

originava dalla condotta di due privati che, in concorso tra di loro, attestando falsamente in una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai fini della partecipazione ad una procedura di licitazione privata, l'iscrizione all'albo dei costruttori avevano indotto il dirigente tecnico e la Giunta provinciale a formare i conseguenti atti pubblici falsi [nel senso della configurabilità del falso ideologico per induzione, in concorso peraltro con il falso ex art. 483 c.p., si esprimono appunto le sezioni unite - cfr. C.s.u. 28.6.2007, S., *Fl* 2008, II, 80 e ss. con nota, critica limitatamente alla soluzione del concorso di reati: di GIACONA].

13

Oggetto di discussione è l'ipotesi nella quale l'inganno concerne un presupposto non indicato esplicitamente nell'atto pubblico redatto dal pubblico ufficiale (per es., diploma di laurea, il quale non contiene alcuna attestazione del superamento di tutti gli esami previsti dal curriculum del relativo corso) [nel senso che la falsità riguardante gli atti di uno o più esami non comporta falso ideologico, per induzione in errore, nel suddetto diploma, C. 22.2.1994, Campolongo, CED 1994/95, RP 1995, 1080; opposta conclusione peraltro, in C. 11.7.2014, n. 37240; C.s.u. 28.6.2007, S.; C. 17.2.1999, Marziani, CP 2000, 1593; C.s.u. 3.2.1995, Proietti, CED 2001/17, RP 1995, 900].

BIBLIOGRAFIA: (1) FLORA, *Errore, Dpen*, IV, 1990, 267; (2) FROSALI, *Le ipotesi tipiche di "responsabilità per causa mediata"*, SP 1951, 401; (3) GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, 1957, 130 e 77; (4) GIULIO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, 2005, 299 ss; (5) MANGINI RUFFO, *Ancora sull'errore determinato da altrui inganno*, ADPP 1936, 896; (6) NAPPI, *Autore mediato e falsità ideologica in atto pubblico*, RIDPP 1982, 337; (5) PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, 1973; (6) PADOVANI, *L'errore su legge penale determinato dall'altrui inganno e l'estensione analogica dell'art. 48 c.p.*, RIDPP 1982, 1630; (7) PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, 1966, 23; (8) PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive di apparente partecipazione*, I, 1988; (9) PELISSEK, *Il concorso di persone nel reato proprio*, 2004, 320 ss.; (10) PISAPIA, *Sul criterio distintivo tra partecipazione criminosa e reità mediata*, RIDP 1943, 247; (11) RICCIO, *Errore determinato dall'altrui inganno e falsità in atto pubblico a fede privilegiata*, ADPP 1936, 230; (12) RICCIO, *L'autore mediato*, 1939; (13) SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, 1987, specie 403 e ss.; (14) SINISCALCO, *Autore mediato*, EdD, IV, 1959, 443; (15) SUCHAN, *Autore mediato e reato proprio*, CPMA 1975, 489. Cfr. bibliografia sub artt. 47 e 110.

49. Reato supposto erroneamente e reato impossibile

[1] Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato.

[2] La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

[3] Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso.

[4] Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza.

SOMMARIO: I. Il reato putativo - II. L'art. 49, c. 2 e la c.d. concezione realistica del reato - III. Il principio di offensività e il suo rilievo costituzionale - IV. (Segue) la giurisprudenza della Corte costituzionale - V. Le applicazioni del principio di offensività nella giurisprudenza di legittimità. Il caso della coltivazione di sostanze stupefacenti - VI. (Segue) l'aggravante dell'uso del mezzo fraudolento nel reato di furto - VII. (Segue) le declinazioni in materia di reati di falso e di contraffazione - VIII. Il principio di offensività nei Progetti di riforma del codice penale - IX. Il principio di offensività nel diritto positivo - X. Il reato impossibile. L'indoneità dell'azione - XI. (Segue) la predisposizione di un servizio di polizia e l'intervento di un agente provocatore - XII. (Segue) l'inesistenza dell'oggetto - XIII. (Segue) il momento soggettivo - XIV. Gli effetti residui del reato putativo e del reato impossibile - XV. Casistica. Reati in materia di stupefacenti - XVI. (Segue) falso grossolano, innocuo e inutile - XVII. (Segue) commercio di prodotti contraffatti - XVIII. (Segue) reati contro l'amministrazione della giustizia - XIX. (Segue) reati contro il patrimonio - XX. (Segue) reati contro la persona - XXI. (Segue) reati contro la Pubblica Amministrazione - XXII. (Segue) ulteriori fattispecie di reato.

I. Il reato putativo

La disposizione di cui al c. 1 dell'articolo in esame disciplina il **reato putativo**: si tratta di quel comportamento lecito o penalmente indifferente che l'agente pone in essere nell'erronea supposizione che costituisca reato [DELOGU (27), 731; MANZINI T II, 614; PIACENZA (86), 1003; ROMANO, *CommSist* I, art. 49, 474]. Ciò che caratterizza il reato putativo è dunque la mancanza dell'effettiva realizzazione di una fattispecie penale che esiste soltanto nell'immaginario dell'agente [FLORA (47), 268; PIACENZA (86), 1003; SERIANNI (95), 1].

Il reato può essere putativo per errore di diritto penale (o sul divieto) ovvero per errore di fatto o di diritto extrapenale (o sul fatto). Si ha **reato putativo per errore sul divieto** quando l'agente ritiene che sia prevista nell'ordinamento una norma penale che in realtà non esiste ovvero interpreta in modo errato una norma penale esistente così da ricomprendervi un proprio comportamento in realtà non sussistente nell'area del precetto [ANTOLISEI PiG, 504; BETTOL 562; FLORA (47), 268; MARINI 577; MUSOTTO 219; PAGLIARO PiG, 399; MARINI 577; MUSOTTO 219; PAGLIARO PiG, 399; PIACENZA (86), 1003; ROMANO, *CommSist* I, art. 49, 474; SERIANNI (95), 474; SERIANNI (95), 1]. Di contro, nel **reato putativo per errore sul fatto** l'agente ritiene per errore esistente un elemento del fatto storico che, se esistesse realmente, lo renderebbe conforme al modello legale: il che può accadere in relazione a dati di merito fatto ovvero a dati di fatto qualificati attraverso norme extrapenali [ANTOLISEI PiG, 504; BETTOL 562; FLORA (47), 268; MARINI 577; MUSOTTO 219; PAGLIARO PiG, 399; PIACENZA (86), 1003; ROMANO, *CommSist* I, art. 49, 474; SERIANNI (95), 1]. L'errore di cui all'art. 49, c. 1 è dunque speculare a quello di cui agli artt. 5 e 47, c. 1 e 3 (c.d. **errore rovesciato o inverso**): invece di ritenere assente una norma

o un elemento di fatto in realtà presente, l'agente ritiene presente una norma o un elemento di fatto in realtà assente [ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 475].

- 3 Nel reato putativo l'errore può riguardare qualunque elemento costitutivo della fattispecie, tra cui anche la **qualifica soggettiva richiesta per l'esistenza di un reato proprio** [ANTOLISEI PIG, 504; PIACENZA (86), 1004; ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 475, il quale distingue tra l'ipotesi in cui l'errore cade sulla norma penale che prevede la qualifica soggettiva e l'ipotesi di errore sulla interpretazione di una norma extrapenale inerente la qualifica soggettiva, riproponendo così la distinzione tra reato putativo per errore di diritto e reato putativo per errore di fatto extrapenale; SERIANNI (95), 1]. **La qualifica del soggetto passivo**, sempre che si tratti di un elemento necessario alla configurazione della fattispecie incriminatrice [SERIANNI (95), 2], **le qualità naturalistiche o giuridiche concernenti l'oggetto materiale della condotta** [SERIANNI (95), 2], **l'esistenza del delitto-presupposto nella fattispecie di riciclaggio** [C 19.11.2013, Quatieri, CED 259008, secondo cui integra gli estremi del reato putativo non punibile ai sensi dell'art. 49, c. 1, c.p. la condotta di chi abbia agito ritenendo ed accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente].

- 4 Ricorre reato putativo anche nel caso in cui l'agente ignora l'esistenza, o erra nell'interpretazione, di una **causa di giustificazione** prevista dall'ordinamento ovvero, nel caso in cui conoscendone l'esistenza, non sa che se ne sono in concreto realizzati gli elementi costitutivi o ritiene tali elementi inesistenti [C 26.6.1956, Russo, *RDP* 1957, 310, ANTOISEI PIG, 504; BETTIOL 564; FLORA (47), 268; PIACENZA (86), 1004; ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 476; *contra*, PANNAN PIG 247, in senso parzialmente critico, SERIANNI (95), 1]. È esclusa l'applicabilità dell'art. 49, c. 1 nel caso in cui l'inesistenza del reato sia da ricondurre ad una **causa estintiva** ignota all'agente: il reato putativo riguarda infatti unicamente fatti non punibili *ab initio* e non anche fatti divenuti non punibili successivamente, ad esempio, per amnistia [FROSALI I, 681].

- 5 Nei **reati omissivi, propri e impropri**, l'errore rilevante ai sensi dell'art. 49, c. 1 può riguardare sia gli elementi della situazione tipica da cui deriva l'obbligo di attivarsi sia l'esistenza a carico dell'agente della posizione di garanzia [ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 475].

- 6 Il reato putativo **non è mai punibile**. La non punibilità nel caso in cui l'agente versi in un errore sul divieto discende dal **principio di stretta legalità**, poiché nessun fatto penalmente rilevante è posto in essere, ne segue che nessuna influenza sulla punibilità può avere l'opinione dell'agente [ANTOLISEI PIG, 504; BETTIOL 564; FLORA (47), 268; MUSOTTO 219; PAGLIARO PIG, 399; PIACENZA (86), 1004; ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 474; SERIANNI (95), 1]. Nel reato putativo per errore di fatto o di diritto extrapenale, la non punibilità è invece una conseguenza dell'accoglimento del **principio oggettivo in tema di tentativo**, secondo cui il fondamento dell'incriminazione di un fatto non è da ravvisare nella semplice attuazione esterna di una volontà colpevole, ma piuttosto

nella pericolosità e quindi nella idoneità della condotta a pervenire alla consumazione del reato [ANTOLISEI PIG, 504; FLORA (47), 268; ROMANO, *CommSist I*, art. 49, 477].

II. L'art. 49, c. 2 e la c.d. concezione realistica del reato

- 7 Il **principio di offensività o necessaria lesività** postula che per l'esistenza del reato è necessaria un'offesa nella forma della lesione o della messa in pericolo ad un bene giuridico tutelato da una norma penale incriminatrice, non essendo concepibile un reato senza offesa (*nullum crimen sine iniuria*): ai fini dell'esistenza del reato non basta quindi la realizzazione di un comportamento materiale corrispondente al fatto descritto da una norma incriminatrice, ma è necessario che tale comportamento sia offensivo del bene protetto, diversamente si verrebbe a punire la mera disobbedienza al precetto, in contrasto con i principi di un Stato liberale [MARRUCCI-DOICINI 6, 190, 315 e 413; MANTOVANI PIG, 185; MANTOVANI-Principi 79]. Il principio di offensività presuppone ed integra il principio di materialità del fatto completando le garanzie costituzionali proprie di uno Stato di diritto: mentre il principio di materialità assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni, quello di offensività garantisce contro le incriminazioni di fatti materiali inoffensivi.

- 8 In mancanza di una norma nell'ordinamento italiano che annuci esplicitamente il principio di offensività, varie sono le teorie formulate dagli interpreti con riguardo al **fondamento di tale principio** [MASTULLO (72), 1772]. Il primo tentativo di enucleare dal codice penale l'offensività quale principio generale dell'ordinamento penale ha preso le mosse da una peculiare interpretazione dell'art. 49, c. 2. Negando l'interpretazione tradizionale dell'art. 49, c. 2, secondo cui tale norma rappresenterebbe una pleonastica ripetizione dell'art. 56 volta ad esprimere "in negativo" i requisiti richiesti dall'art. 56 per la punibilità del tentativo [cfr. in tal senso per tutti, ANTOISEI PIG, 499 secondo cui il "reato impossibile" è un doppiopie in negativo del delitto tentato, vale a dire un tentativo rimasto senza successo; nello stesso senso: PAGLIARO-ARIZZONE 261], un'autorevole corrente dottrina riconosce all'art. 49, c. 2 il ruolo di norma-chiave dell'ordinamento penale, la cui funzione è quella di codificare il **principio di offensività come canone ermeneutico** non limitato al campo del tentativo, ma estendibile all'intero sistema penale. L'art. 49, c. 2 non è altro - secondo questa dottrina - che l'enumerazione della **concezione c.d. realistica del reato**, secondo cui non può esservi reato senza lesione o messa in pericolo "effettiva" del bene protetto [M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, EDD, XIII, 1964, 786; GRANDE (53), 1254; L'INNOCENTE (59), 20; MANTOVANI (67), 453; NEPPI MODONA (79), 200; VASSALLI (100), 657]. Postulato della concezione in esame è che possa esservi uno scarto tra tipicità e offensività, potendosi verificare fatti formalmente conformi al tipo ma idonei a ledere il bene tutelato dalla fattispecie penale.

- 9 Le **argomentazioni** espresse a sostegno della concezione realistica del reato si rifanno essenzialmente alle discrepanze tra il disposto dell'art. 49, c. 2 e quello dell'art. 56. In particolare, si argomenta che: 1) non si spiega come mai gli atti diretti in modo non equivoco a commettere una "contravvenzione" rimangano impuniti se idonei a produrre l'evento, atteso che il tentativo si configura con riferimento ai soli delitti, mentre possono

portare all'applicazione di una misura di sicurezza *ex art. 49, c. 4* addirittura se indonei; 2) il giudizio di idoneità di cui all'art. 49 non è riferito, come nell'art. 56, agli atti bensì all'azione; 3) l'art. 49, c. 2 prevede l'ulteriore ipotesi di "inesistenza dell'oggetto"; 4) è assai anomalo, dal punto di vista della tecnica legislativa, che il legislatore anticipi in forma negativa quanto l'art. 56 stabilisce poco dopo in forma positiva [M. GALLO, *Il fatto. Oggetto e accertamento*, *SV* 1951-1952, 787; NERPI MODONA (80), 980]. Secondo i sostenitori della concezione realistica, il confronto tra la disciplina del reato impossibile e quella del tentativo confermerebbe dunque che il reato impossibile di cui all'art. 49 altro non è se non un fatto storico integralmente conforme al tipo ma inoffensivo. L'idea di un possibile scarto tra tipicità ed offensività è accolta da alcune sentenze di legittimità in tema di non punibilità del c.d. falso grossolano, inutle ovvero innocuo, *cf. infra sub XVI*.

10 La concezione c.d. realistica del reato è stata oggetto di forti reazioni critiche per l'assolutezza della formulazione, in particolare per la scissione tra tipicità e offesa. Se, come affermano gli stessi sostenitori della concezione realistica, per elaborare una valida definizione dell'oggettività giuridica dei singoli reati e della loro gravità occorre riferirsi all'intera struttura della fattispecie legale - ivi comprese le modalità dell'azione, l'oggetto materiale, l'evento naturalistico, le situazioni scriminanti, le circostanze nonché l'elemento soggettivo - allora è senz'altro da escludere la possibilità di uno sfasamento tra tipicità ed offesa, nel senso che non è oggettivamente possibile distinguere tra fatti offensivi e fatti conformi al modello legale ma non lesivi [STELLA (96), 3; C. FIORE (42); SERIANNI (95)]. Ogni fatto tipico è per ciò solo necessariamente offensivo del bene tutelato, essendo infatti preclusa, già sul piano logico, la possibilità di individuare fatti tipici ma non offensivi [STELLA (96), 3]. Secondo l'interpretazione critica in questione, la tipicità di un determinato comportamento non può essere concepita come una categoria puramente formale ma come di per sé inclusiva dell'offesa, essendo la tipicità del fatto indissolubilmente legata alla sua offensività [MANTOVANI PIG, 186]. A sostegno di questa impostazione critica si è espressa talvolta la Cassazione, rilevando come nel nostro ordinamento giuridico non vi sarebbe alcuna norma che consacrò il principio di offensività [C. 23.10.2001, Zulcchini, CED 220624], con la conseguenza che nei casi di minima offesa al bene giuridico non si potrebbe escludere la rilevanza penale del fatto ma si dovrebbe pervenire all'applicazione della sola attenuante dell'art. 62, n. 4, c.p. Contro la concezione realistica milita altresì la preoccupazione che il suo accoglimento rappresenterebbe una fonte di grave pericolo per lo Stato di diritto: se infatti il giudice dovesse far seguire alla già accertata corrispondenza formale tra fatto e modello legale un secondo giudizio, relativo questa volta alla "effettiva" lesività risulterebbe, da un lato, minacciata la certezza del diritto e, dall'altro, sorgerebbe il rischio di confondere le distinte funzioni giurisdiziana e legislativa [FRANDACA-MUSCO PIG, 488].

III. Il principio di offensività e il suo rilievo costituzionale

11 A partire dai primi Anni Settanta, l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza ricollocò al principio di offensività rilievo costituzionale con conseguenti interrogabili vincoli per il legislatore e per il giudice rispettivamente nella costruzione e nell'interpretazione

della fattispecie penale [sul punto: MANTOVANI-Principi 81]. Il principio di offensività, accanto al principio di legalità formale, comporta la costituzionalizzazione di una nozione di fatto offensivo tipico, la cui tipicità è caratterizzata, oltre che dai requisiti strutturali della condotta, dell'evento e della causalità, anche dal requisito parimenti essenziale dell'offesa al bene tutelato, restando così preclusa la possibilità di fondare l'incriminazione penale su fatti di mera disubbidienza [MARINUCCI DOLCINI 7].

12 La costituzionalizzazione del principio di offensività è anzitutto propugnata dai sostenitori della concezione costituzionalmente orientata del reato [BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *NeDI*, XIX, 1973, 7]. Secondo questa dottrina possono assurgere a oggetto di tutela penale soltanto i beni dotati di rilevanza costituzionale, con la conseguenza che il principio di offensività implicherebbe la necessità ai fini del reato dell'offesa non già di un bene giuridico qualsiasi, bensì di un bene giuridico dotato di rilievo costituzionale. La tesi della necessaria rilevanza costituzionale dei beni penalmente tutelabili è stata oggetto di correttivi da parte dei stessi sostenitori, i quali sono giunti ad ammettere la possibilità per il legislatore, da un lato, di apprestare una tutela penale anche nei confronti di beni che siano riconosciuti a livello costituzionale solo "implicitamente", e, dall'altro lato, di estendere la tutela penale anche a quei beni che si trovino in un rapporto di presupposizione necessaria con un valore espressamente contemplato dalla Costituzione, in modo che la lesione dei primi possa mettere in pericolo i secondi [BRICOLA, cit., 7]. Nel corso degli anni, la dottrina prevalente ha preso le distanze dall'originaria teorizzazione di questa tesi, evidenziandone l'insostenibilità e proponendo una lettura alternativa, nel senso che, nonostante la costituzionalizzazione del principio di necessaria offensività, il legislatore sarebbe discretionalmente libero di tutelare anche beni che non rientrano nella cerchia di quelli costituzionalmente rilevanti [MANTOVANI (67), 449; FRANDACA-MUSCO PIG, 149; MARINUCCI DOLCINI 7].

13 Il riferimento normativo costituzionale del principio di offensività viene di volta in volta rinvenuto dagli interpreti: a) nell'art. 13 Cost., nella parte in cui consente il sacrificio della libertà personale, commesso alla pena, solo in presenza della necessità di tutela di un concreto interesse; b) negli artt. 25 e 27 Cost., nella misura in cui assegnano funzioni diverse alla pena e alla misura di sicurezza, distinzione, questa, che verrebbe disconosciuta dall'incriminazione di fatti di mera disubbidienza trasformando la pena in misura esclusivamente preventiva volta a colpire la mera pericolosità sociale dell'agente e finendo così per usurpare le funzioni proprie della misura di sicurezza; c) nell'art. 27, c. 1, Cost., che sancisce il carattere "personale" della responsabilità penale e vieta quindi di strumentalizzare l'uomo - attraverso l'anticipazione della soglia della punibilità - per fini di politica criminale; d) nell'art. 27, c. 3, Cost. perché solo fondando l'incriminazione sul fatto "offensivo" è salvaguardata la duplice funzione retributiva-reducativa ivi assegnata alla pena che altrimenti assumerebbe solo funzione retributiva; e) nell'art. 25, c. 2, Cost. che, nel parlare di "fatto commesso" accoglie una nozione di reato come illecito tipico, alla cui tipicità appartiene, insieme agli altri requisiti strutturali - condotta, evento, nesso di causalità - anche il requisito, parimenti essenziale, dell'offesa al bene tutelato; f) infine, nei principi costituzionali che "costituiscono il quadro generale tipico di uno Stato di diritto" e vietano di configurare l'illecito penale

come mera disobbedienza o atto di infedeltà o espressione di un atteggiamento interiore (libertà morale, tolleranza ideologica, rispetto della dignità delle persone) [BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *NsDI*, XIX, 1973, 82 ss.; MARINUCCI-DOLCINI 312; MANTOVANI-PiG, 188; MANTOVANI-Principi, 791].

- 14 È opinione della dottrina più autorevole che il principio costituzionale di offensività operi su un duplice piano. In primo luogo, esso funge da criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili, così da obbligare il legislatore a costruire i reati come fatti che strutturalmente incorporano un'offesa a uno o più beni giuridici. In secondo luogo, esso opera quale criterio giudiziario-interpretativo sicché, in sede applicativa, impegna il giudice a qualificare come reati soltanto fatti che siano anche in concreto significativamente lesivi di beni giuridici. Secondo questa prospettiva interpretativa, risultano problematici i c.d. reati senza bene giuridico - tra cui rientrano i reati con beni giuridici vaghi, i reati-funzione ed i delitti c.d. senza vittime -, nonché i c.d. reati senza offesa - tra cui i reati di pericolo astratto, i reati di pericolo presunto, i reati di pericolo di pericolo ed i reati a tutela anticipata - [sul punto: MARINUCCI-DOLCINI 190; MANTOVANI-PiG, 188].

IV. (Segue) la giurisprudenza della Corte costituzionale

- 15 La Corte costituzionale, pur essendosi mostrata in un primo tempo assai cauta nell'ammettere la costituzionalizzazione del principio di offensività, ha successivamente ripetutamente preso posizione a favore della operatività del principio di offensività del fatto tipico, quale canone interpretativo del giudizio di costituzionalità delle fattispecie penali. Con la sentenza n. 62/1986, la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata una questione relativa alla **normativa sulle armi ed esplosivi**, ha affrontato per la prima volta la problematica dell'offensività. Il giudice delle leggi scrive, infatti, che spetta al giudice individuare il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una determinata fattispecie tipica nonché determinare in concreto, ciò che non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante [C Cost. n. 62/1986: «Può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone comunemente accettato. Spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò (il quantitativo minimo di esplosivo) che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante. Non è certo consentito a questa Corte prendere posizione sul significato, nel sistema, del reato impossibile; se cioè esso, nella forma della indoneità dell'azione, costituisca il rovescio degli atti idonei di cui all'art. 56 oppure sia espressione di un principio generale integratore del principio di tipicità formale di cui all'art. 1 (oppure ancora esprima il così detto tentativo impossibile); ma anche a voler tacere sulle discussioni in tema di così detta concezione realistica del reato, certo è che **l'art. 49, c. 2, non può non giovare all'interprete al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante**. È appunto compito del giudice, e non del legislatore, stabilire se una minima quantità

di esplosivo sia, nella concreta fattispecie, idonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione: e per giungere alle conclusioni ora indicate il giudice non ha che da valersi di tutti gli strumenti ermeneutici che l'intero sistema offre» [C Cost. n. 62/1986, *GC* 1986, 408]. Nello stesso senso, si è espressa la Corte costituzionale nella **sentenza n. 333/1991**, che ha dichiarato non fondata una questione di legittimità costituzionale degli **artt. 71-72-quater, l. 22-12-1975, n. 685**, come modificati dalla l. 26-6-1990, n. 162, sottolineando peraltro come non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reati di pericolo presunto [C Cost. n. 333/1991, *GC* 1991, 264-6]. Sostanzialmente negli stessi termini si colloca la **sentenza n. 360/1995**, che, nel ritornare sul principio di offensività del reato, ha riconosciuto come «non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reati di pericolo presunto. Diverso profilo è quello dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata; ove questa sia assolutamente idonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia **ravvisabile almeno in grado minimo**, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò vedendo la fattispecie a riflettere nella figura del **reato impossibile** (art. 49, c. 2). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario» [C Cost. n. 360/1995, *GC* 1995, 266-8].

16 Il rilievo costituzionale del principio di offensività è stato affermato in modo ancor più chiaro nella **sentenza n. 519/2000**, che ha riconosciuto il duplice rilievo astratto e concreto della lesività. Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 182 c.p.m.p.** (reato di attività sediziosa), sollevata con riferimento agli artt. 13 e 25, c. 2, 25, c. 3, 21, 24, c. 2, 112 e 3 Cost. la Corte osserva: «Anche nei confronti del reato in esame, opera... il principio della necessaria offensività del reato, sia sul terreno della previsione normativa, sia su quello della applicazione giudiziale: alla lesività in astratto, intesa quale limite alla discrezionalità del legislatore nella individuazione di interessi meritevoli di essere tutelati mediante lo strumento penale, suscettibili di essere chiaramente individuati attraverso la formulazione del modello legale della fattispecie incriminatrice, fa riscontro il compito del giudice di **accettare in concreto, nel momento applicativo**, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma» [C Cost. n. 519/2000, *CP* 2001, 2015]. Alla stessa impostazione risponde la **sentenza n. 265/2005** in materia di **possesso ingiustificato di chiavi false o grimaldelli**: «Il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o comunque, la messa in pericolo di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto), e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato» [C Cost. n. 265/2005, *GC* 2005, 2432]. E ancora, nello stesso senso si è espressa la **C Cost. n. 225/2008**, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 707 c.p.**, censurato, in riferimento

all'art. 3 Cost., nella misura in cui tale norma configurerebbe un reato di pericolo legato alle sole condizioni personali dell'agente ed in assenza di un'offesa per il bene protetto: [...]. spetta, in specie, alla Corte - tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità - procedere alla verifica dell'offensività "in astratto", accertando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell'ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit* (tra le altre, sentenza n. 333 del 1991). Ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività "in concreto"). Esso - rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule verbali impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisemose - dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva. Sarà, per il resto, compito del giudice ordinario evitare che - la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità. A tal fine, il giudice dovrà procedere ad un vaglio accurato sia dell'attitudine funzionale degli strumenti atti ad aprire o a forzare serrature, sia delle modalità e delle circostanze di tempo e di luogo con cui gli stessi sono detenuti¹.

17

La portata del principio costituzionale di necessaria offensività è stata di recente ribadita dalla Corte costituzionale anche in relazione agli elementi accidentali del reato. In particolare, nella sentenza n. 249/2010 in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. **aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p.**, come introdotto dall'art. 1, lett. f), d.l. 23.5.2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica) in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., la Corte ha osservato: «l'art. 25, c. 2, Cost. ... pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata finisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore. Né si potrebbe obiettare che la qualità di immigrato in condizione irregolare deriva pur sempre da un originario comportamento trasgressivo, utile a legittimare una presunzione legislativa a carattere assoluto circa la dimensione soggettiva dell'illecito o la capacità a delinquere del reo. Si è già visto infatti come tale condotta - sanzionata dal legislatore prima soltanto sul piano amministrativo, oggi anche su quello penale - non possa ripercuotersi su tutti i comportamenti successivi del soggetto, anche in assenza di ogni legame con la trasgressione originaria, differenziando *in peius* il trattamento del reo rispetto a quello previsto dalla legge per la generalità dei consociati». In termini analoghi si è espressa la Corte Cost. con la sentenza n. 250/2010 di poco successiva, e con le ordinanze n. 144/2011 e n. 84/2011. Nella sentenza n. 250/2010, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (Testo Unico delle

disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), sollevata dal giudice remittente nella parte in cui la disposizione censurata sanzionerebbe penalmente una particolare condizione personale e sociale - quella di straniero "clandestino", derivante dalla mera violazione personale e sociale - quella di ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato - e non già la commissione di un fatto offensivo di un bene costituzionalmente protetto, la Corte osserva: «Nel merito, tuttavia, il dedotto *vulnus* costituzionale non è riscontrabile. Contrariamente a quanto sostiene il giudice rimettente, non si può infatti ritenere che l'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, introducendo nell'ordinamento la contravvenzione di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", penalizzi una mera "condizione personale e sociale" - quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente, "irregolare") - della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative "fare ingresso" e "trattenersi" nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza). La condizione di cosiddetta "clandestinità" non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'avere commesso i reati stessi). ... Né può condividersi, per altro verso, l'assunto in forza del quale si sarebbe di fronte ad un illecito "di mera disobbedienza", non offensivo - anche solo nella forma della messa in pericolo - di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di "diritto penale d'autore", al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare, *ex se*, situazioni di povertà ed emarginazione (e ciò similmente a quanto si verificava, in passato, mediante la fattispecie contravvenzionale - dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 519 del 1995 - della cosiddetta mendicizia non invasiva, di cui all'art. 670, c. 1). Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria - trattandosi, del resto, del bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 - e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattamento illegale dello straniero». Nello stesso senso si è ancor più recentemente espressa la Corte con l'ordinanza n. 144/2011, ribadendo come il bene protetto dall'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998 è agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo, interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale e arbitraria, trattandosi di bene giuridico strumentale attraverso il quale il legislatore protegge,

mediatamente, un complesso di interessi pubblici che possono essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata (sentenza n. 250 del 2010, ordinanze n. 84 e n. 64 del 2011). Analogamente nell'**ordinanza n. 84/2011**, la Corte ha ribadito come non è esatto che la norma censurata penalizzi una mera condizione personale e sociale - cioè quella di straniero "clandestino" o, più propriamente, "irregolare" - della quale in modo arbitrario sarebbe presunta la pericolosità sociale, in quanto oggetto dell'incriminazione non è un modo di essere della persona, bensì uno specifico comportamento trasgressivo di norme vigenti. Né può condividersi l'assunto in forza del quale si sarebbe in presenza di un illecito di "mera disobbedienza", non offensivo di alcun bene giuridico meritevole di tutela, perché il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, costituente un bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore protegge beni pubblici che possono essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata (come meglio spiegato nella sentenza da ultimo citata).

18

La Corte costituzionale ha ribadito il ruolo del principio di offensività quale vincolo per il legislatore ed ausilio per l'interprete nella valutazione della tipicità di una determinata condotta anche nelle recentissime sentenze n. 139/2014, n. 105/2014 e 251/2012. Con la **sentenza n. 139/2014**, nell'escludere l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, c. 1, Cost., dell'**art. 2, c. 1-bis, d.l. 12.9.1983, n. 463** (Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria e per il contenimento della spesa pubblica, disposizioni per vari settori della pubblica amministrazione e proroga di taluni termini), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, l. 11.11.1983, n. 638 che punisce con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 1.032.000 euro il datore di lavoro che omette il versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, la Corte ha sottolineato come sia precipuo dovere del giudice di merito apprezzare - "alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta" - se la condotta, avuto riguardo alla *ratio* della norma incriminatrice, sia, in concreto, palesemente priva di qualsiasi idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati (sentenza n. 333 del 1991). Il legislatore ben potrà, anche per deflazionare la giustizietà penale, intervenire per disciplinare organicamente la materia, fermo restando il rispetto del citato principio di offensività che ha rilievo costituzionale. Nella **sentenza n. 105/2014**, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'**art. 69, c. 4, c.p.**, come sostituito dall'art. 3, l. 5.12.2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26.7.1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante dell'art. 68, c. 2, c.p. sulla recidiva dell'art. 99, c. 4, c.p., la Corte ha ribadito quanto già precisato dalla **sentenza n. 251/2012** secondo cui il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità. In particolare, la Corte osserva in questa sentenza che il «principio di offensività, di cui all'art. 25, c. 2, Cost., ..., con il suo espresso richiamo

al "fatto commesso", attribuisce una rilevanza fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore e non solo in quanto manifestazione di pericolosità sociale, implicando la necessità di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo».

19

Nonostante abbia più volte ribadito il principio di necessaria offensività quale criterio guida per il legislatore, non può tuttavia ignorarsi la tendenza della Corte costituzionale a ridimensionare l'apparente assolutezza di tale principio in nome di giustificative esigenze di anticipazione della tutela penale, giungendo ad ammettere come non siano in linea di principio incompatibili con detto principio nemmeno le **fattispecie di pericolo presunto o astratto** [sugli sforzi della giurisprudenza costituzionale e della dottrina per ricondurre le fattispecie di pericolo astratto al rispetto del principio costituzionale di offensività, evitando di punire condotte concretamente inoffensive: D'ALESSANDRO (24)]. Ad avviso del giudice delle leggi, infatti, ciò che assume rilievo è la "ragionevolezza" della scelta legislativa di costruire determinate fattispecie secondo il modello della pericolosità presunta o astratta, potendo in taluni settori risultare "ragionevole, razionale ed utile" il ricorso da parte del legislatore ad una simile scelta politico-criminale in un'ottica di bilanciamento o ponderazione tra valori, principi o esigenze di tutela in conflitto, all'esito peraltro di rigorosi apprezzamenti fondati sull'espressione [PUTRANÒ (88), 35].

V. Le applicazioni del principio di offensività nella giurisprudenza di legittimità. Il caso della coltivazione di sostanze stupefacenti

20

E con riferimento alla disciplina degli stupefacenti che la giurisprudenza di legittimità ha applicato in modo viepiù netto il principio di offensività. Anche di recente, la Cassazione ha infatti ribadito come la punibilità per la coltivazione non autorizzata di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti **va esclusa allorché il giudice ne accerti l'inf offensività "in concreto"**, intendendosi con ciò che la condotta deve essere così trascurabile da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità della droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa [C 20.3.2014 n. 15152, *Giur* 2014, 22, 82, secondo cui in tema di coltivazione di piante da stupefacenti, condotta penalmente rilevante anche qualora realizzata per destinazione del prodotto ad uso personale, compete comunque al giudice di merito l'apprezzamento dell'eventuale "offensività in concreto" della condotta, quando le oggettive circostanze del fatto e la modestia dell'attività posta in essere portino ad escludere, in fatto, ogni lesione dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice; inoffensività che ricorre quando la sostanza ricavabile dalla coltivazione non sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile; nello stesso senso: C 8.4.2014, Piredda, CED 260170; C 17.2.2011, CED 250721].

Invero, già nel 2008, le **Sezioni unite** nella sentenza n. 28605 avevano fatto riferimento al principio di necessaria offensività con riguardo alla rilevanza penale della condotta di coltivazione domestica di stupefacente destinata ad uso esclusivamente

21

personale. Avallando l'indirizzo giurisprudenziale all'epoca maggioritario, dopo avere premesso che «la condotta di coltivazione si caratterizza, rispetto agli altri delitti in materia di stupefacenti, quale fattispecie contraddistinta da una notevole "anticipazione" della tutela penale» e che il reato di coltivazione «si correla alle esigenze di tutela della salute della collettività connesse alla valorizzazione del pericolo di spaccio derivante dalla capacità della coltivazione, attraverso l'aumento dei quantitativi di droga, di incrementare le occasioni di cessione della stessa e il mercato degli stupefacenti fuori dal controllo dell'autorità», le Sezioni unite avevano infatti affermato come in ogni caso «è fatta salva peraltro, la necessità ... della verifica - demandata al giudice di merito - dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Il principio di offensività - in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa (*nullum crimen sine iniuria*) - secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale [C. Cost. nn. 265/2005, 360/1995, 263/2000, 354/2002], opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo; o comunque, la messa in pericolo di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto), e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato. In ossequio al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, spetterà al giudice verificare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata, sia assolutamente idonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto risultando in concreto inoffensiva. La condotta è "inoffensiva" soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrillevante; infatti, è a tal fine il grado dell'offesa), sicché, con riferimento allo specifico caso in esame, la "offensività, non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile» [C. s.u. 24.4.2008, Di Salvia, CED 239921, *RPoI* 2008, 11-12, 814, nota di MONTAGNA]. Ancor prima di tale pronuncia, era stato posto all'attenzione delle Sezioni unite il problema della rilevanza penale della detenzione di sostanze stupefacenti in quantità inferiore alla soglia doganale (art. 73-bis t.u.l.stup., introdotto dalla l. n. 49/2006, e d.m. 11.4.2006 con cui era stata fissata la "dose media singola" per ciascuna sostanza stupefacente). In tale occasione, le Sezioni unite avevano sottolineato come la "dose media singola" così determinata è espressione di "evidenza scientifica" e che non può dunque dibiarsi che una quantità di eroina superiore alla "dose media singola" sia idonea a produrre effetto stupefacente su un soggetto tossicodipendente [C. s.u. 29.11.2007, Valletta, nello stesso senso: C. 28.10.2008, Nicoletti, CED 242371].

22 A seguito dell'intervento delle Sezioni unite, è stata esclusa la punibilità per difetto di offensività in concreto nel caso di coltivazione di 15 g di marijuana [C. 9.12.2009, CED 245661], nonché di 25 piantine di cannabis [C. 13.10.2009, CED 245648], nonché, ancora, di piante di cannabis quando non essendosi completato il loro ciclo di maturazione, non era stata prodotta sostanza idonea ad accertare la presenza di principi attivi [C. 28.10.2008, *RIDPP* 2009, 1529]. Più ampiamente sulla casistica, cfr. *infra*, XV.

VI. (Segue) l'aggravante dell'uso del mezzo fraudolento nel reato di furto

23 Le Sezioni unite sono di recente tornate sul principio di offensività con la sentenza 18.7.2013, n. 40354, in tema di aggravante dell'uso del mezzo fraudolento nel reato di furto. Nello specifico, le Sezioni unite hanno anzitutto ribadito il rango costituzionale del principio di offensività, il quale «ha trovato la più alta e compiuta espressione con la sua costituzionalizzazione, conseguita attraverso la lettura integrata di diverse norme: l'art. 27, c. 3 (l'equilibrio tra le funzioni retributive e rieducativa della pena rappresenta una salda base tra il momento garantista o liberale della retribuzione per il reato necessariamente lesivo e le aperture sociali e solidaristiche della rieducazione), l'art. 25, c. 2 (la locuzione "fatto" che esclude la visione dell'illecito come mera disobbedienza), l'art. 27 c. 1 (il divieto di strumentalizzazione dell'uomo a fini di politica criminale)». Ne segue - ad avviso delle Sezioni unite - che "nel segno dell'offensività, il legislatore è vincolato ad elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali. L'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi, offensivi in misura apprezzabile". Insomma, i beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che tenda visibile, senza scarti di sorta, la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto. È dunque sul piano ermeneutico che, come è stato suggestivamente considerato in dottrina, viene superato lo stacco tra tipicità ed offensività. I singoli tipi di reato dovranno essere ricostruiti in conformità al principio di offensività, sicché tra i molteplici significati eventualmente compatibili con la lettera della legge si dovrà operare una scelta con l'aiuto del criterio del bene giuridico, considerando fuori del tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto» [C. s.u. 18.7.2013, n. 40354, Sciuscio].

24 Le Sezioni unite, conformemente agli insegnamenti della Corte costituzionale [sent. n. 249/2010; cfr. *supra*], hanno dato atto dell'estensione della portata del principio di offensività "anche nell'ambito degli elementi accidentali del reato costituiti dalle circostanze aggravanti". Poiché attraverso le circostanze aggravanti il legislatore attribuisce rilievo ad elementi che accrescono il disvalore della fattispecie e giustificano un trattamento sanzionatorio più severo, tali elementi, pur non concorrendo all'individuazione dell'offesa tipica, rilevano ai fini della definizione del grado di disvalore del fatto [C. s.u. 18.7.2013, Sciuscio, cit.]. Per tale motivo, proseguono le Sezioni unite, deve ritenersi che «l'aggravante dell'uso di mezzo fraudolento di cui all'art. 625, c. 1, n. 2, c.p., delinea una condotta dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scalrezza, volta a sorprendere la contraria volontà del deterente ed a vanificare le difese che questi ha apprestato a difesa della cosa. Tale insidiosa, rimarcata efficienza offensiva non si configura nel mero occultamento sulla persona o nella borsa di merce esposta in un esercizio di vendita a *self service*, trattandosi di banale, ordinario accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a difesa del bene» [C. s.u. 18.7.2013, cit.].

VII. (Segue) le declinazioni in materia di reati di falso e di contraffazione

I reati di falso rappresentano senza dubbio le fattispecie delittuose che più di ogni altra pongono problemi di divergenza tra conformità al tipo e concreta lesività delle condotte poste

in essere [De Marsico, *Falsità in arti*, *EAD*, XVI 1967, 566]. Si avverte, infatti, comunemente l'esigenza di delimitare l'ambito della falsità punibile sottraendo alla sanzione penale comportamenti concretamente inoffensivi della fede pubblica intesa quale fiducia della collettività in determinati oggetti o simboli, sulla cui genuinità o autenticità deve potersi fare affidamento al fine di rendere certo e spedito lo svolgimento del traffico economico e giuridico. Per escludere la punibilità di fatti inoffensivi ma formalmente riconducibili all'astratta previsione della norma incriminatrice, in ossequio al principio *falsitas quae nemini nocet non puniatur*, la giurisprudenza ricorre sovente alle categorie dogmatiche del **falso inutile**, del **falso innocuo** e del **falso grossolano** riconducendole sotto l'ambito di operatività del reato impossibile per inidoneità dell'azione [tra le tante, di recente: C. 14.10.2014, n. 51106, *D&G* 10.12.2014; C. 9.10.2014, n. 8870, *D&G* 2.3.2015; C. 2.4.2014, Lupi, *CEID* 260237; C. 17.1.2014, n. 6664, *D&G* 13.2.2014; C. 5.6.2013, Colombo, *CEID* 257828]. In particolare, è innocuo il falso che risulta inoffensivo per la concretezza inidoneità ad aggredire gli interessi da esso potenzialmente minacciati. Il falso inutile è configurabile soprattutto nelle ipotesi di falsità in arti e si riferisce a tutte quelle ipotesi in cui il documento falsificato "è assolutamente incapace di influire sulla formazione di una decisione processuale o extraprocessuale". Il falso grossolano, infine, si ha tutte le volte in cui, *ictu oculi*, il falso è così riconoscibile da non poter trarre in inganno alcuna persona. Per la casistica in materia di falso grossolano, innocuo e inutile, cfr. *infra*, XVI.

- 26 In passato, la giurisprudenza era solita risolvere il caso di vendita di prodotti con marchi contraffatti da parte di venditori ambulanti, alla luce del principio di offensività. La contraffazione si riteneva non punibile qualora fosse riconoscibile *ictu oculi*, vale a dire senza necessità di particolari indagini, trattandosi di una imitazione così ostentata e macroscopica per il grado di incompiutezza da non poter trarre in inganno nessuno [C. 3.4.2008, Diop Mamadou, *CEID* 239783; C. 15.11.2005, Nguet Khadim, *CEID* 232832; C. 22.9.2005, Mbaye, *CEID* 232501; C. 15.11.2005, *CEID* 233168; C. 9.5.2003, *CP* 2005, 843; C. 17.6.1999, Diaw, *CEID* 215473]. Di recente, tuttavia, la Cassazione ha mutato orientamento, ammettendo la configurabilità del reato di cui all'art. 474 c.p. La Corte Suprema osserva che, essendo la fattispecie in questione un reato di pericolo posto a tutela non già della libera determinazione dell'acquirente, bensì della fede pubblica, intesa quale affidamento dei cittadini nei marchi e nei segni distintivi che individuano le opere dell'ingegno e i prodotti industriali, e ne garantiscono la circolazione anche a tutela del titolare del marchio, ne segue che per la configurazione del reato non occorre la realizzazione dell'inganno, non ricorrendo quindi l'ipotesi del reato impossibile qualora la **grossolanità della contraffazione** e le condizioni di vendita siano tali da escludere la possibilità che gli acquirenti siano tratti in inganno [C. 11.12.2013, Fajé, *CEID* 258722; nello stesso senso: C. 27.4.2012, Fabbri, *CEID* 253417; C. 26.4.2012, Pascale, *CEID* 252974; C. 4.5.2012, Diase, *CEID* 252836; C. 25.9.2008, Fadlan, *CEID* 241723; C. 14.2.2008, Ady, *CEID* 239478; C. 5.7.2006, Gimigne, *CEID* 2351214]. Più ampiamente, per la casistica cfr. *infra*, XVII.

VIII. Il principio di offensività nel Progetto di riforma del codice penale

- 27 L'idea che la lesione del bene giuridico non sia un requisito aggiuntivo autonomo della fattispecie, bensì un criterio interpretativo del fatto, era al centro della proposta di riforma

del codice penale fatta propria dalla **Commissione Grosso** istituita con d.m. 1.10.1998. Movendo "dal presupposto secondo cui il contenuto offensivo deve essere espresso dalla struttura della fattispecie nella quale integralmente si identifica", la discussione della Commissione era sfociata nella predisposizione dell'art. 2, c. 2, a norma del quale "le norme incriminatrici non si applicano ai fatti che non determinano un'offesa al bene giuridico". Nello stesso senso si era espresso il **Progetto Nordio**: "la norma che prevede un fatto come reato si applica ai soli casi in cui si è verificato un danno o un pericolo per l'interesse da essa specificamente protetto". Il **Progetto Pagliaro** su un nuovo codice penale, pur senza prendere posizione circa la costituzionalizzazione del principio di offensività, si esprimeva nel senso che essa costituisce "il baricentro di ogni diritto penale non totalitario, poliziesco, liberticida", da assumersi "come principio regolatore, informatore del nuovo codice" nella duplice prospettiva "di una fondamentale direttrice di politica legislativa, a favore della formulazione della fattispecie in termini di concretezza offensiva del bene giuridico (salvo le deroghe necessarie per la prevenzione della lesione a beni primari, siano essi individuali, collettivi o istituzionali) e di "criterio per interpretare le fattispecie, costruite nei suddetti termini".

La **Commissione Pisapia** incaricata di recente della redazione della legge delega di modifica della Parte Generale del codice penale, nella bozza di schema presentata il 14.5.2007, ha ritenuto non solo opportuna ma addirittura necessaria la previsione, a livello di legge ordinaria, di una clausola di necessaria offensività, anche in un sistema penale completamente riformato, che contenga descrizioni pregnanti dei fatti punibili in termini di chiara, afferribile lesione o messa in pericolo di beni significativi: ciò sia per rimediare a sempre possibili scarti tra descrizione legale astratta ed offesa concreta, sia per orientare l'interprete nei casi dubbi (art. 3, lett. a). La Commissione Pisapia ha invero dedicato specifiche sessioni di lavoro all'approfondimento del tema dell'offensività del reato e ai riflessi di una sua esplicita accettazione nel sistema penale, concordando sulla duplice funzione di esso, sia nel momento della formulazione della fattispecie tipica sia in quello dell'applicazione della norma penale. Il tema dell'offensività ha invero portato la Commissione ad un approdo ulteriore. A norma della lett. b dell'art. 3, per i fatti commessi da scarsa significatività del danno (o del pericolo) in relazione al tipo di interesse tutelato dalla norma penale è stata infatti prevista la possibilità di pervenire a soluzioni di non punibilità, quando la situazione di fatto legittimi e giustifichi la rinuncia alla applicazione della pena (anche in una ottica di deflazione dei carichi penali). La previsione espressa degli indici fattuali di valutazione - quali la tenuta dell'offesa al bene giuridico e l'occasionalità della condotta - mira a disciplinare razionalmente l'istituto in questione, peraltro già utilizzato, come è emerso nel corso del dibattito, con una certa ampiezza nella prassi giudiziaria in sede di archiviazione al di fuori di qualunque regolamentazione (salvo i casi previsti dalla l. n. 448/1988 e dal d.lgs. n. 274/2000).

Il Progetto di **Revisione della Costituzione** formulato nel novembre 1997 dalla Commissione Bicamerale prevede che "non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività" (art. 7, c. 2), così travisando nella lesione al bene giuridico un requisito autonomo della fattispecie.

La ricevono, che si determinino al compimento di indagini al solo fine di stabilirne la veridicità e non già per accertare i fatti denunciati; C 12.5.2009, n. 20045 (nello stesso senso: C 28.11.2008, Sacco, CED 242906): la ritrazione contestuale alla denuncia esclude la configurazione del delitto di simulazione di reato per mancanza di idoneità della condotta a mettere in pericolo il bene protetto; C 17.3.2009, Vassura, CED 244357: il delitto di calunnia, quale reato di pericolo per la cui configurabilità è sufficiente anche l'astratta possibilità dell'inizio di un procedimento penale a carico della persona falsamente incolpata, non è integrato soltanto nell'ipotesi in cui la falsa accusa abbia ad oggetto fatti manifestamente inverosimili o incredibili, per i modi e le circostanze in cui è stata effettuata o per l'assoluta inattendibilità del contenuto, tanto che per l'accertamento della sua infondatezza non sia necessario svolgere alcuna indagine, risultando in tal caso l'azione sostanzialmente priva dell'attitudine a ledere gli interessi protetti a norma dell'art. 49. Fattispecie in cui la S.C. ha escluso l'inverosimiglianza della denuncia per il fatto che alla stessa avevano fatto seguito sia una perquisizione domiciliare nei confronti della persona incolpata, sia una visita ospedaliera al fine di accertare la presenza delle tracce dei reati denunciati; C 29.1.2009, CED 242906. La sussistenza del reato può essere esclusa solo nel caso in cui la non verosimiglianza del fatto denunciato appaia *prima facie* ed escluda anche la mera possibilità dell'inizio di un procedimento penale. La ritrazione perché possa essere idonea a fare venire meno l'offensività dell'azione deve intervenire in un unico contesto con la denuncia simulatoria, inteso in termini di continuità e di durata: solo in tale ipotesi verrebbe meno il carattere lesivo della condotta simulatoria, dando luogo ad un reato impossibile per indoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49; C 26.9.2003, M., CED 227004, CP 2005, I, 56: nel delitto di autocalunnia la "ritrazione" dell'incolpazione è idonea ad elidere l'offensività dell'azione solo se interviene senza soluzione di continuità con la presentazione della falsa denuncia e nel medesimo contesto, prima cioè che l'amministrazione della giustizia sia in qualche modo sviata ed ostacolata C 3.4.2000, De Lillo, CED 220574, CP 2003, 146: il reato di simulazione di reato di cui all'art. 367 risulta integrato allorché la falsa denuncia di reato determini l'astratta possibilità di un'attività degli organi inquirenti diretta al suo accertamento, nel senso che non è necessario che l'Autorità sia stata in concreto ingannata né che un procedimento penale sia stato realmente iniziato, bastando che si sia verificato un pericolo di sviamento delle indagini: ne consegue che la sussistenza del reato può essere esclusa solo quando la non verosimiglianza del fatto denunciato appaia *prima facie* ed escluda, pertanto, anche la mera possibilità dell'inizio di un procedimento penale; C 8.10.1997, Sparta, CED 209036 (nello stesso senso, C 18.1.1995, Primerano, CED 200557): in tema di simulazione di reato, la ritrazione che sia avvenuta in un unico contesto con la denuncia simulatoria determina l'indoneità offensiva dell'azione: esclude la punibilità per indoneità dell'azione *ex art.* 49, c. 2 la respiscenza realizzata in una sorta di *continuum* rispetto al comportamento anteriore, in modo da escludere anche la possibilità di investigazioni e accertamenti preliminari (nella specie, la ritrazione era avvenuta davanti alla stessa Autorità entro trentacinque minuti dalla presentazione della denuncia); C 10.12.1991, De Donat, RP 1993, 603: è escluso il reato di calunnia quando l'inizio di un procedimento penale contro l'incolpato è reso impossibile dallo spirare del termine ultimo per

la presentazione della querela da parte della persona offesa dal reato; C 11.3.1980, Vanucci, RP 1980, 869: è escluso il reato di calunnia quando l'inizio di un procedimento penale contro l'incolpato è reso impossibile dalla manifesta infondatezza dell'addebito; C 24.4.1978, Ganzi, CED 140084, *Gpen* 1979, II, 86: solo quando l'incolpazione del pubblico ufficiale di aver compiuto false attestazioni in atto pubblico si presenti con caratteri di immediata incredibilità, per le circostanze in cui è effettuata, per i modi in cui è espressa e per l'assoluta inverosimiglianza del suo contenuto, può ritenersi la impossibilità di configurare il reato di calunnia per indoneità dell'azione.

Frode processuale: C s.u. 25.10.2007, Volpe, CED 237690: non integra la condotta del delitto di frode processuale in vista di un procedimento penale ancora da iniziarsi la ripulitura della scena del delitto (in specie, omicidio), posta in essere con la rimozione grossolana e maldestra delle tracce di sangue, facendo difetto in tali atti ogni potenzialità ingannatoria.

XIX. (Segue) reati contro il patrimonio

Furto: C 15.10.2014 n. 9254, D&G 4.3.2015: Per la configurabilità del reato impossibile, l'indoneità deve essere assoluta per inefficienza strutturale e strumentale del sito criminoso (nella specie, relativa al tentativo di furto di una vettura dotata di una centralina in grado di riconoscere una sola chiave per l'avvio del motore, il fatto che gli imputati non fossero risultati in possesso di apparecchiature idonee, data la concaziatura dell'azione che aveva portato al loro arresto, non implicava anche la dimostrazione che non ne fossero in possesso oppure che fossero in grado di procurarseli nel giro di poco tempo). C s.u. 17.4.2014, Cirkon (nello stesso senso, tra le tante: C 12.6.2013, Trevi-san CED 258871; C 20.12.2010, D'Amiello, CED 249835; C 22.9.2010, Bonora, CED 148853): conformemente al principio di offensività quale canone ermeneutico di ricostruzione dei singoli tipi di reato, deve ravvisarsi l'ipotesi di tentativo furto nel caso di osservazione della persona offesa (da parte o dei dipendenti addetti alla sorveglianza delle Forze dell'ordine presenti *in loco*) sia mediante appositi apparati di rivelazione automatica del movimento della merce, e di conseguente intervento difensivo *in conivenza*, a tutela della detenzione; C 15.6.2004, M., CED 229872, *Gdir* 2004, 35, 75: non può invocarsi l'art. 49 nei casi in cui la condotta abbia prodotto gli effetti previsti dalla legge incriminatrice, anche se con un profitto alquanto limitato e con un danno per la parte offesa di lieve entità: ne segue che non si applica la norma dell'art. 49 nel caso di furto di un modesto quantitativo di energia elettrica; C 5.2.1993, Romagnolo, *Gpen* 1993, II, 458 (nello stesso senso, C 7.10.1970, Corazza, CED 116370): non si verte in tema di reato impossibile ma di furto tentato nel caso in cui taluno, introdotto in un appartamento per sottrarvi oggetti che ritenga in esso custoditi, non abbia trovato detti beni perché da lì precedentemente trasferiti; C 17.12.1985, Recalcati, CED 172845, RP 1987, 282: è idonea, ai fini del reato di furto, la condotta di un impiegato postale, che aprendo una lettera raccomandata abbia sottratto l'assegno non trasferibile ivi contenuto, in quanto comunque egli avrebbe potuto cambiare l'assegno sia presentandolo

per il pagamento ad un impiegato di banca compiacente o distratto sia cancellando la dicitura "non trasferibile", C 16.5.1985, Vecchi, CED 170554, *Gpen* 1986, II, 311; non si ha inesistenza dell'oggetto ex art. 49, trattandosi di un'ipotesi di tentato furto, nel caso in cui i ladri abbiano tentato di asportare una cassaforte, nella quale momentaneamente non era conservato denaro, C 3.3.1976, Cerami, CED 134709, CP 1977, II 45 [nello stesso senso, C 2.4.1990, Pesante, CP 1991, I, 1784, con nota di CERASE (15); C 8.6.1988, Sampino, CED 18181, CP 1990, I, 1742; C 26.4.1988, Manuca, CED 179317, *Gpen* 1989, II, 3071: è responsabile di furto tentato colui che, avendo aperto la borsa di una donna ed infilato dentro una mano, non abbia poi portato a compimento l'azione criminosa per mancanza di denaro: C 11.11.1974, Bardelli, CED 130470, RP 1976, 207: è stata esclusa l'ipotesi del reato impossibile per inesistenza dell'oggetto in un caso in cui una parte di denaro - lingotti d'oro - esisteva nell'abitazione in cui era stata compiuta la rapina, e l'altra parte - la valuta - era in itinere e vi giunse puntualmente come previsto dai rapinatori: C 23.2.1973, Fossa, CED 125267: il delitto di relazione alla sorveglianza esercitata dal personale addetto, giacché tale sorveglianza è predisposta al fine di identificare il colpevole e di impedirgli di assicurarsi il possesso della refurtiva ma non rende impossibile il reato, posto che l'addetto alla sorveglianza non può intervenire se non dopo la consumazione del furto ovvero reiteratamente la mano per commetterlo: F Genova 19.2.2008: l'azione di introdurre reiteratamente denaro all'interno di giacche o borse ove poteva essere custodito denaro o altri oggetti di valore - deve ritenersi idonea oltretutto diretta in modo non equivoco alla produzione dell'evento costitutivo del reato.

53

Rapina: C 13.11.2013, Panzironi, CED 258531: in tema di tentata rapina, la non punibilità dell'agente per inesistenza dell'oggetto può aversi solo quando l'inesistenza sia assoluta, cioè quando manchi qualsiasi possibilità che in quel contesto di tempo e luogo possa trovarsi in un determinato luogo e non, invece, quando essa sia puramente temporanea e accidentale. (Fattispecie nella quale è stato affermata la sussistenza del reato di tentata rapina, benché risultasse non determinato l'importo della somma che doveva essere sottratta); C 3.12.2009, Marchese, CED 246452: non si configura un reato impossibile nel caso in cui il bene, oggetto del delitto di rapina, configuri un reato impossibile nel caso in cui il bene, oggetto del delitto di rapina, abbia un modesto valore patrimoniale, in quanto l'inesistenza dell'oggetto materiale del reato acquista rilevanza giuridica, ed esclude la sussistenza del delitto, soltanto quando esso sia inesistente "in rerum natura" oppure sia assoluta ed originaria. (Nella specie, il reo, dopo aver sottratto un paio di scarpe nuove all'interno di un negozio, le aveva calzate lasciando le proprie sul posto e, giunto alla cassa, aveva spintonato un addetto alla sorveglianza, dileguandosi); C 22.1.2009, Panzironi Obryon, CED 242669, RPoi 2009, 12, 806: in tema di rapina tentata la non punibilità dell'agente per inesistenza dell'oggetto può aversi solo quando l'inesistenza sia assoluta, cioè quando manchi qualsiasi possibilità che in quel contesto di tempo e luogo possa trovarsi in un determinato luogo e non, invece, quando essa sia puramente temporanea e accidentale; C 19.4.1995, Serru, CED 201263: ricorre un'ipotesi di tentato furto, e non si applica l'art. 49, nel caso in cui la banca, ai cui danni la condotta era diretta, abbia predisposto un dispositivo anti-rapina.

797

Riciclaggio: C 13.10.2009, Lanzino, CED 245625: non si ha reato impossibile, nel caso di un'autovertura a cui era stata apposta la targa di un'altra, nonostante fosse agevole l'accertamento della provenienza illecita della res.

XX. (Segue) reati contro la persona

Omicidio: C 11.6.2007, CED 236764: sussiste il tentativo di omicidio, nonostante la vittima designata fosse assente, nel luogo del progettato agguato organizzato dagli appartenenti ad un clan camorristico, in quanto tempestivamente avvertita del pericolo dalle Forze dell'ordine; C 17.2.2004, Fasano, CED 229135: non ricorre un'ipotesi di reato impossibile nella condotta di affiliati ad un'associazione camorristica che, allo scopo di eliminare il capo di un clan rivale, avevano predisposto la necessaria organizzazione per l'esecuzione del delitto per individuare la vittima designata e segnalare la posizione agli esecutori materiali, senza che l'azione fosse portata a termine per la mancata localizzazione della vittima stessa; C 15.5.1989, Lungaro, CED 181564, CP 1991, I, 572: è idonea ai sensi dell'art. 49 cpv. l'azione di chi esploda colpi di pistola nei confronti di una persona che si trova dietro un vetro antiproiettile; C 7.5.1984, Schiavo, CED 165723, RP 1985, 492: non rende l'azione indonea, ai fini del reato di omicidio, l'inserimento foruito di alcuni fili di lana sotto la cresta del cane della pistola, facilmente estraibili secondo il perito, potendo essi essere rimossi occasionalmente o ad opera dello stesso imputato, il quale non vi è riuscito solo per la concazione del momento; C 22.2.1972, Furfaro, CED 121665: integra il reato di tentato omicidio, non costituendo azione indonea il fatto che sia stato usato un coltellino con manico lungo cinque centimetri, lama appuntita e stretta, ma lunga soltanto centimetri quattro e mezzo; C Ass. Brescia 15.12.1975, Cerioli, GM 1976, II, 96: è stata esclusa l'indoneità dell'azione nel caso in cui un colpo di pistola diretto al petto di un'altra persona non sia esploso per deterioramento della cartuccia.

Violenza privata e minaccia: C 25.6.2010, Montano, CED 248428: in tema di delitti contro la libertà individuale, l'indoneità, ex art. 49 c.p., della minaccia ad offendere la libertà morale del destinatario, richiede l'oggettiva irragionevolezza del male ingiusto, mentre non è sufficiente l'improbabilità che il male si verifichi in futuro desunta da un giudizio dell'offeso sul passato, giacché essa non garantisce alcuna certezza, quindi, non esclude l'offensività attuale della minaccia; C 12.6.2008, Bevilacqua, CED 241491: per la sussistenza del delitto ciò che conta è che la violenza o la minaccia sia idonea, nel momento in cui viene esercitata, a determinare altri a commettere un fatto costitutivo del reato, mentre non è richiesto che il reato fine sia consumato o tentato sicché l'impossibilità del delitto per indoneità dell'azione va riguardata in relazione al reato di cui all'art. 611 e non al reato fine.

XXI. (Segue) reati contro la Pubblica Amministrazione

Corruzione e istigazione alla corruzione: C 30.1.2013, Casula, CED 256123: in tema di corruzione, è prospettabile l'ipotesi di cui all'art. 49 c. 2, c.p., solo quando la promessa da parte del pubblico agente, accettata dal privato, si riferisca ad un atto o ad un comportamento che appaia, in base ad un giudizio "ex ante", in modo assoluto impossibile