diritto penale dai “*minimalia*” era sino ad allora occasionalmente assicurata dalla giustizia del caso concreto, rimessa alla buona volontà dei pubblici ministeri o dei giudici che mediante una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 49, co. 2^o, c.p., o optando per la tesi che il fatto non offensivo del bene non possa essere considerato tipico, o solo applicando il buon senso, si mostravano disponibili a una benevola astensione dall’esercizio dell’azione penale o evitavano la pronuncia di una sentenza di condanna, nei casi in cui avvertivano la pena e il processo penale come risposte sproporzionate e sconvenienti rispetto alla inconsistenza offensiva del fatto.

La codificazione della clausola, pur nell’importanza in sé dell’avvenuto riconoscimento legislativo del principio e della correlata espansione applicativa che il criterio deflattivo avrebbe dovuto comportare, è tuttavia avvenuta con palese “circospezione” da parte del legislatore, il quale ha svolto il lavoro demandatogli in preda ad un autentico terrore politico e ha perciò lasciato numerose tracce di tale stato d’animo – soprattutto nel passaggio dal delegante al delegato – sul testo normativo. Non solo l’operatività del principio era stata limitata (già dal delegante) ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni; non solo il criterio fondante la “selezione” non si incentrava più sulla dimensione oggettiva dell’offesa al bene giuridico, ma si articolava sui contrassegni “complessivi” del fatto, da apprezzare con i canoni multifattoriali dell’art. 133 c.p., inclusi quelli di marca prettamente soggettiva; ma, soprattutto ci si accorse che l’applicazione della clausola nel caso concre-

¹ Le ancora attuali fortune giurisprudenziali della c.d. concezione realistica del reato sembrano ormai dipendere più dal prestigio degli Autori che un tempo la sostennero, più che dai recenti orientamenti dottrinali, tutti piuttosto critici al riguardo: cfr., ad es., CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Napoli, 2004, 186 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 245 ss.; più aperto, con distinguo, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.- riv. trim.*, 2013, 40.

² Per un commento della norma contenuta nella legge delega, volendo, BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell’offesa nella delega 2014*, in *Legisl. pen.*, 2014, 449 ss.

to avrebbe comportato per legge tutti gli effetti “pregiudizievoli” di una sentenza di condanna, ad eccezione della pena.

L'impressione dominante era quella di un legislatore che fuggiva dalla responsabilità di codificare una volta per tutte il principio di offensività in concreto (come ricostruito e incessantemente ribadito dalla Corte costituzionale, a partire dalla “storica” sentenza in materia di esplosivi del 1986³) e immetteva nel circuito giudiziario un rimedio “ibrido” e proteiforme, la cui concreta applicazione, lungi dall'avvicinare tra loro reo e vittima in una visione “riconciliativa” della giustizia, poteva finire per scontentare sia l'uno che l'altra⁴.

Ecco perché uno dei primi interrogativi ha riguardato i rapporti tra il novello art. 131-*bis* c.p. e il reato impossibile per inoffensività *ex art.* 49, co. 2, c.p. (o soluzioni analoghe); infatti, laddove l'avvento della clausola specifica avesse assorbito tutti i casi di “*minimalia*” e dunque comportato una riconduzione della figura del reato impossibile a quei pochi esempi di scuola che figurano sui manuali dello scorso secolo, laddove, cioè, il principio di offensività fosse stato d'ora in poi rappresentato esclusivamente dall'art. 131-*bis* c.p., si sarebbe posto il serio problema della sorte da riservare, per esempio, al funzionario “infedele” che sottrae una risma di carta all'ufficio (peculato di particolare tenuità: sopra il limite edittale)⁵, o al ragazzo impertinente che ogni giorno per un certo periodo ruba per dispetto un chicco d'uva al fruttivendolo (comportamento abituale, sorretto da futile motivo).

³ Corte cost., n. 62 del 1986, in *Cass. pen.*, 1986, 1693.

⁴ Evenienza prevista dallo stesso legislatore che assegna sia all'indagato che alla persona offesa il diritto di opporsi alla richiesta di archiviazione formulata dal pm (art. 411, co. 1-*bis*, C.p.p.).

⁵ La giurisprudenza della Cassazione è costante nell'escludere il peculato a fronte di appropriazioni irrisorie: Cass., Sez. VI, 19 settembre 2000, Mazzitelli, in *Riv. pen.*, 2001, 53, ha escluso il reato per inconsistenza dell'offesa patrimoniale a fronte dell'appropriazione di tre bossoli provenienti da cartucce di proprietà dell'Amministrazione esplose nel corso di alcune esercitazioni; Cass., Sez. VI, 22 marzo 2001, Ioia, in *Mass. Uff.*, n. 219021, ha dichiarato l'irrelevanza penale del fatto di chi si era appropriato di tre moduli di libretto di idoneità sanitaria, di cui aveva la disponibilità quale dipendente della U.S.L.; Cass., Sez. VI, 7 giugno 2000, Baldassarre, in *Mass. Uff.*, n. 218338, secondo cui il dipendente pubblico che forma atti falsi utilizzando mezzi della P.A. (carta, stampante, sigillo) risponde di falso e non già di peculato, stante l'esiguo valore del materiale utilizzato; Cass., Sez. VI, 11 novembre 2004, Battaglia, in *Giust. pen.*, 2006, 129, che statuisce non integrare il peculato la condotta dell'agente della Polizia di Stato che, nell'esplosione senza necessità un colpo dalla pistola di ordinanza, utilizza una cartuccia in dotazione; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2013, Sgroi, in *Mass. Uff.*, n. 256686, non sussiste peculato nella condotta di appropriazione di un pass per disabili. Sulla stessa linea le sentenze in materia di abusivo utilizzo del telefono d'ufficio, per questo aspetto convalidata da Sezioni unite, che, pur nella diversa prospettiva del peculato d'uso, ha richiamato alla necessità che il fatto appropriativo comporti un'apprezzabile lesione patrimoniale o una concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio (Cass. Sez. un., 20 dicembre 2012, Vattani, in *Cass. pen.*, 2014, 484).

Sulla questione irrompe la ponderosa sentenza in commento, la quale, da un lato, ammette la sopravvivenza operativa del principio di offensività in quanto tale, con ciò escludendone il completo assorbimento nella neonata figura; ma, d'altro lato, non esita a ricondurre il caso di specie, dal giudice di merito definito con una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto stante «l'assoluta inidoneità della condotta ad offendere il bene giuridico», ad una vicenda di improcedibilità *ex art. 131-bis c.p.*, previo annullamento senza rinvio della sentenza impugnata dal procuratore generale.

La sentenza di merito, invero, era stata emessa prima dell'entrata in vigore della novella, sicché il contrasto valutativo con il giudice di primo grado non è pieno; comunque, la soluzione offerta dalla Corte nasce dalla riconosciuta non operatività nella specie del principio di offensività, per cui se – per un verso – non è possibile ipotizzare come avrebbe deciso il primo giudice se si fosse pronunciato avendo a disposizione anche lo *jus superveniens*, – per l'altro – è invece verosimile che in difetto della novella la Cassazione avrebbe annullato la sentenza assolutoria in vista di una condanna per tentativo di furto, accogliendo così in pieno il ricorso del procuratore generale.

Infatti, la sentenza condivide la censura proposta dal ricorrente il quale aveva sottolineato la «indebita dilatazione» della nozione di offensività in concreto che il giudice di primo grado aveva operato, introducendo «nell'ambito dell'offensività profili che attengono strettamente alla valutazione delle mere conseguenze della condotta sul piano patrimoniale», mentre «le categorie logiche utilizzate dal giudicante per escludere l'offensività in concreto (segnatamente la speciale modestia della refurtiva, quantificato in una decina di euro) [... sembrano riguardare] piuttosto la ravvisabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.».

La Cassazione, in prima battuta, sembra dunque aver affermato che l'entrata in vigore dell'art. 131-*bis* c.p. permette ora di evitare quelle “indebite dilatazioni” a cui andava incontro il principio di offensività, secondo il quale non c'è reato in difetto di una concreta offesa al bene giuridico; consente, in altri termini, di ricondurre a quella sfera unicamente i casi di «totale mancanza di offensività del fatto, che risulta privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente, come reato», e di rimettere gli altri casi, vale a dire quelli in cui la condotta arreca un'offesa minima ma percepibile, anche se del tutto trascurabile, alle cure dell'art. 131-*bis* c.p.

Difficile stabilire se, tracciato questo confine tra inoffensività e irrilevanza del fatto, la novella determini un effettivo arretramento del diritto penale dal campo delle bagatelle, ovvero se finisca per comportare nella gran parte dei casi un effetto deteriore per il reo. Certamente, nel caso di specie, si è sottrat-

ta alla sfera dell'inoffensività una vicenda le cui caratteristiche la stessa Cassazione ha definito in termini di pura minimalità (oggettiva e soggettiva). Sotto questo profilo, ci si potrebbe chiedere se davvero valesse la pena di articolare un sistema normativo penale e processuale sulla tematica della «tenuità del fatto» per pervenire a simili modesti risultati. Il diritto vivente mostrerebbe il lato paradossale della riforma: l'annunciata epocale "stabilizzazione" del principio di offensività si risolve nella sua sostanziale marginalizzazione⁶....

TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI

⁶ Per la verità, il diritto vivente mostra anche di peggio, come quando la clausola della "tenuità" prende addirittura il posto della ritenuta insussistenza del fatto stesso. Si veda, ad esempio, quella sentenza in cui un giudice di merito ha ricondotto alla tenuità del fatto, l'accusa mossa ad un pescivendolo a cui si contestava il maltrattamento di animali per avere tenuto tre astici e due aragoste vivi in un banco per la vendita direttamente sul ghiaccio e fuori dall'acqua, e per quanto riguarda gli astici, con le chele legate tramite fascette elastiche: il giudice applica salomonicamente l'art. 131-*bis* C.p. dopo aver precisato che il fatto non integrava comunque gli estremi del reato di maltrattamento di animali, essendo conforme a normali e diffuse tecniche di conservazione di tali animali prima della vendita (Trib. Torino, 15 luglio 2015, in www.penalecontemporaneo.it).