



28243/13

**REPUBBLICA ITALIANA**  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
SEZIONI UNITE PENALI

Composta da

|                          |                |                  |
|--------------------------|----------------|------------------|
| Ernesto Lupo             | - Presidente - | Sent. n. 8 sez.  |
| Aldo Grassi              |                | UP - 28/03/2013  |
| Secondo Libero Carmenini |                | R.G.N. 9724/2012 |
| Alfredo Maria Lombardi   |                |                  |
| Arturo Cortese           |                |                  |
| Giovanni Conti           |                |                  |
| Massimo Vecchio          |                |                  |
| Maurizio Fumo            | - Relatore -   |                  |
| Rocco Marco Blaiotta     |                |                  |

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da

Zonni Sanfilippo Gabriele, nato a Torino il 12/07/1978

avverso la sentenza del 19/12/2011 della Corte di appello di Torino

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;  
udita la relazione svolta dal consigliere Maurizio Fumo;  
udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Massimo Fedeli, che ha concluso chiedendo annullarsi con rinvio la sentenza impugnata;  
udito per l'imputato l'avv. Massimiliano Korn Muller del foro di Roma, in sostituzione dell'avvocato Francesco Bracciani, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

## RITENUTO IN FATTO

1. Gabriele Zonni Sanfilippo, giudicato con rito abbreviato, fu condannato dal Tribunale di Torino, con sentenza in data 24 aprile 2008, alla pena di mesi cinque di reclusione in quanto riconosciuto colpevole dei delitti di tentato furto aggravato da violenza sulle cose e dall'uso di mezzo fraudolento (artt. 56, 624, 625 n. 2 cod. pen., capo A), nonché di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 cod. pen., capo B), aggravata ai sensi dell'art. 61 n. 2 cod. pen., per aver commesso il fatto al fine di conseguire l'impunità dal delitto di tentato furto.

1.1. Considerato più grave tale secondo delitto, ritenuta la continuazione, riconosciute le attenuanti generiche, valutate equivalenti alle aggravanti, tenuto conto della diminuzione del rito, la pena è stata determinata come prima indicato.

2. La Corte di appello di Torino, con sentenza 19 dicembre 2011, ha integralmente confermato la pronuncia di primo grado, in particolare ritenendo inapplicabile al delitto tentato l'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen., pur richiesta con il primo motivo dell'atto di appello.

3. La condotta addebitata a Zonni Sanfilippo con riferimento al delitto del capo A è la seguente: «avere compiuto, al fine di trarne profitto, atti idonei, diretti in modo non equivoco, ad impossessarsi delle monete custodite nell'apposito cassetto di un distributore automatico di bevande, ubicato in un ospedale, mediante la forzatura di una griglia di protezione, con l'uso di un pezzo di ferro, non riuscendo nel suo intento per l'intervento di una guardia giurata».

4. Ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputato, articolando un unico motivo e lamentando violazione di legge sostanziale in relazione all'omesso riconoscimento della attenuante del danno di speciale tenuità, in relazione al delitto di furto tentato e sostenendo che la giurisprudenza di legittimità, cui aveva fatto riferimento la Corte di appello per negare detta attenuante, doveva ritenersi superata, alla luce delle più recenti sentenze della Corte di cassazione, che hanno riconosciuto che, anche con riferimento al tentativo di furto, possa sussistere (e debba quindi esser valutata) l'attenuante comune di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen., in considerazione delle concrete modalità dell'azione e dei vari indici sintomatici, desumibili dalle stesse risultanze processuali. Essa dunque ricorrerebbe tutte le volte in cui, se il delitto fosse stato portato a esecuzione, la vittima avrebbe subito un danno di speciale tenuità.



5. Il ricorso è stato assegnato alla Seconda Sezione penale, che, ravvisando sul punto oggetto dell'unico motivo di ricorso un permanente contrasto di giurisprudenza, ha rimesso, con ordinanza 19 dicembre 2012, il ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

6. Il Primo Presidente, con decreto del 20 novembre 2012, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione la odierna udienza.

7. Ha depositato memoria il difensore dell'imputato, con la quale ribadisce e argomenta la compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. con il delitto di furto tentato

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite è la seguente: *«se, nei reati contro il patrimonio, la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità possa, o meno, applicarsi anche al delitto tentato»*.

2. Sul punto, come si rileva nell'ordinanza della Seconda Sezione, effettivamente la giurisprudenza di questa Corte non si è mostrata univoca, pur essendo, a far tempo dagli anni '70 del secolo scorso, nettamente prevalenti – di certo dal punto di vista quantitativo – le pronunzie ispirate alla tesi che sostiene la compatibilità della attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. con i delitti tentati contro il patrimonio, in genere, e con il delitto di furto tentato, in particolare.

2.1. A fronte di tale orientamento, ne sussiste altro – come si è premesso, di minor consistenza numerica – che giunge alla opposta conclusione.

Si sostiene infatti, da parte della "corrente minoritaria" che, non essendo il danno elemento costitutivo del delitto di furto, l'attenuante in questione non può trovare applicazione in tema di furto tentato, atteso che, nel tentativo, per definizione e per presupposto, il danno non è presente (tra le più recenti: Sez. 5, n. 11923 del 27/01/2010, Luongo, Rv. 246556, relativa al tentato furto di una serranda; Sez. 5, n. 11142 del 06/10/2005, dep. 2006, Buonarota, Rv. 233885, relativa al tentato furto di un ciclomotore). Poiché, in sintesi, si sostiene, l'attenuante in questione presuppone indefettibilmente la consumazione del reato e l'esistenza di un danno (effettivo e non ipotetico), che appunto della sottrazione della cosa è conseguenza, essa può essere invocata solo in presenza di furto consumato (Sez. 4, n. 14204 del 09/07/1990, Venuti, Rv. 185566).



3. In realtà, sin dall'entrata in vigore del codice Rocco, la giurisprudenza di legittimità si era interrogata sulla rilevanza delle circostanze nel delitto tentato (nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, in particolare).

Al proposito, la Prima Sezione, aveva avuto modo di sviluppare, sul finire degli anni '30, una riflessione di carattere generale, sostenendo che «l'oggetto del tentativo non può non influire sulla punibilità del tentativo stesso; e, inoltre, quando il danno è elemento imprescindibile della nozione del reato, esso deve funzionare, tanto in rapporto al reato consumato, quanto in rapporto a quello tentato» (Sez. 1, 15/02/1939, Fabbri, in tema di tentata concussione, in *Giust. pen.*, 1939, parte seconda, col. 759).

In tema di furto, tuttavia, proprio in considerazione del fatto che il danno non è elemento costitutivo del reato di cui all'art. 624 cod. pen., la Seconda Sezione aveva decisamente escluso l'applicabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità in relazione a tutti i delitti tentati contro il patrimonio (cfr. sent. 11/04/1938, Aglieri; sent. 21/07/1938, Pellegrini; sent. 14/12/1938, Abruzzese; sent. 10/02/1939, Barbanti; sent. 01/03/1939, Ronchi; sent. 19/06/1939, Schiavini; tutte in *Giust. pen.*, 1939, parte seconda, col. 359 ss., nonché sent. 13/11/1940, Dell'Ara, in *Riv. pen.*, 1941, p. 27).

4. Nei decenni successivi, la medesima Seconda Sezione ebbe occasione di ribadire che «l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 cod. pen. non può trovare applicazione nel caso di tentativo, essendo basata su elementi che possono presentarsi soltanto come conseguenza della consumazione perfetta del reato» (sent. 19/01/1957, Giordani, in *Giust. pen.*, 1957, parte seconda, col. 461).

Si può dunque sostenere che negli anni più lontani l'orientamento prevalente era nel senso di escludere la compatibilità della attenuante in questione con i delitti tentati contro il patrimonio.

4.1. Si rinvencono, tuttavia, anche all'epoca, pronunzie in senso contrario della medesima Sezione: sent. 27/02/1957, Pozzi, in *Giust. pen.*, 1957, parte seconda, col. 461; sent. 11/12/1957, Nardo, *ivi*, 1958, parte seconda, col. 465; sent. 14/07/1955, Badolin, *ivi*, 1956, parte seconda, col. 134, quest'ultima relativa proprio al delitto di furto tentato, la cui massima recita «l'attenuante prevista dall'art. 62, n. 4, cod. pen. può essere applicata anche nel caso di reato tentato, quando però risulti che l'azione, rimasta incompiuta, ha avuto per oggetto un compendio di valore determinabile con precisione, in maniera da aversi la matematica certezza che, se essa fosse giunta a consumazione, avrebbe cagionato alla persona offesa un danno di speciale tenuità». Tali considerazioni, per altro, erano state anticipate da Sez. 1, sent. 05/03/1948, Manzi (in *Giust. pen.*, 1948, parte seconda, col. 808), che aveva chiarito che



l'attenuante *de qua* non poteva ritenersi ricorrente nel caso in cui l'agente si fosse introdotto - per rubare - in una abitazione «poiché [...] l'oggetto del reato era [costituito da] una quantità indeterminata di cose», atteso che l'attenuante *ex art. 62, n. 4, cod. pen.* ricorre, nel caso di furto tentato «solo quando il tentativo abbia avuto per oggetto una cosa determinata, il cui valore sia, appunto, di speciale tenuità». Dunque: la possibilità di individuare in concreto l'oggetto su cui cade l'azione delittuosa è considerata da parte della giurisprudenza da ultimo citata *condicio sine qua non* per la eventuale applicazione della attenuante del danno di speciale tenuità, per il buon motivo che, solo in tal caso, appare possibile valutare, sia pure in via ipotetica, l'entità del danno stesso.

4.2. Anche successivamente, le pronunce favorevoli alla compatibilità, generalmente, richiederanno che risulti accertato (anche, eventualmente, attraverso l'esame delle modalità della condotta) che, se l'evento si fosse realizzato, alla persona offesa sarebbe derivato un danno di speciale tenuità (cfr., in ordine cronologico, le seguenti sentenze tutte della Seconda Sezione: n. 313 del 12/02/1968, Indelicato, Rv. 107662; n. 6825 del 17/01/1977, Gatto, Rv. 136015; n. 12742 del 31/05/1978, Predoti, Rv. 140244; n. 8586 del 03/04/1979, Cricchio, Rv. 143165; *contra* però ancora Sez. 2, n. 2177 del 24/11/1975, dep. 1976, Turrisi, Rv. 132351 (che viceversa sostiene che «riguardo all'applicazione dell'attenuante del danno, [va chiarito che] essa è incompatibile con il delitto tentato, presupponendo la consumazione del reato e l'esistenza del danno conseguente alla sottrazione»).

Sempre si richiedeva, tuttavia, la prova rigorosa ed univoca che, se l'azione si fosse realizzata, il danno che ne sarebbe derivato sarebbe stato sicuramente di speciale tenuità; si vuole, insomma, che le modalità del fatto siano tali da fornire la certezza che, immaginando che l'agente avesse conseguito il suo scopo, ne sarebbe derivato un danno patrimoniale particolarmente tenue (in ordine cronologico, cfr., della Seconda Sezione: sent. n. 11676, 22/02/1980, dep. 08/11/1980, ric. Passa, Rv. 146527, sent. n. 225, 14/07/1980, dep. 17/01/1981, ric. Genco, Rv. 147303, sent. n. 5045, 28/11/1980, dep. 27/05/1981, ric. Vitale, Rv. 149056, sent. n. 538, 16/06/1981, dep. 23/01/1982, ric. Zampini, Rv. 151711, sent. n. 5642, 22/12/1981, dep. 05/06/1982, ric. Cotrona, Rv. 154113, sent. n. 7686, 09/03/1982, dep. 04/08/1982, ric. Ricciardi, Rv. 154881, sent. n. 9434, 03/03/1982, dep. 16/10/1982, ric. Flora, Rv. 155645, sent. n. 10158, 16/03/1982, dep. 28/10/1982, ric. Vona, Rv. 155870, sent. n. 1634, 23/03/1982, dep. 24/02/1983, ric. Iacobbi, Rv. 157538, sent. n. 9600, 14/04/1983, dep. 15/11/1983, ric. Guercini, Rv. 161188, sent. n. 10679, 01/06/1983, dep.

10/12/1983, ric. Foropat, Rv. 161674, n. 3768 del 11/07/1983, dep. 1984, Versace, Rv. 163855; n. 9038 del 04/05/1984, Murabito, Rv. 166288; n. 1315 del 25/10/1984, dep. 1985, Barbagallo, Rv. 167797; n. 4356 del 16/11/1984, 1985, Irrera, Rv. 169067; n. 10452 del 13/06/1985, Macalli, Rv. 171004; n. 3964 del 21/11/1988, dep. 1989, Rubino, Rv. 180823; n. 4767 del 04/12/1989, dep. 1990, De Angelis, Rv. 183915; della Quarta Sezione: n. 8241 del 01/08/1985, La Piana, Rv. 170474; n. 55 del 19/10/1988, dep. 1989, Cari, Rv. 180074; n. 876 del 14/12/1988, dep. 1989, Manfredola, Rv. 180259; della Quinta Sezione: n. 5170 del 09/02/1983, Cecilia, Rv. 159348; della Sesta Sezione: n. 8163 del 30/04/1982, Pirottina, Rv. 155156).

Va rilevato che sono specificamente relative a fattispecie di tentato furto le decisioni n. 11676 del 1980; n. 5642 del 1982; n. 7686 del 1982; n. 8163 del 1982, n. 9600 del 1983; n. 9038 del 1984; n. 1315 del 1985; n. 55 del 1989; n. 876 del 1989; è relativa a fattispecie di tentata rapina la sentenza n. 3964 del 1989; è relativa a fattispecie di tentata truffa la sentenza n. 4767 del 1990.

4.3. Il giudice, dunque - secondo questo, ormai prevalente, orientamento giurisprudenziale - deve prendere in esame le concrete modalità del fatto, concentrando la sua attenzione sull'oggetto materiale preso di mira; e ciò allo scopo di accertare l'entità del nocumento patrimoniale che il reato - se portato a consumazione - avrebbe cagionato alla persona offesa (in ordine cronologico, cfr. Seconda Sezione: n. 39837 del 22/05/2009, De Luca, Rv. 245258; Quinta Sezione, n. 8413 del 04/06/1992, Leo, Rv. 191491; n. 2063 del 12/01/1994, Calvanico Rv. 197273, n. 2335 del 19/01/1994, Vaccaro, Rv. 197278; n. 648, 05/02/1999, Gerlini, Rv. 214875; n. 32467 del 12/07/2004, Gurrieri (non massimata sul punto); n. 44153 del 30/09/2008, Chiarcesio, Rv. 241688; n. 35827 del 04/06/2010, Borgia, Rv. 248500; n. 43268 del 19/10/2011, Termine, Rv. 251711; Sesta Sezione: n. 10355 del 16/02/1992, Vestita, Rv. 192098).

Va notato, in particolare che la sentenza Chiarcesio, appena citata, utilizza l'espressione: «occorre avere riguardo al danno ipotetico che il reato, se consumato, avrebbe causato».

5. Le sentenze, viceversa, che, in numero ormai nettamente minore, negano la compatibilità con il tentativo di furto della attenuante in questione (cfr. le già citate sentenze Sez. 4, Venuti, Rv. 185566; Sez. 5, Buonarota, Rv. 233885; Sez. 5, Luongo, Rv. 246566) insistono, come si è visto, sulla estraneità alla struttura del delitto di furto del concetto di danno, dovendosi intendere, comunque, come tale quello diretto e immediato, subito dalla persona offesa.



6. Orbene, riassunto come sopra lo sviluppo e le "linee di tendenza" della giurisprudenza di legittimità dall'entrata in vigore del codice Rocco ad oggi, si deve riconoscere che un'accorta riflessione sulla problematica che ha determinato l'assegnazione del ricorso a queste Sezioni Unite non può non prendere le mosse da considerazioni che, avendo riguardo alla struttura stessa del delitto tentato, approfondiscano, innanzitutto, il tema della ipotizzabilità di un delitto tentato circostanziato.

7. Sul punto, la dottrina non è unanime.

7.1. Alcuni Autori, infatti, escludono in radice la compatibilità tra tentativo e circostanze. Si sostiene al proposito, da un lato, che l'art. 56 cod. pen. fa riferimento ai soli delitti, senza alcuna ulteriore specificazione, dall'altro, che le circostanze attengono al solo momento sanzionatorio, senza dar luogo a una autonoma fattispecie astratta.

Le circostanze "tentate", si afferma, non esistono nel nostro sistema penale, atteso che l'art. 59 cod. pen. ha prefigurato un meccanismo di imputazione delle circostanze fondato sul presupposto dell'effettiva esistenza delle stesse.

7.2. Vi è anche chi esclude la configurabilità del delitto circostanziato tentato con riferimento alle sole circostanze attenuanti. A sostegno di tale conclusione si è fatto rilevare che la modifica (ad opera della legge 7 febbraio 1990, n. 19) dell'art. 59 cod. pen. ha riguardato le sole circostanze aggravanti, rendendo così ammissibile il delitto circostanziato tentato, ma esclusivamente in relazione a esse, mentre per le attenuanti, sarebbe sempre valido il principio della operatività di circostanze obiettivamente realizzate e non meramente ipotizzate, atteso il testo vigente dell'art. 59 cod. pen.

7.3. Per quanto poi specificamente riguarda la compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. con il delitto tentato, vi è chi, pur non negando - in astratto e in generale - la possibilità di un delitto tentato cui ineriscano (possano inerire) alcune circostanze, sostiene che l'attenuante *de qua* dovrebbe comunque essere esclusa, in quanto il danno rilevante ai fini della sua integrazione, avuto riguardo alla lettera della disposizione, è solo quello effettivo («avere cagionato [...] un danno patrimoniale di speciale tenuità») e che la assenza del danno connota, appunto, il delitto tentato e costituisce la *ratio* della più blanda punizione rispetto al delitto consumato. L'assenza di danno (lieve, lievissimo, grave, gravissimo, che sia), dunque, in quanto già valutata - in linea generale - dal legislatore, dà ragione del differente trattamento sanzionatorio, rispetto al delitto consumato.

7.4. Viene inoltre posto in campo anche un argomento testuale, comparando il testo del n. 4 dell'art. 62 cod. pen., che fa riferimento al danno cagionato, con



quello del n. 8 dell'art. 61 stesso codice, che, viceversa, attribuisce espressamente rilievo alla condotta consistente, non solo nell'«aver aggravato», ma anche nell'aver «tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso».

8. Altri Autori sostengono, invece, la configurabilità del delitto circostanziato tentato e, nello specifico, la sua compatibilità con l'attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen.

Si assume al proposito, innanzitutto, che il delitto semplice e il delitto circostanziato costituiscono fattispecie incriminatrici autonome, fattispecie che disegnano differenti titoli di reato. Non vi è ragione di non "ibridare" il disposto dell'art. 59 cod. pen. con la disciplina del tentativo (e ciò a maggior ragione dopo la riforma operata dalla legge n. 19 del 1990). Nel testo attualmente vigente, infatti, l'art. 59 si limita a escludere la rilevanza di circostanze meramente supposte.

Per altro, la compatibilità è stata anche ritenuta, da una parte della dottrina, sul presupposto che il divieto di configurabilità del delitto circostanziato tentato opererebbe solo con riferimento alle aggravanti e non anche alle attenuanti; ciò in coerenza con la funzione di garanzia che assume il principio di legalità-tipicità nel nostro ordinamento.

9. In realtà, è indubbio che alcune circostanze siano oggettivamente incompatibili con il tentativo. Certamente lo sono quelle relative a una attività che neanche parzialmente sia stata posta in essere.

Proprio in dottrina, d'altra parte, si è distinto il delitto circostanziato tentato (ovvero il tentativo di delitto circostanziato), dal delitto tentato circostanziato (ovvero il tentativo circostanziato di delitto).

Il primo (delitto circostanziato tentato) è il tentativo di un delitto che, se fosse giunto a consumazione, sarebbe apparso qualificato da una o più circostanze. Il secondo (delitto tentato circostanziato) si realizza quando, nella fase esecutiva del tentativo, risultino integrate circostanze attenuanti o aggravanti, anche se il delitto avuto di mira non giunge a consumazione.

Dunque: nel primo caso, la circostanza non si è, di fatto, realizzata, ma, per così dire, è rimasta assorbita nel tentativo (es. art. 61, comma primo, n. 7, e, appunto, art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen.); nel secondo gli elementi costitutivi della circostanza si sono effettivamente realizzati (es. art. 61, comma primo, n. 6, art. 62, comma primo, n. 2, cod. pen.).

9.1. Ebbene riesce difficile, per non dire impossibile, sostenere che, nella seconda ipotesi (delitto tentato circostanziato), la circostanza - aggravante o



attenuante – non sia applicabile, dal momento che essa, indubitabilmente, sussiste *in rerum natura*.

9.2. Il problema, evidentemente, rimane, allora, circoscritto alla prima ipotesi: quella in cui la circostanza, pur inerente alla condotta dell'agente, non è stata posta in essere, in quanto detta condotta si è arrestata prima che la circostanza potesse essere realizzata. Il che accade sempre quando "il venire al mondo" della circostanza coincide con la consumazione del delitto. Trattasi, ad evidenza, del caso in esame, in quanto, come è ovvio, il danno patrimoniale (di speciale tenuità) postula la consumazione del furto: evidentemente, se la *res* non viene sottratta, il soggetto passivo non subisce alcun danno patrimoniale diretto. Il che però è insito nel concetto stesso di delitto tentato, in quanto reato senza evento (in senso naturalistico). Da questo punto di vista, dunque, il delitto tentato può essere assimilato – come pure è stato fatto – ai reati di pura condotta o anche a quelli a consumazione anticipata, reati per i quali, come è noto, il legislatore ha previsto la punibilità prima del (o a prescindere dal) verificarsi dell'evento. Invero, sia nel delitto tentato che in quello a consumazione anticipata è richiesta tanto la idoneità dell'atto, quanto un principio di esecuzione, dal quale si possa desumere la unidirezionalità della condotta (cfr. Sez. 1, n. 11344 del 10/05/1993, Algranati, Rv. 195753; Sez. 1, n. 11394 del 11/02/1991, Abel, Rv. 188642). D'altra parte, nei reati di pura condotta, come è noto, la consumazione coincide con il compimento di quell'azione (ovvero di quell'omissione) descritta nella norma incriminatrice.

9.3. Orbene, tali categorie di reati (di pura condotta e a consumazione anticipata) pacificamente ammettono la forma circostanziata, come può desumersi, tra le altre, dalla sentenza per ultima citata che, pur disconoscendo, nel caso specifico, la sussistenza della attenuante di cui all'art. 61, comma primo, n. 1, cod. pen., ciò fa per motivi attinenti alla fattispecie concreta e non per una ritenuta – astratta e generale – incompatibilità tra la predetta circostanza e i delitti di attentato.

9.4. In realtà, la natura esclusivamente dolosa del delitto tentato comporta che determinate circostanze (aggravanti o attenuanti) ben possano essere presenti nel momento ideativo e volitivo del delitto, come modalità e/o finalità dell'azione che si intende compiere. Naturalmente è richiesto che la volontà criminosa non rimanga allo stadio di semplice intendimento, ma si manifesti attraverso condotte significative, cui sia collegata una apprezzabile probabilità di "successo" (appunto: atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto). Anche le circostanze non realizzate dunque (è l'ipotesi del tentativo di delitto circostanziato, cioè del delitto circostanziato tentato), contribuiscono a integrare e a caratterizzare il proposito criminoso.

Per quel che si è detto prima, tuttavia, deve trattarsi di circostanze riconoscibili in base a quel frammento di condotta che il soggetto ha effettivamente posto in essere. E la riconoscibilità, va da sé, costituisce il riflesso nella mente dell'interprete della inequivocità dell'azione. Invero, da un punto di vista logico, il giudizio sulla inequivocità degli atti (e dunque sulla direzione dell'azione) sembra precedere quello sulla loro idoneità, in quanto solo un atto riconoscibilmente diretto a uno scopo può essere valutato sotto il profilo della sua (potenziale) efficacia. Vero è, tuttavia, che solo un atto (sia pure astrattamente) idoneo si presta a un giudizio di tipo teleologico, essendo la potenziale efficacia dello stesso un presupposto per individuarne la finalità. Di talché idoneità e univocità si pongono come due connotazioni dell'agire volontario che, congiuntamente apprezzate, rendono - ad un tempo - riconoscibile (dai terzi) e raggiungibile (potenzialmente) lo scopo perseguito dall'agente.

9.5. Ma l'azione diretta a uno scopo - questo è il punto - ben può inglobare quella che l'ordinamento considera una circostanza del reato, in quanto caratterizzante, come si è premesso, le modalità della condotta, ovvero in quanto inerente all'oggetto della attività criminosa.

Il problema, allora, si risolve, da un lato, nel vagliare la compatibilità logica e giuridica della circostanza (di quella circostanza) con il tentativo di delitto, dall'altro, in una mera questione di prova, vale a dire nella valutazione della compatibilità in concreto, cioè nel verificare la ravvisabilità, nell'ambito del singolo episodio criminoso e sulla base delle evidenze raccolte, della circostanza in questione. In tal senso, non a caso, si è espressa quella giurisprudenza che ha esaminato *funditus* il problema (cfr. Sez. 5, n. 16313 del 24/01/2006, Cartillone, Rv. 234424; Sez. 4, n. 4098 del 17/01/1989, Lamusta, Rv. 180846).

9.6. La soluzione, dunque, non può essere ricercata in linea meramente astratta e non può essere univoca; in realtà essa dipende, da un lato, dalla tipologia della particolare aggravante in questione, dall'altro, dallo sviluppo dell'azione posta in essere dall'agente. E invero, in determinati casi, è indubbiamente necessaria la realizzazione dell'evento che costituisce oggetto di quella determinata circostanza, ovvero occorre il perfezionamento dei relativi presupposti costitutivi nel frammento di condotta posta in essere dal soggetto agente; in altri casi non è necessario che ciò si verifichi.

9.7. E allora, anche con specifico riferimento alla problematica sottoposta alle Sezioni Unite, occorrerà procedere con la metodica sopra evidenziata, cui sembra esattamente conformarsi il *dictum* della già citata sentenza Sez. 2, n. 39837 del 22/05/2009, De Luca, Rv. 245258, in base alla quale, ai fini dell'applicabilità della diminuzione di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen.,



il giudice deve avere riguardo alle concrete modalità del fatto e deve accertare che il reato, ove fosse stato consumato, avrebbe cagionato, in modo diretto e immediato, un danno di speciale tenuità; deve cioè aversi riferimento al danno ipotetico che il reato avrebbe cagionato, qualora fosse stato consumato.

Ciò, ovviamente, sul presupposto (già sopra evidenziato) in base al quale «la norma dell'art. 56 cod. pen. non fa esclusivo riferimento alla figura tipica del reato, ma anche a quella del reato circostanziato, per cui l'estensione al tentativo delle circostanze previste per il corrispondente reato consumato comporta un problema di semplice compatibilità logico-giuridica, che non tocca il principio di legalità. Infatti, ai fini della configurazione del tentativo di delitto aggravato, oltre al criterio della idoneità e della univocità degli atti e dei mezzi che possono indicare un proposito criminoso riferibile a un delitto aggravato, acquistano rilevanza e sono compatibili – e, dunque, estensibili al tentativo – tutte le circostanze, aggravanti o attenuanti, che attengono ai fini dell'azione criminosa» (così testualmente la appena citata sentenza De Luca).

E su tale principio di carattere generale converge gran parte della giurisprudenza di legittimità, affermando con nettezza che l'estensione al tentativo delle circostanze previste per il corrispondente reato consumato non contrasta con il principio di legalità (cfr. Sez. 1, n. 5717 del 16/12/1987, dep. 1988, Nugnes, Rv. 177420; Sez. 1, n. 1154 del 03/03/1986, Oliva, Rv. 172378; Sez. 2, n. 2355 del 05/07/1976, dep. 1977, Serrone, Rv. 135275; Sez. 1, n. 2596 del 09/11/1971, dep. 1972, De Colombi, Rv. 120865 e 120866).

9.8. Invero, come ha osservato da Sez. 4, n. 2631 del 23/11/2006, dep. 2007, Aquino, Rv. 235937, (in tema di stupefacenti e di applicabilità al tentativo di importazione della aggravante ex art. 80 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), «la disciplina del reato tentato si riferisce a tutti gli aspetti della tipicità, ivi compresi quelli inerenti alle circostanze. Dagli artt. 56 e 59 cod. pen. non si trae alcun argomento, diretto o indiretto, da cui possa inferirsi che la disciplina del tentativo sia inerente al solo reato base».

A ben vedere, il tentativo stesso è configurabile, come è pacifico, in base alla "combinazione" di due norme: la norma incriminatrice speciale e la norma estensiva di cui all'art. 56 cod. pen. Trattasi di una metodica tipica del codice penale e che si applica, ad esempio, in ipotesi di concorso di persone nel reato (norma incriminatrice speciale e norma estensiva dell'art. 110), nonché, ovviamente, in tema di reato caratterizzato da circostanze comuni (norma incriminatrice speciale, cui ineriscono le circostanze di cui agli artt. 61 e 62 cod. pen.). Non vi è dunque ragione di non ammettere, in linea generale e salva, come si è detto, la verifica di compatibilità logico-giuridica, un doppio

"meccanismo combinatorio", che veda agire sulla norma incriminatrice tanto l'art. 56, quanto gli artt. 61 e/o 62 cod. pen.).

9.9. Né ha pregio l'obiezione – sopra anticipata – in base alla quale le circostanze hanno rilievo ed effetto solo in campo sanzionatorio. L'assunto, invero, prova troppo, in quanto anche le "semplici" norme incriminatrici hanno, ovviamente, rilievo sul versante sanzionatorio; non di meno, esse descrivono una condotta (e indicano la relativa connotazione psicologica), così come fanno le circostanze, tanto che talune condotte, a volte, sono considerate dal legislatore ipotesi autonome di reato, altre volte, elementi costitutivi di altri reati, o ancora – appunto – circostanze (es. la violenza sulle cose, cfr. artt. 635, 392, 614, comma quarto, cod. pen.).

10. Il ragionamento appena sviluppato non riceve smentita – in relazione al tema specifico oggetto della presente decisione – dall'assunto che caratterizza tutte le sentenze espressive dell'orientamento minoritario, vale a dire quello in base al quale, non essendo il danno elemento costitutivo del delitto di furto, l'attenuante di cui al n. 4 dell'art. 62 cod. pen. non potrebbe trovare applicazione in tema di furto tentato, atteso che, nel tentativo, ovviamente, il danno manca (così da ultimo la già ricordata decisione della Sez. 5, n. 11923 del 27/01/2010, Luongo, Rv. 246556, che, in verità, si è limitata a recepire una massima tralaticia, ignorando l'ormai sedimentato contrasto di giurisprudenza).

In merito è appena il caso di osservare che è del tutto ovvio che la circostanza sia attinente a un fatto che non integra alcun elemento costitutivo del reato, in quanto, se così non fosse, ovviamente, non di una circostanza si tratterebbe (cioè di un *quid* che eventualmente accede a un reato in sé perfetto), ma - appunto - di una componente del reato stesso. La circostanza, per sua stessa definizione, è un satellite del reato (*circum stat*) e, come la sua eventuale mancanza non incide sulla esistenza dello stesso, così la sua presenza non postula necessariamente (e sempre) che il reato sia stato consumato, ben potendo esso essersi arrestato allo stadio del tentativo.

10.1. Al proposito, non sembra pertinente l'osservazione circa la irrilevanza delle circostanze erroneamente ritenute sussistenti (art. 59, comma terzo, cod. pen.), perché, nel caso del tentativo di delitto circostanziato (delitto circostanziato tentato), la circostanza non è supposta, ma voluta e - per quel che si è detto - riconoscibile sulla base di quel frammento di condotta effettivamente posto in essere. L'agente, in altre parole, non è in errore circa la sussistenza di una circostanza, ma vuole agire realizzando (anche) una determinata circostanza.



10.2. Occorre dunque che l'interprete verifichi la compatibilità della circostanza con la condotta concretamente posta in essere dall'agente, allo scopo di desumere se, sulla base della predetta condotta (della sua idoneità e della sua inequivocità, come manifestatesi nei fatti), la predetta circostanza sia riscontrabile.

Si tratta certamente di una valutazione ipotetica, ma, non per questo, di una valutazione inibita al giudice, atteso che, ad esempio, del tutto ipotetico è il così detto giudizio controfattuale, cui lo stesso è chiamato in tema di reato omissivo (cfr.: Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv 222138) e ipotetico, in ultima analisi, è il giudizio in tema proprio di delitto tentato (o dei delitti a consumazione anticipata), posto che al giudicante è richiesto di valutare, non la condotta - in sé - tenuta dall'agente, ma tale condotta in relazione all'obiettivo che l'agente si proponeva di raggiungere, di valutare detta condotta, vale a dire, "come se" l'evento voluto si fosse, in realtà, realizzato.

Ed è proprio per tale ragione che la menzionata sentenza Sez. 4, n. 2631 del 23/11/2006, ric. Aquino, Rv. 235937, ha ritenuto configurabile l'aggravante di cui all'art. 80 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, allorché vi sia la prova che, se l'operazione illecita di traffico di droga fosse riuscita, essa avrebbe riguardato un quantitativo ingente di sostanza psicotropa.

10.3. Ebbene, oltre alle già ricordate considerazioni in ordine al principio di legalità, la sentenza in questione svolge anche considerazioni in ordine al principio costituzionale di eguaglianza, per quel che riguarda il riconoscimento di circostanze (attenuanti o aggravanti) in tema di tentativo; ciò fa prendendo come termine di riferimento proprio il tentativo di furto e sostenendo che «è razionale che la ponderazione della gravità dell'illecito sia rapportata anche alla configurazione che il fatto e l'offesa avrebbero assunto nel caso in cui il delitto fosse stato portato a compimento. Una diversa soluzione porterebbe a risultati contrari al principio di uguaglianza, determinando l'irrogazione della medesima pena, sia nel caso in cui fosse tentato un furto semplice, sia in quello in cui la sottrazione riguardasse un bene di grande valore».

10.4. D'altra parte, con riferimento alla circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, comma primo, n. 7, cod. pen., che ovviamente costituisce il "reciproco" della attenuante ex art. 62, comma primo, n. 4. stesso codice), la giurisprudenza - precedente e successiva alla ricordata sentenza Aquino e altri - non dubita della sua applicabilità al tentativo (cfr. Sez. 5, n. 17275 del 26/11/2008, dep. 2009, Stendardo, Rv. 244632, in tema di furto; nonché Sez. F, n. 33408 del 13/08/2009, Hudorovic, Rv. 244353 (in tema di truffa)).

11. Le conclusioni sopra esposte ricevono conferma testuale, dalle modifiche (recenti e meno recenti) introdotte dal legislatore nel codice penale di rito e in quello sostanziale.

Invero, l'art. 380 cod. proc. pen. (arresto obbligatorio in flagranza), come è noto, fa obbligo agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria di procedere all'arresto di chiunque sia colto in flagranza di una serie di delitti non colposi - consumati o tentati - individuati in base alle pene edittali, ovvero specificamente elencati. Ebbene, detto articolo ha subito modifica, ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94, nel suo comma 2, che, attualmente, recita: «anche fuori dei casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti delitti non colposi, consumati o tentati: [...] e) delitto di furto, quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'art. 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533, o quella prevista dall'articolo 625, primo comma, numero 2, prima ipotesi, del codice penale, salvo che, in quest'ultimo caso, ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4, del codice penale; e-bis) delitti di furto previsti dall'art. 624-bis del codice penale, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4, del codice penale».

Ne consegue che, dalla lettura coordinata dei vari commi, si deduce necessariamente che le circostanze - aggravanti o attenuanti - debbano essere valutate (quantomeno ai fini dell'arresto in flagranza), sia con riferimento ai delitti consumati, sia ai delitti tentati.

11.1. D'altra parte, la Corte costituzionale, più di un decennio prima, con la sentenza n. 54 del 1993, aveva avuto modo di occuparsi dell'arresto obbligatorio in flagranza, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 380 cod. proc. pen. - nel testo, ovviamente, all'epoca vigente - nella parte in cui prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza per il delitto di furto, tanto consumato, quanto tentato, aggravato ai sensi dell'art. 625, comma primo, numero 2, prima ipotesi (violenza sulle cose), proprio nel caso in cui ricorresse, insieme con l'aggravante di cui sopra, la circostanza attenuante prevista dall'art. 62, comma primo, n. 4, dello stesso codice.

Il Giudice delle leggi, a seguito di ricognizione del "diritto vivente", rilevava allora che la circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. risultava applicabile anche al furto tentato; ciò anche in considerazione del fatto che «una più incisiva considerazione, in via generale, della speciale tenuità del danno emerge dall'ampliamento dell'originario art. 62, n. 4, effettuato con l'art. 2 della legge 7 febbraio 1990, n. 19».

E in effetti, con il predetto testo normativo, il legislatore ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione della circostanza attenuante della "speciale

tenuità", estendendola, dai delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, ai delitti determinati da motivi di lucro. In tale ultimo caso, tuttavia, sembra avere esplicitamente previsto, accanto all'ipotesi in cui il lucro sia stato effettivamente conseguito, quella in cui esso sia solo sperato, ma non anche raggiunto (« [...] nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire, o l'aver comunque conseguito, un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità»).

11.2. Tale essendo la lettera della legge dopo "l'innesto" operato dal legislatore del 1990, sembra inevitabile chiedersi se, per quel che riguarda l'attenuante in questione, il regime relativo ai delitti determinati da motivi di lucro si differenzi da quello relativo ai delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, nel senso che, solo nel primo caso, e non anche nel secondo, la diminuzione sarebbe applicabile anche al tentativo, secondo il criterio dell'*ubi voluit dixit* («aver agito per conseguire, o avere comunque conseguito»); ovvero se si debba ritenere che il legislatore abbia semplicemente introdotto la nuova disposizione in un contesto nel quale la diminuzione in questione doveva già ritenersi applicabile al tentativo, redigendo un testo più articolato, per la necessità di assicurare la tutela degli altri beni giuridici protetti dalle fattispecie qualificabili come "delitti determinati da motivi di lucro".

11.3. In questi termini si è espressa la già ricordata sentenza Sez. 2, De Luca, per la quale nessuna incidenza ostativa alla applicazione della attenuante ex art. 62, comma primo, n. 4, cod. pen. al delitto tentato può derivare dalla riforma del 1990, atteso che «l'aggiunta apportata all'art. 62, n. 4, cod. pen. dalla legge n. 19 del 1990 [...] ha solo esteso l'ambito applicativo della suddetta norma anche ai delitti determinati da motivi di lucro».

11.4. D'altronde, vi è più di una ragione per scartare la prima opzione interpretativa, atteso che, non solo i delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, in quanto manifestazione dell'istinto predatorio, sono ispirati, secondo *l'id quod plerumque accidit*, da motivi di lucro (di talché essi si pongono, nei confronti di tali ultimi delitti in rapporto di specie a genere), ma anche perché la pretesa differenziazione introdurrebbe una ingiustificata disparità di trattamento.

Disparità di trattamento che, come messo in luce da attenta dottrina, determinerebbe conseguenze davvero paradossali, sia sul versante sostanziale, che su quello procedurale.

Invero, considerando inapplicabile al furto tentato l'attenuante in questione, ben potrebbe, in ipotesi, tale delitto esser punito più gravemente di un furto consumato, se, in tale secondo caso, l'attenuante ex art 62, comma primo, n. 4,



cod. pen. dovesse trovare ingresso (eventualmente insieme con altre attenuanti).

“Aberranti” poi sono state definite le conseguenze in tema di applicazione di specifiche discipline clemenziali; in particolare è stato richiamato ciò che sarebbe potuto accadere in applicazione dell’ammnistia prevista dall’art. 4 d.P.R. 12 aprile 1990, n. 75, per la quale un furto (consumato) pluriaggravato, attenuato dalla circostanza del danno patrimoniale di speciale tenuità, sarebbe rientrato nell’ammnistia, mentre da questa sarebbe stato escluso il tentativo di furto dello stesso oggetto, nel caso in cui si ritenesse l’attenuante inapplicabile al delitto tentato.

11.5. E, d’altra parte, ancora in tema di arresto obbligatorio in flagranza, se si ipotizzasse che il legislatore, nel modificare l’art. 380, comma 2, cod. proc. pen., non avesse inteso riconoscere l’applicabilità della diminvente in esame al tentativo, si arriverebbe a un risultato ermeneutico altrettanto assurdo. Sarebbe infatti obbligatorio procedere all’arresto nel caso di flagranza di tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose, di tentato furto in abitazione o di tentato furto con strappo, pur se il danno in concreto ipotizzabile fosse di speciale tenuità, mentre, se il danno effettivamente causato fosse, appunto, di speciale tenuità, tale dovere non sussisterebbe, in caso di furto consumato, aggravato dalla violenza sulle cose, di furto in abitazione o di furto con strappo.

12. In conclusione, per tutte le ragioni sopra esposte, deve affermarsi che *«nei reati contro il patrimonio, la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità, di cui al n. 4 dell’art. 62 cod. pen., può applicarsi anche al delitto tentato, sempre che la sussistenza della attenuante in questione sia desumibile con certezza dalle modalità del fatto, in base a un preciso giudizio ipotetico che, stimando il danno patrimoniale che sarebbe stato causato alla persona offesa, se il delitto di furto fosse stato portato a compimento, si concluda nel senso che il danno cagionato sia di rilevanza minima»*.

13. La sentenza impugnata che ha escluso *in radice* - ritenendola incompatibile con il tentativo di furto - l’applicabilità dell’attenuante in questione all’imputato che aveva tentato di impadronirsi del denaro contenuto in un distributore automatico di bevande, deve dunque essere annullata sul punto, disponendosi rinvio per nuovo esame, in merito ad esso, ad altra sezione della Corte di appello di Torino.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente al punto concernente l'applicazione della circostanza attenuante dell'art. 62, n. 4, cod. pen. in relazione al capo A della imputazione e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Torino.

Così deciso il 28/03/2013.

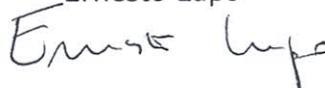
Il Componente estensore

Maurizio Fumo



Il Presidente

Ernesto Lupo



SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 28 GIU. 2013

Il Funzionario Giudiziario  
**Leonardo SACRIPANTI**

