

# RASSEGNE

---

GIUSEPPINA CASELLA

## L'attenuante del danno di particolare tenuità nei delitti contro il patrimonio nell'evoluzione della giurisprudenza di cassazione

**SOMMARIO:** 1. Cenni generali; 2. L'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità e il delitto di ricettazione di assegni; 3. La circostanza attenuante di cui all'art. 62 co. 1 n. 4 c.p. nel delitto di furto: analisi di un caso concreto; 4. L'attenuante del danno di particolare tenuità nel delitto di truffa aggravata; 5. L'applicabilità dell'attenuante in esame nell'ipotesi di delitto tentato: una questione controversa risolta dalle Sezioni Unite; 5.1 Gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità; 5.2 Gli orientamenti sul tema dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato; 5.3. Gli orientamenti della dottrina; 5.4 Il trattamento sanzionatorio derivante dall'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al tentativo; 5.5. La decisione delle Sezioni Unite.

### 1. Cenni generali.

L'attenuante in argomento è stata oggetto di notevole attenzione sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza.

Com'è noto, l'art. 62, co. 1 n. 4, c.p. prevede una diminuzione di pena nel caso in cui: 1. «nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio» il soggetto attivo abbia cagionato alla parte offesa «un danno patrimoniale di speciale tenuità»; 2. «nei delitti determinati da motivi di lucro», l'autore dell'illecito penale abbia agito per conseguire ovvero abbia conseguito «un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità».

Il progetto preliminare del Codice Penale, presentato nell'ottobre del 1927, prevedeva all'art. 62, rubricato «Circostanze aggravanti comuni», in riferimento al n. 5: «Aggravano il reato, quando non ne siano elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti 5) l'aver cagionato un danno o un pericolo di danno di rilevante gravità»; all'art. 64, rubricato «Circostanze attenuanti comuni», in riferimento al n. 4: «Attenuano il reato, quando non ne siano elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti; 4) l'aver cagionato un danno o un pericolo di danno di speciale tenuità».

Questi testi venivano modificati in occasione della redazione del progetto definitivo del Codice Penale, presentato nel 1929.

Precisamente l'art. 65, rubricato «Circostanze aggravanti comuni», in riferimento al n. 7, contemplava: «Aggravano il reato, quando non ne siano elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 7)

*l'averne, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità».*

L'art. 66, rubricato "Circostanze attenuanti comuni", con riferimento al n. 4, recitava: «Attenuano il reato, quando non ne siano elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 4) l'averne, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità».

Nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, relativa al testo definitivo del Codice, si fornivano delle precise indicazioni sulle indicate modifiche.

Con riferimento all'aggravante del danno di rilevante gravità, si rappresentava: «Ho anzitutto limitata l'aggravante ai delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, e a quelli che siano determinati da motivi di lucro: in secondo luogo ho specificato che il danno deve essere stato cagionato alla persona offesa dal reato: ho escluso, infine, il semplice pericolo di danno». Si aggiungeva: «La precedente formula, troppo ampia, avrebbe potuto essere interpretata nel senso che, ad es., contemplasse anche il danno patrimoniale, che la famiglia risente per la uccisione di un suo membro. La limitazione ai delitti contro il patrimonio e ai delitti che, pur essendo classificati in Titoli diversi da quello contro il patrimonio (ad es., falso, peculato, concussione) abbiano come effetto un danno patrimoniale, insieme con la specificazione che il danno deve essere cagionato al soggetto passivo secondario del delitto, indicano chiaramente che il Progetto ha inteso riferirsi al così detto danno patrimoniale penale in senso stretto. L'espressione "cagionato" esprime poi sufficientemente il concetto che tra l'azione (o la omissione) e il danno deve esistere un rapporto di causa ad effetto (danno diretto o indiretto)».

Si sottolineava, quindi, specificamente: «Ho richiesto, infine, il danno effettivo, e non soltanto il danno potenziale (pericolo di danno)».

Con riferimento all'attenuante del danno di speciale tenuità, poi, si evidenziava: «è circostanza correlativa a quella preveduta nell'art. 61, n. 7, di cui già tenni parola. Ho ommesso il riferimento ai delitti non contro il patrimonio determinati da motivi di lucro: sarebbe stato, invero, contraddittorio concedere l'attenuante, allorché concorra nei delitti non patrimoniali il fine di lucro, cioè un motivo spregevole».

Il testo originario dell'art. 62, n. 4, cod. pen. è stato modificato dall'art. 2 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, che, alla formulazione previgente, ha aggiunto le seguenti parole: «ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, l'averne agito per conseguire, o l'averne comunque conseguito un lucro di speciale te-

*nuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità».*

L'intervento normativo trova origine in un disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia alla Camera dei Deputati il 19 ottobre 1987, e rubricato "Modifiche in tema di circostanze attenuanti, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti".

In particolare, questo progetto prevedeva, all'art. 1, il cui testo è quasi identico a quello dell'art. 2 poi divenuto legge, la sostituzione dell'art. 62, n. 4, del codice penale con il seguente: «4) *l'averne, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, l'averne agito per conseguire, o l'averne comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche il danno o il pericolo sia di speciale tenuità».*

Nella Relazione illustrativa, a questo proposito, si spiegava: «*Per quanto concerne le circostanze, l'art. 1 del disegno di legge propone un'integrazione del disposto del n. 4 del codice penale. Tale norma, com'è noto, prevede quale circostanza attenuante il fatto che nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, il reo abbia cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di speciale tenuità, e trova il suo pendant nel n. 7 dell'art. 61 dello stesso codice che considera quale aggravante l'ipotesi in cui il reato abbia procurato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità. Peraltro, quest'ultima circostanza è applicabile non solo ai reati contro il patrimonio, ma anche a quelli "determinati da motivi di lucro". Orbene, premesso che la giurisprudenza è tuttora orientata nel senso di ritenere che l'attenuante di cui al n. 4 dell'art. 62 del codice penale sia applicabile non a tutti i reati che comunque abbiano provocato una lesione patrimoniale, ma solo a quelli la cui oggettività giuridica afferisce al patrimonio<sup>1</sup> sembra opportuno, per motivi di equità, riformulare la norma in simmetria con l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità. Peraltro, attribuendosi rilievo ai motivi del reato, non è parso congruo eccipire, come delimitazione oggettiva dell'operatività dell'attenuante, il parametro del danno patrimoniale di speciale tenuità arrecato alla persona offesa, che ne avrebbe contenuto la portata in margini eccessivamente ristretti e generalmente riferibili ai soli delitti che tutelano, esclusivamente o in via cumulativa, il patrimonio. Si è ritenuto quindi coerente, non solo soggettivizzare la speciale tenuità nel senso che quest'ultima deve connotare il lucro sperato o comunque conseguito dal reo (quest'ultima previsione esclude, per ovvi motivi, che quando il lucro effetti-*

---

<sup>1</sup> V. Cass., Sez. un., 29 ottobre 1983, Del Fa e altro, in *Mass. Uff.*, n. 162035.

*vamente conseguito non presenti il requisito in questione, possa invocarsi l'attenuante in esame), ma anche prevedere che il danno (o il pericolo) di speciale tenuità che viene in rilievo non è quello patrimoniale bensì quello criminale. Così delineata, la diminuzione viene a costituire un valido elemento a disposizione del giudice per una più equa correlazione della pena alla effettiva lesività della condotta criminosa».*

Nel successivo svolgimento dei lavori parlamentari, il Senato modificava la parte finale del testo indicato, sostituendo all'espressione finale "quando anche il danno o il pericolo sia di speciale tenuità" quella poi definitivamente approvata "quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità".

Quindi il disegno di legge ritornava alla Camera dei Deputati, che approvava all'unanimità la formula licenziata dal Senato in data 13 dicembre 1989.

In particolare, dopo le sedute dell'Assemblea 9 febbraio 1989, che prendeva atto dell'approvazione del disegno di legge da parte del Senato, e del 15 febbraio 1989, che assegnava lo stesso alla II Commissione in sede legislativa, questa articolazione della Camera dedicava al progetto le sedute del 5 aprile 1989, del 26 aprile 1989, del 27 aprile 1989, del 2 maggio 1989, del 3 maggio 1989, del 2 agosto 1989, del 15 novembre 1989 e del 13 dicembre 1989. L'Assemblea poi prendeva atto dell'approvazione del disegno di legge in pari data, ed il testo veniva definitivamente approvato dal Senato il 23 gennaio 1990.

Nel corso della seconda lettura alla Camera dei Deputati, l'unica seduta in cui veniva approfondita la questione in esame era quella del 2 maggio 1989, allorché l'On.le Anna Finocchiaro proponeva una modifica, definita espressamente "di carattere formale", volta a sostituire la formula "quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità" con la seguente: "quando anche il danno o il pericolo causati dall'evento siano di speciale tenuità"; l'emendamento, tuttavia, senza un particolare dibattito, veniva respinto.

Ebbene, attenendosi al tenore letterale della norma in esame è chiaro che, per quanto riguarda "i delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio", il danno patrimoniale di speciale tenuità deve essere «*valutato in relazione al valore della cosa, mentre costituisce criterio soltanto sussidiario il riferimento alle condizioni economiche del soggetto passivo*».

Lo stesso Giudice nomofilattico, dal canto suo, è pervenuto in diverse sentenze alle medesime considerazioni giuridiche affermando che ai «*fini della concessione della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, l'entità del danno deve essere valutata anzitutto con riferimento al criterio obiettivo del danno in sé, mentre quello subiettivo (riferimento alle condizioni economi-*

*che del soggetto passivo) ha valore sussidiario e viene in considerazione soltanto quando il primo, da solo, non appare decisivo o quando la perdita del bene, nonostante il modesto valore dello stesso, può rappresentare, in relazione alle condizioni particolarmente disagiate della persona offesa, un pregiudizio non trascurabile e quindi tale da escludere l'applicabilità dell'attenuante».*

La Suprema Corte ha, inoltre, stabilito che per verificare la sussistenza di questo elemento circostanziale è obbligo del giudice in primo luogo “*motivare in ordine al valore intrinseco ed economico della cosa*”, non potendo questi “*limitarsi a valutarla unicamente in relazione alle sue potenzialità di uso e al servizio da essa reso*”, né soltanto in “*relazione alle sue potenzialità di uso ed al servizio da essa reso*”.

In secondo luogo sarà necessario valutare tale “speciale tenuità” “oggettivamente, in relazione al livello economico medio della comunità”, commisurando l'entità del danno “al valore della cosa” inteso come il “valore commerciale dell'oggetto del reato” «*al momento della consumazione del reato e non al suo prezzo di acquisto a nulla rilevando il maggior danno che possa eventualmente verificarsi o si verifichi dopo il momento consumativo del reato*».

Infine, il giudice di merito dovrà escludere che possa ricorrere questo elemento accidentale del delitto, laddove la merce sottratta sia pari alla «*metà della retribuzione mensile di un operaio o di un impiegato di modesto livello*». La Corte di Cassazione, quindi, ha ravvisato a titolo esemplificato l'esistenza dell'attenuante *de qua* nell'ipotesi di furto di una carta telefonica SIM, la quale ha un costo modesto (20 o 25 euro) e un credito telefonico che, ove sussistente, non supera i cinquanta o i cento euro, oppure laddove oggetti di interesse archeologico vengano “ritenuti, in sede di valutazione tecnica, di scarso valore commerciale”, o “nel caso di furto di energia elettrica quando, sia pure mediante uso di un abusivo collegamento avente carattere di stabilità”, «*il prelievo dell'energia avvenga azionando di volta in volta gli interruttori, dandosi luogo, in tal modo, a tanti furti distinti ciascuno dei quali avente ad oggetto soltanto l'energia consumata mediante il singolo prelievo*». Orbene, tale orientamento ermeneutico - seppur rispettoso del dato testuale della norma giuridica in commento - sembra relegare eccessivamente in secondo piano le condizioni economiche della parte offesa, atteso che senza dubbio il valore di un bene oggetto di un reato può variare a seconda delle condizioni reddituali del soggetto passivo del reato.

## 2. L'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità e il delitto di ricettazione di assegno.

Sull'applicabilità dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, di cui all'art. 62 c.p., co. 1, n. 4, nel caso in cui la ricettazione abbia per oggetto moduli di assegni bancari si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali fermo, peraltro, il principio, ormai pacifico, fissato da Sez. Un. n. 13330 del 26 aprile 1989, Beggio, (riv. 182220 e 182221) secondo il quale «*l'attenuante di aver cagionato alla persona offesa del reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, prevista dall'art. 62 c.p., n. 4, è compatibile con l'ipotesi attenuata di ricettazione prevista dall'art. 648 c.p., co. 2, solo se la valutazione del danno patrimoniale sia rimasta estranea al giudizio sulla particolare tenuità del fatto che caratterizza l'ipotesi attenuata di ricettazione, e che va condotto alla luce di tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p., perché ove il danno patrimoniale sia stato tenuto presente in tale giudizio l'attenuante prevista dall'art. 62 c.p., n. 4 è assorbita nell'ipotesi attenuata di cui all'art. 648 c.p., co. 2*».

Neppure si ravvisa contrasto giurisprudenziale con riferimento al caso in cui l'oggetto del reato di ricettazione sia un assegno già formato con indicazione dell'importo e non un assegno in bianco e ciò perché - si afferma - la natura di titolo di credito e le obbligazioni in esso consacrate fanno assumere all'assegno i connotati di un "bene", con valore economicamente apprezzabile, e, con riferimento al *quantum* portato dallo stesso, anche agli effetti del danno patrimoniale causato dalla commissione del reato.

In tal caso, si precisa, «*è da escludersi che il danno conseguente alla utilizzazione del titolo possa essere dissociato dalla condotta del colpevole e riferito, invece, ad una diversa e successiva attività criminosa*».

Controversa, invece, è l'individuazione dei criteri di applicabilità dell'attenuante di aver cagionato alla persona offesa del reato un danno patrimoniale di speciale tenuità nel caso in cui oggetto della ricettazione siano moduli di assegni bancari in bianco.

Sulla questione, in verità, le Sezioni unite della Suprema Corte si erano già pronunciate<sup>2</sup>, affermando che «*la questione relativa all'applicabilità o meno della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, di cui all'art. 62 c.p., n. 4, nell'ipotesi di ricettazione di assegni bancari in bianco (art. 648 c.p.) va risolta, in linea generale, nel senso che la speciale tenuità del*

---

<sup>2</sup> Cass., Sez. un., Beggio, in *Mass. Uff.*, n. 13330; conformi: Id., Sez. V, 23 febbraio 2006, Bertucci, *ivi*, n. 233998; Id., Sez. II, 27 gennaio 2004, Melia, *ivi*, n. 228564; Id. Sez. II, 14 maggio 1991, Battaglia, *ivi*, n. 187935;

<sup>3</sup> Con la sentenza Cass., Sez. un., 7 luglio 1984, Del Pozzo, in *Mass. Uff.*, n. 166806;

*danno deve essere apprezzata in relazione al valore della cosa che forma oggetto del reato. Ciò significa che, quando non si tratti di denaro, si deve tener conto del valore economico che la cosa oggetto del reato ha nelle normali contrattazioni commerciali, in un determinato momento storico; senza che possa darsi peso, a tale riguardo, ad elementi contingenti o casuali, di natura oggettiva o soggettiva, che possano influenzare, in un senso o nell'altro, la valutazione economica della cosa come tale».*

Sulla base di tale principio, che si considera conseguenza di quello più generale per cui il danno, ai fini dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, è quello che deriva in modo immediato e diretto dal reato, si afferma che nell'ipotesi di ricettazione di moduli di assegni bancari in bianco la valutazione, ai fini della concessione o del diniego dell'attenuante prevista dall'art. 62 c.p., n. 4, del danno patrimoniale derivante dal reato di ricettazione va effettuata in base al valore (materiale) dei moduli stessi e non al diritto di credito incorporabile nei titoli (così Sez. un. cit.).

Identico principio è stato espresso da altra pronuncia<sup>4</sup> che, con riferimento all'ipotesi di ricettazione di moduli per carte di identità, ha formulato l'ulteriore precisazione che non «*rileva al fine de quo, che con azioni successive, ad opera dello stesso o di altri soggetti la cosa in questione venga utilizzata, per commettere altre azioni delittuose integranti di per se stesse uno o più reati, in relazione ai quali la tenuità o la gravità del danno eventualmente prodotto si atteggia in un'autonoma tematica circostanziale*».

Successivamente a tali pronunce delle Sezioni unite, si sono però registrati orientamenti giurisprudenziali difformi.

Molte decisioni hanno mostrato, infatti, adesione ai principi espressi dalle citate Sezioni Unite, ribadendo che al danno patrimoniale previsto dall'attenuante debba assegnarsi valore oggettivo intrinseco così che, nel caso di ricettazione di moduli di assegni in bianco, il riferimento non possa che essere al valore dei moduli e non già agli importi che risultino apposti in un momento successivo, dando luogo a ulteriori ipotesi delittuose, come il falso o la truffa<sup>5</sup>.

È evidente che questa scelta interpretativa consente un'amplissima possibilità di ricorrenza dell'attenuante, dato che il valore economico intrinseco di un assegno non compilato o di un documento è assai limitato. Si comprende perché il formale ossequio alle decisioni delle Sezioni unite non ha impedito

---

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 7 luglio 1984, Suardi, in *Mass. Uff.*, n. 166805;

<sup>5</sup> Cass., Sez. IV, 5 luglio 2005, Verderosa, in *Mass. Uff.*, n. 232613; Id., Sez. IV, 9 marzo 2004, Benedetti, *ivi*, n. 228580; Id., Sez. II, 5 febbraio 1993, Cacace, *ivi*, n. 193008; Id., Sez. II, 8 gennaio 1992, Fontana, *ivi*, n. 189160; Id. Sez. II, 30 gennaio 1988, Di Mauro, *ivi*, n. 177511; Id., Sez. II, 3 luglio 1986, Verrecchia, *ivi*, n. 174539);

che la giurisprudenza in più occasioni precisasse, sia pure con riferimento alla ricettazione di moduli di documenti (carta di identità, patente di guida, porto d'armi), che occorre valutare non soltanto il costo della carta e della stampa, ma anche i costi connessi alle attività ed alla documentazione necessarie per conseguire il documento<sup>6</sup> e soprattutto i costi delle operazioni tecniche necessarie a rendere i moduli difficilmente imitabili o addirittura inimitabili<sup>7</sup> anche se poi il costo di tali operazioni, in altre decisioni, pur ritenuto rilevante, non è stato considerato comunque sufficiente a elevare il danno al di sopra della soglia della speciale tenuità<sup>8</sup>.

Secondo un'interpretazione in radicale contrasto con quella espressa dalle citate Sezioni Unite, la sussistenza dell'attenuante in questione nella ricettazione di assegni in bianco dovrebbe essere esclusa, in ragione della potenziale utilizzazione dei titoli che conferirebbe agli stessi un valore che trascende quello della loro materialità cartacea<sup>9</sup>.

Si precisa, altresì, che «*occorre avere riguardo non esclusivamente al valore venale della carta e del costo della stampa del modulo, ma anche all'interesse generale della banca emittente al cosiddetto "valore formale" del documento, per la peculiare funzione garantistica nel commercio giuridico dei titoli di credito, interesse la cui lesione è attuale e concomitante alla ricettazione, indipendentemente dall'utilizzazione concreta del titolo e dalla conseguente eventuale realizzazione degli ulteriori reati di falso e truffa*»<sup>10</sup>.

Analoghe affermazioni di principio sono contenute in quelle pronunce che esaminano la problematica della speciale tenuità con riferimento alla ricettazione di quell'altro strumento di pagamento che è costituito dalle carte di credito il cui "valore strumentale" si sovrappone al valore economico intrinseco, in considerazione della potenzialità del danno derivante dalla circolazione di detti documenti<sup>11</sup>.

Una terza soluzione<sup>12</sup> interpretativa è quella che considera il modulo di assegno in bianco cosa priva di rilevanza economica, non potendo formare oggetto di transazioni commerciali, con la conseguenza che l'attenuante di cui si

<sup>6</sup> Cass., Sez. II, 31 maggio 1991, Angelone, in *Mass. Uff.*, n. 188343;

<sup>7</sup> Cass., Sez. II, 14 gennaio 1985, Ranieri, in *Mass. Uff.*, n. 169881;

<sup>8</sup> Cass., Sez. II, 4 novembre 1988, Proietti, *Mass. Uff.*, n. 180595; Id., Sez. II, 19 maggio 1992, Moschera, *ivi*, n. 191330;

<sup>9</sup> Cass., Sez. II, 11 luglio 1991, Petrelli, in *Mass. Uff.*, n. 188048;

<sup>10</sup> Cass., Sez. II, 5 gennaio 1993, La Rocca, in *Mass. Uff.*, n. 192641;

<sup>11</sup> Cass., Sez. II, 26 aprile 1996, Di Mauro, in *Mass. Uff.*, n. 204759; Id., Sez. II, 5 aprile 1991, Fundarò, *ivi*, n. 186765, che espressamente considera "equiparabile" la carta di credito a un modulo in bianco di assegno bancario;

<sup>12</sup> Vd. Cass., Sez. II, 1 giugno 2006, Pomettini, in *Mass. Uff.*, n. 234681.

parla "non può trovare applicazione proprio perché difetta la patrimonialità della res", la cui acquisizione, pertanto, "non può integrare, *ex se*, un fatto o un danno di particolare tenuità".

Tale orientamento giurisprudenziale, peraltro, osserva che comunque «*anche la condivisione della tesi che ha come esclusivo riferimento il valore del modulo in bianco, porta a ritenere irragionevole (...) l'affermazione che l'acquisizione dell'oggetto non presenti una intrinseca (sia pur modesta) potenzialità aggressiva del patrimonio del derubato*», dovendosi tenere conto di tutte le operazioni tecniche necessarie a rendere il modulo difficilmente imitabile, del costo di tutte le operazioni indispensabili per la sua utilizzazione, del disagio e delle spese da affrontare per la denuncia e il rinnovo del documento, così come degli adempimenti (quali il "blocco" del conto corrente) che la vittima deve sovente porre in essere per impedire la indebita utilizzazione del conto mediante operazioni bancarie effettuate prima della denuncia. Si può constatare che tutte le soluzioni interpretative della norma in questione, conducono - spesso, peraltro, con argomentazioni apodittiche - a soluzioni radicali: o la generale applicabilità dell'attenuante in ogni caso di ricettazione di moduli di assegni in bianco, in considerazione dell'intrinseco tenue valore della cosa ricettata o la sua totale inapplicabilità, tenuto conto della insuscettibilità di valutazione economica della cosa stessa oppure della sua potenzialità criminosa.

A fronte di tali radicali soluzioni che, in applicazione di principi astratti, non consentono al giudice valutazioni discrezionali in merito alla graduazione della pena nelle fattispecie concrete, pur in presenza di un'ipotesi tipica di circostanza del reato, si è più recentemente ritenuto necessario procedere a una ricostruzione della normativa in materia che non si lasciasse suggestionare da indimostrate pregiudiziali interpretative e che verificasse piuttosto la percorribilità di un percorso argomentativo che consenta al giudice di esercitare i suoi poteri di accertamento della sussistenza nello specifico caso di specie dell'ipotesi di legge.

La base di partenza di tale percorso, cristallizzato nella sentenza delle Sezioni unite 26 settembre 2007, n. 35535, non può che essere il testo letterale del disposto dell'art. 62 c.p., n. 4.

Partendo da tale dato la prima osservazione da fare è che giurisprudenza citata, quando dibatte sul valore economico della cosa ricettata, trascura di considerare che il disposto della legge fa riferimento al "danno patrimoniale di speciale tenuità" cagionato alla persona offesa dal reato e non al semplice valore della cosa ricettata.

Quando il legislatore ha voluto fare riferimento al valore della cosa oggetto

del reato lo ha detto espressamente, come nel caso del furto punibile a querela dell'offeso se il fatto è commesso su "cose di tenue valore" (art. 626 c.p., n. 2); si può anche ricordare che la disposizione in esame trova riscontro in quella dell'art. 431 codice penale Zanardelli che, invece, faceva riferimento, per l'aumento o la diminuzione della pena, al "valore della cosa che ha formato oggetto del delitto" o al "danno recato", con ciò distinguendo chiaramente i due termini di riferimento.

Anzi, il richiamo alla "tenuità" del danno e non alla sua semplice "entità" rende ancora più evidente che il punto di riferimento per la valutazione in merito all'applicabilità dell'attenuante in questione non può essere il semplice valore oggettivo della cosa ricettata.

La circostanza attenuante comune di cui all'art. 62 c.p., n. 4 si contrappone alla circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 c.p., n. 7, l'aver "cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità"; la "tenuità", pertanto, si contrappone alla "gravità" e lo stesso riferimento normativo alla gravità piuttosto che all'entità del danno invita ad una valutazione il più possibile completa del danno.

In altri termini, il valore della cosa che costituisce l'oggetto materiale del reato non necessariamente esaurisce la gravità del danno che rileva ai fini in esame. Si è anche osservato che la tesi secondo la quale il modulo di assegno in bianco non è suscettibile di valutazione economica non potendo formare oggetto di transazioni commerciali, suscita perplessità sistematiche: infatti, la stessa sentenza che introduce tale principio si preoccupa di argomentare che esso «*non comporta, ovviamente, ricadute in tema di reato presupposto (in ipotesi, in tema di furto), atteso che in relazione a tale fattispecie è stato costantemente affermato che il bene oggetto della condotta criminosa non deve essere considerato unicamente nella sua consistenza materiale, ma anche con riferimento alla sua normale destinazione d'uso, equivalente al profitto illecito che ne trae colui che se ne è impossessato*<sup>13</sup>: in altri termini, la nozione di "patrimonio", ai suddetti fini, ricomprende necessariamente anche quelle cose che, pur prive di reale valore di scambio, rivestono comunque interesse per il soggetto che le possiede».

Non si considera, peraltro, che tale affermazione se può non comportare conseguenze in tema di furto, che richiede per la sua configurabilità soltanto il fine di profitto, può invece determinare conseguenze inaccettabili con riferimento a quei delitti contro il patrimonio (come l'estorsione, la truffa, la frode informatica e così via) che richiedono per il perfezionamento della fattispecie

---

<sup>13</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 25 settembre 1998, Di Gioia, in *Mass. Uff.*, n. 212397.

oltre al profitto anche l'altrui danno.

La giurisprudenza che tiene, invece, in preminente considerazione le potenzialità criminose del bene ricettato potrebbe ritenersi coerente con lo spirito dell'incriminazione di cui all'art. 648 c.p., soprattutto dopo le modifiche operate dalla L. 22 maggio 1975, n. 152, art. 15 e l'aggiunta effettuata dalla L. 9 agosto 1993, n. 328, art. 3, essendo opinione diffusa che la previsione del delitto di ricettazione non abbia una valenza di tipo quasi esclusivamente patrimoniale, ma svolga anche rilevanti funzioni di prevenzione generale rispetto a quei comportamenti che rendono produttivo il commettere reati e che consentono ai loro autori di negoziare il provento delle attività criminose.

Tale giurisprudenza non considera, però, che la potenzialità criminosa della cosa ricettata, per potere essere valutata ai fini della diminuzione o dell'aggravamento di pena, deve avere avuto concreta attuazione, poiché il danno potenziale è estraneo alla funzione dell'attenuante in questione che richiama una dimensione effettiva e concreta del danno, come si desume anche dall'art. 133 c.p., co. 1, n. 2, che attribuisce, invece, rilevanza non solo alla "gravità del danno cagionato alla persona offesa" ma anche al semplice "pericolo" di danno.

Pertanto, perché l'"interesse generale della banca emittente al cosiddetto valore formale del documento" possa acquistare rilevanza ai fini della valutazione dell'applicabilità dell'attenuante ex art. 62 c.p., n. 4, occorre individuare una concreta fattispecie risarcitoria di natura patrimoniale, la cui configurabilità è confermata dalla giurisprudenza<sup>11</sup> civilistica in materia. Pertanto, come chiaramente discende dalla stessa formulazione letterale della norma, agli effetti dell'attenuante in questione ciò che effettivamente rileva è il danno cagionato dal reato, che nel suo significato più proprio è quello giuridicamente considerabile, cioè, quello per cui è data l'azione di risarcimento, tenendo ben presente che il danno risarcibile che il reato può determinare può essere elemento costitutivo dell'incriminazione, ma potrebbe anche essere pregiudizio inerente all'aggressione del bene protetto o conseguenza diretta scaturente dall'offesa tipica.

Risulta allora evidente che la chiave di lettura dell'art. 62 c.p., n. 4 (ed anche dell'art. 61 c.p., n. 7) è offerta dall'art. 185 c.p. che, senza alcun riferimento al titolo e alla collocazione sistematica del reato e, quindi, all'interesse primario da esso previsto e tutelato, concerne l'obbligo del risarcimento in via civile del

---

<sup>11</sup> Cass. Civ., Sez. I, 30 maggio 1963, in *Mass. Uff.*, n. 262186; Id., Sez. III, 9 aprile 1982, *ivi*, n. 420075; Id., Sez. III, 14 ottobre 1992, *ivi*, n. 478912; Id., Sez. III, 18 febbraio 2000, *ivi*, n. 534078; Id., Sez. I, 7 giugno 2000, *ivi*, n. 537354; Id., Sez. III, 29 settembre 2004, *ivi*, n. 577422;

danno, di cui il reato stesso in concreto sia stato causa immediata.

L'espressione danno "cagionato" di cui all'art. 62 c.p., n. 4 trova perfetta corrispondenza nell'art. 185, che fa riferimento appunto al danno "cagionato" dal reato, esprimendo il concetto che tra l'azione (o l'omissione) e il danno deve esistere un rapporto di causa ad effetto: ciò che rileva, appunto, è che il danno sia conseguenza diretta del fatto illecito a prescindere dalla riferibilità al momento consumativo dello stesso.

Tale chiave di lettura è pacifica nella giurisprudenza, a prescindere dalla obiettività giuridica del reato, purché siano coinvolti interessi a carattere patrimoniale, con riguardo all'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 6 ("l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno"), ma non si ravvisa alcuna giustificazione giuridicamente fondata per ritenere che la stessa non valga anche con riguardo all'attenuante di cui si discute.

L'unica differenza tra le due attenuanti è data dalla loro rispettiva natura, l'una, quella di cui all'art. 62 c.p., n. 4, di natura oggettiva, che prescinde dalla condotta dell'agente, l'altra, quella di cui all'art. 62 c.p., n. 6, di natura soggettiva, che presuppone il ravvedimento attivo del colpevole.

Le differenti formule legislative sono, appunto, conseguenza della diversa natura, che importa soltanto nell'ipotesi di cui all'art. 62 c.p., n. 6 una valutazione integrale, oltre che analitica, del danno risarcibile senza distinzioni all'interno di esso. È, pertanto, una conseguenza logica, che risponde anche a una ortodossa regola di ermeneutica, ritenere la unitarietà del concetto di danno nell'ambito della stessa norma, sia ai fini del n. 4 sia a quelli del n. 6 dell'art. 62 c.p.

In verità la giurisprudenza ha rilevato che, diversamente da quanto previsto dall'art. 62 c.p., n. 6, l'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, richiede la produzione del danno in capo alla "persona offesa" dal reato, e ciò giustificerebbe nell'un caso il riferimento ad ogni nocumento patrimoniale derivante dal fatto lesivo, nell'altro caso alla diminuzione patrimoniale determinata dall'azione del colpevole nel momento della consumazione del reato<sup>15</sup>.

Tuttavia, mentre la circostanza attenuante del risarcimento del danno prima del giudizio (art. 62 c.p., n. 6) fa riferimento al danno patrimoniale che può derivare da qualsiasi reato, con riguardo alla circostanza in esame (e a quella di cui all'art. 61 c.p., n. 7), invece, il legislatore ha voluto delimitare l'ambito di applicazione, prendendo in considerazione, non soltanto i reati classificati dalla stessa legge come "contro il patrimonio" (Titolo 13 c.p.), ma anche quelli

---

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 1 febbraio 1992, Scala, in *Mass. Uff.*, n. 189183.

cd. ad offesa plurima, la cui categoria è stata elaborata dalla giurisprudenza<sup>16</sup> e da larga parte della dottrina.

Non è irrilevante che l'attenuante in questione sia applicabile non solo ai delitti contro il patrimonio ma anche a quelli che comunque offendono il patrimonio. Con tale formula si fa riferimento all'incriminazione di fatti in cui, pur essendo primaria e principale l'offesa ad interessi non patrimoniali, non manca, in via secondaria o accessoria, l'offesa al patrimonio. Si aggiunga che l'art. 61 c.p., n. 7 e art. 62 c.p., n. 4 prevedono l'applicabilità del danno grave - tenue anche nei confronti dei delitti, che, pur non essendo contro il patrimonio e pur non rientrando nella categoria dei delitti che comunque offendono il patrimonio, sono determinati da motivi di lucro.

Ciò significa che la circostanza deve essere applicata in ogni caso nel quale vi sia una persona offesa danneggiata dal reato, cioè il titolare di un interesse inerente alla tutela del bene leso o messo in pericolo dall'azione criminosa sul quale ricadono direttamente gli effetti economici dell'aggressione al bene tutelato.

Si può, pertanto, affermare che il riferimento al "danno" cagionato alla persona offesa, a prescindere dall'oggettività giuridica primaria del reato, rende evidente che il legislatore ha inteso riferirsi alla produzione di un danno risarcibile, con la limitazione del riferimento al danno "patrimoniale" che sia stato cagionato ad una "persona offesa" (a differenza dell'art. 62 c.p., n. 6, che dà rilievo alla gravità del danno, senza alcuna specificazione, e dell'art. 133 c.p., n. 2, che prende in considerazione la gravità del danno "cagionato alla persona offesa", ma senza la specificazione della patrimonialità del danno e senza delimitazione di categorie di reati).

Ciò non significa, però, come si è detto, che il danno considerato sia soltanto quello costituente elemento della fattispecie criminosa, proprio perché non tutti i reati contro il patrimonio e, ancor meno, quelli che offendono il patrimonio o che sono determinati da motivi di lucro prevedono all'interno della fattispecie tipica la produzione di un danno, così che appare incongruo riferirsi al momento consumativo del reato per la determinazione del danno.

Che si tratti, poi, di una circostanza del reato che opera oggettivamente, comporta che il giudice di merito dovrà in concreto accertare se il danno patrimoniale sia conseguenza diretta del fatto illecito e valutare la sua gravità in termini generali e globali, senza quelle specificazioni analitiche che sarebbero

---

<sup>16</sup> Cfr., Cass., Sez. un. 9 luglio 1960, Esti, in *Mass. Uff.*, n. 98411, che si è pronunciata con specifico riferimento alle circostanze, attenuante e aggravante, in esame.

richieste per la pronuncia di statuizioni civilistiche.

In conclusione, le Sezioni Unite del 2007 hanno statuito che la regola di diritto secondo cui la valutazione del danno patrimoniale cagionato alla persona offesa dal reato, ai fini della concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, nel caso di ricettazione non deve avere esclusivo riguardo al valore economico della cosa ricettata, ma deve fare riferimento a tutti i danni patrimoniali oggettivamente prodotti alla (o alle) persona(e) offesa(e) dal reato quale conseguenza diretta del fatto illecito e perciò a esso riconducibili, la cui tenuità - gravità deve essere apprezzata in termini oggettivi e nella globalità degli effetti.

### **3. L'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p. nel delitto di furto: analisi di un caso concreto.**

Con la sentenza n. 31391 del 2010 (6 agosto 2010), la quarta Sezione della Corte di cassazione ha avuto modo di ribadire che ai fini della configurazione dell'attenuante di cui al n. 4 dell'art. 61 c.p. (speciale tenuità del danno nei delitti contro il patrimonio) criterio da prediligere nella valutazione del danno deve essere quello cd. oggettivo, incentrato cioè sul valore della *res* di per sé considerato.

Il procedimento penale si era concluso in primo grado con la condanna dell'imputato per il delitto di cui all'art. 624 c.p. (furto in un supermercato di otto pezzi di parmigiano «*Reggiano*» del valore di circa 120,00 €); in appello, la Corte aveva riformulato la pronuncia del Giudice di prime cure, limitatamente alla qualificazione del fatto come delitto tentato, ritenendo che il reato non potesse considerarsi consumato giacché l'azione delittuosa, nel corso del suo *iter* di esecuzione, è caduta sotto la percezione visiva del personale addetto alla sorveglianza.

La Corte territoriale aveva comunque negato la configurazione dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, in ragione dell'oggettivo valore della merce oggetto del tentativo di furto.

La questione posta all'attenzione della Suprema Corte era, dunque, quella della possibilità o meno di rapportare l'entità del danno patrimoniale (e la concedibilità della suddetta attenuante) alle condizioni economiche della persona offesa, piuttosto che al valore in sé della cosa sottratta. Sul punto si è preliminarmente evidenziato che ai fini dell'applicabilità della circostanza attenuante *ex art.* 62 c.p., n. 4, non basta che il danno sia lieve, ma occorre che rivesta il carattere di speciale tenuità.

La configurabilità della predetta attenuante - aggiunge la Corte - non può, quindi, fondarsi in ragione delle condizioni economiche della persona offesa.

Infatti, come affermato a più riprese dalla giurisprudenza, la speciale tenuità del danno patrimoniale va valutata anzitutto in relazione al valore della cosa, e solo in via sussidiaria – quando il valore della cosa di per sé considerato non esclude né connota decisamente la speciale tenuità del danno – è corretto indagare le condizioni economiche del soggetto passivo. Nel caso di specie, il valore oggettivamente non tenuto della merce sottratta aveva reso superfluo ogni riferimento al criterio sussidiario delle condizioni economiche della persona offesa.

**4. L'attenuante del danno di particolare tenuità in relazione alla posizione della persona offesa: ipotesi di truffa e rapina.**

Altra questione controversa concerne la possibilità di considerare – ai fini della sussistenza dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, c.p. – il solo valore economico della cosa, oppure anche del complesso dei danni patrimoniali oggettivamente cagionati alla persona offesa dal reato come conseguenza diretta del fatto illecito e perciò a esso riconducibili, la cui consistenza va apprezzata in termini oggettivi e nella globalità degli effetti.

Con sentenza in data 22 novembre 2011, la Corte di appello di Palermo confermava la sentenza del Tribunale con la quale l'imputato era stato dichiarato colpevole di truffa aggravata attuata mediante la conversione di una polizza intestata a persona defunta in altra polizza intestata all'imputato; il mancato riconoscimento dell'attenuante veniva censurato dalla difesa sotto il profilo dell'omessa e/o insufficiente motivazione, perché il danno da considerare è solo quello patrimoniale cagionato alla persona offesa, danno insussistente per gli eredi del defunto e di modestissima entità per la compagnia assicurazione.

La questione è stata risolta da Cass., Sez. un., n. 35535 del 12 luglio 2007.

Nell'occasione i giudici di legittimità precisano che la "tenuità" si contrappone alla circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 c.p., n. 7 (l'aver "cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità") e lo stesso riferimento normativo alla gravità piuttosto che all'entità del danno invita a una valutazione il più possibile completa del danno.

In altri termini, il valore della cosa che costituisce l'oggetto materiale del reato non necessariamente esaurisce la gravità del danno che rileva ai fini in esame, dovendosi anche esaminare la condotta dell'imputato nella sua globalità, nonché il complesso dei danni patrimoniali oggettivamente cagionati alla persona offesa dal reato come conseguenza diretta del fatto illecito e perciò ad esso riconducibili, la cui consistenza va apprezzata in termini oggettivi e nella glo-

balità degli effetti.

Tale impostazione è provata dal fatto che quando il legislatore ha voluto fare riferimento al valore della cosa oggetto del reato lo ha detto espressamente, come nel caso del furto punibile a querela dell'offeso se il fatto è commesso su "cose di tenue valore" (art. 626 c.p., n. 2).

La possibilità di riferire l'attenuante in esame ai profili concernenti la posizione dell'offeso è affrontata anche in tema di rapina dalla II Sez., della Cassazione nella sentenza 25 luglio 2012, n. 30447, precisando che ha precisato che il disposto della legge fa riferimento al danno patrimoniale di speciale tenuità, cagionato alla persona offesa dal reato, che non si identifica con il solo valore della refurtiva in caso di rapina.

La tenuità, in sostanza, si contrappone alla gravità e lo stesso riferimento normativo alla gravità piuttosto che all'entità del danno invita a una vantazione il più possibile completa del danno; in altri termini, il valore della cosa che costituisce l'oggetto materiale del reato non necessariamente esaurisce la gravità del danno che rileva ai fini in esame dovendosi anche, in ipotesi, esaminare la condotta dell'imputato e in specie la violenza alla persona che connota il contestato delitto di rapina.

Tuttavia va rammentato che (anche se in tema di delitto di ricettazione), ai fini della sussistenza della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità<sup>1</sup>, non rileva solo il valore economico della cosa, ma anche il complesso dei danni patrimoniali oggettivamente cagionati alla persona offesa dal reato come conseguenza diretta del fatto illecito e perciò' ad esso riconducibili, la cui consistenza va apprezzata in termini oggettivi e nella globalità degli effetti.

Il principio di diritto è stato espresso con ancora maggiore chiarezza nella sentenza n. 28852 dell'8 luglio 2013 ove si è sottolineato che il reato di rapina ha carattere plurioffensivo, sicché oltre al valore del bene sottratto andava considerata la lesione del bene giuridico dell'integrità fisica e morale della persona aggredita che, nella specie, non poteva ritenersi lieve, atteso l'uso di un'arma che, per la sua conformazione, al pari del travisamento, era idonea a suscitare timore nella vittima.

Nel caso di specie, dato il grave turbamento prodotto nella vittima dalla condotta, si è proceduto in conformità al principio per il quale - ai fini della configurabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità con riferimento al delitto di rapina - non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione della persona contro la quale è stata esercitata la violenza o la minaccia, attesa la natura plurioffensiva del delitto. Invero, sebbene il delitto di

rapina si trovi inserito nel titolo ottavo del libro secondo codice penale, concernente i reati contro il patrimonio, in quanto lede essenzialmente l'interesse al possesso dei beni mobili, atteso che tale interesse viene leso attraverso la violazione della libertà fisica (cioè, mediante violenza) e/o interiore (cioè, mediante minaccia) della persona, esso si connota come un tipico reato plurioffensivo, avendo il legislatore di mira anche la tutela della libertà ed integrità individuale aggredite dalla condotta tipizzata dalla norma incriminatrice.

Il danno, quindi, non si esaurisce nella lesione della sfera patrimoniale, ma comprende anche gli aspetti lesivi degli anzidetti beni individuali.

È indubbio che, avuto riguardo ai beni protetti, l'interesse patrimoniale non assorbe, né può assorbire, quello attinente all'intangibilità della libertà e integrità della persona, la quale non sempre coincide con il soggetto leso patrimonialmente; onde ben può derivare dalla consumazione della rapina una lesione plurima estesa alla sfera di più soggetti rispettivamente portatori dell'interesse patrimoniale e di quello alla libertà e/o integrità fisica e morale aggredite strumentalmente per la realizzazione del primo interesse, che costituisce lo scopo o movente sostanziale della condotta criminosa.

Se, dunque, alla stregua dei rilievi che precedono la rapina non può ritenersi reato contro il patrimonio in senso stretto, è evidente come, ai fini dell'applicazione della attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, per la configurazione del danno penalmente rilevante non deve aversi riguardo alla prima parte della norma, la quale considera attenuante il danno patrimoniale di speciale tenuità cagionato alla persona offesa, bensì alla ricorrenza dell'ipotesi alternativa, delineata nella seconda parte dell'art. 62 c.p., n. 4, alla cui stregua nei delitti determinati da motivi di lucro (quale è certo il reato consumato dalla condotta del rapinatore integrante, come detto, la lesione di una pluralità di beni tutelati della norma incriminatrice) la realizzazione del profitto economico si considera di speciale tenuità solo se anche l'evento dannoso o pericoloso connesso alla lesione patrimoniale possa ritenersi di speciale tenuità<sup>17</sup>.

E nella rapina, pertanto, non è sufficiente a integrare l'attenuante di cui trattasi il fatto che il bene materiale sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione del bene personale, contro il quale l'agente ha indirizzato l'attività violenta e - o minacciosa al fine di impossessarsi della cosa mobile altrui.

Solo se la valutazione complessiva del pregiudizio sia di speciale tenuità, può farsi luogo, in definitiva, alla applicazione della attenuante.

---

<sup>17</sup>Cfr., Cass., Sez. II, 06 marzo 2001, Contene, in *Mass. Uff.*, n. 21872;

L'inciso che nella seconda parte della norma presuppone per la concessione dell'attenuante anche la speciale tenuità dell' "evento dannoso o pericoloso" postula chiaramente un apprezzamento globale della sfera subiettiva lesa dalla condotta criminosa, includendovi senz'altro il pregiudizio morale, in quanto la lesione non è più circoscritta al solo danno patrimoniale e comprende, ai sensi dell'art. 178 c.p., e art. 2059 c.c., qualsiasi danno derivante dal fatto - reato, compreso, appunto, quello di natura non strettamente patrimoniale.

Ne deriva che il danno globale deve reputarsi tanto più elevato, malgrado la modesta entità economica della cosa sottratta dal rapinatore, quanto più intensa è la sofferenza morale e - o fisica da lui provocata al soggetto passivo con la sua azione violenta o minacciosa; di tal che in simile fattispecie rettamente il giudice di merito esclude la configurazione del danno di speciale tenuità, presupposto per l'applicazione della attenuante in esame.

#### **5. L'applicabilità dell'attenuante in esame nell'ipotesi di delitto tentato: una questione controversa risolta dalle Sezioni Unite.**

Con ordinanza della Sez. II, n. 44144 del 19 ottobre 2012 è stata devoluta alle Sezioni unite della Cassazione la questione concernente l'applicabilità, nei reati contro il patrimonio, della circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità nelle ipotesi di delitto tentato; la problematica risulta controversa nella giurisprudenza di legittimità perché all'indirizzo richiamato nella sentenza impugnata, che sostiene la tesi negativa, si contrappone l'orientamento indicato dal ricorrente, che giunge invece alla soluzione positiva.

Secondo quest'ultimo orientamento *«la norma dell'art. 56 c.p. 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»*.

Di conseguenza, l'attenuante di cui all'art. 62, n. 4 c.p. è applicabile anche ai delitti tentati contro il patrimonio e, a tal fine, *«il giudice deve avere riguardo alle concrete modalità dell'azione rimasta incompiuta o improduttiva di evento e a tutte le circostanze del fatto desumibili dalle risultanze processuali ed accertare che il reato, ove fosse stato consumato, avrebbe cagionato in modo diretto ed immediato un danno di speciale tenuità»*.

Come anticipato, la questione della compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. con il delitto tentato è stata oggetto di ripetute pronunce della Corte di legittimità ed è stata esaminata, sia pure incidentalmente, dalla Corte costituzionale, dando luogo a diversi interventi dottrinali, specie in epoca an-

tecedente all'approvazione della legge 7 febbraio 1990, n. 19.

Per un completo e maggiormente preciso approfondimento della stessa, però, risulta necessario estendere il discorso al tema più generale dell'ammissibilità del delitto circostanziato tentato, ossia della configurabilità del tentativo avente a oggetto un delitto circostanziato, con conseguente applicazione, ai fini del trattamento sanzionatorio, anche delle circostanze attinenti, di per sé, al delitto consumato.

### 5.1 Gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità.

Nel primo periodo seguito all'entrata in vigore del codice penale, un consistente orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in seno alla Sez. II della Suprema Corte, escludeva l'applicabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità ai delitti tentati contro il patrimonio<sup>18</sup>; a fondamento di tale soluzione si adduceva che l'attenuante postula un danno patrimoniale effettivo e non semplicemente potenziale<sup>19</sup>.

Non mancava però un diverso insegnamento, facente capo alla Sezione I della Corte di Cassazione, che propendeva per la soluzione favorevole, esplicitandola tuttavia al di fuori della categoria dei reati contro il patrimonio<sup>20</sup>.

Tale impostazione, alla luce di quanto risulta dalla massima pubblicata in repertorio cartaceo, argomentava - con enunciazione di carattere generalizzante - 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».

A partire dalla fine degli anni '40, risulta affermarsi decisamente l'indirizzo favorevole alla compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. con i delitti tentati, anche in materia di reati contro il patrimonio<sup>21</sup>.

Queste decisioni, tutte relative a vicende di furto tentato, ritengono configurabile l'attenuante a condizione che sia esattamente individuabile l'oggetto su cui cade l'azione delittuosa e, quindi, che sia certo che il reato consumato avrebbe cagionato un danno di speciale tenuità.

L'opposto orientamento non veniva però del tutto abbandonato: Sez. II, 19

---

<sup>18</sup> Cfr., Cass., Sez. II, 11 aprile 1938, Aglieri, in *Mass. Uff., inedita*; Id., Sez. II, 21 luglio 1938, Pellegrini, cit.; Id., Sez. II, 14 dicembre 1938, Abruzzese, cit., specificamente in materia di tentato furto.

<sup>19</sup> Così, Cass., Sez. II, 14 dicembre 1938, Abruzzese, cit., e, ancor più specificamente, Id., Sez. II, 10 febbraio 1939, Barbanti, cit.; Id., Sez. II, 1 marzo 1939, Ronchi, cit.; Id., Sez. II, 19 giugno 1939, Schiavini, cit.;

<sup>20</sup> Vd, infatti, Id., Sez. I, 15 febbraio 1939, Fabbri, *inedita*, in tema di tentata concussione;

<sup>21</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 5 marzo 1948, Manzi, *inedita*; Id., Sez. II, 14 luglio 1955, Badolin, *inedita*; Id., Sez. II, 27 febbraio 1957, Pozzi, *inedita*; Id., Sez. II, 11 dicembre 1957, Nardo, *inedita*.

gennaio 1957, Giordani, affermava infatti che «*l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p. non può trovare applicazione nel caso di tentativo, essendo basata su elementi che possono presentarsi soltanto come conseguenza della consumazione perfetta del reato*».

La prevalenza della soluzione che ritiene applicabile l'attenuante del danno di speciale tenuità ai delitti tentati è rimasta molto netta anche in seguito: nel corso degli anni '60 e '70, a fronte di numerosissime decisioni nel senso della compatibilità<sup>22</sup>, risulta rinvenibile una sola sentenza di contrario avviso<sup>23</sup>.

Le pronunce favorevoli alla compatibilità<sup>24</sup>, generalmente, richiedono che “risulti rigorosamente provato” o “accertato” o che “le modalità del fatto siano tali da fornire la certezza” che, se l'evento si fosse realizzato, alla persona offesa sarebbe derivato un danno di speciale tenuità; questa indicazione, inoltre, è fatta propria anche da una decisione che non assume definitiva posizione sulla compatibilità<sup>25</sup>.

È interessante segnalare gli argomenti svolti da Sez. II, sentenza n. 313 del 12 febbraio 1968, cit., che risulta essere l'unica tra le pronunce di questo periodo ad aver approfondito il tema della *ratio* dell'applicazione dell'attenuante ai delitti tentati. La sentenza, in particolare, dopo aver richiamato sinteticamente gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in proposito, rappresenta: «*se, invero, non è dato di dubitare che la lettera della norma contenuta nell'art. 62, n. 4, c.p. richieda la completa verifica del danno patrimoniale e che nell'ipotesi del reato tentato non esista un concreto danno patrimoniale, neppure può negarsi l'ammissibilità nel caso in esame dell'analogia, trattandosi di un'attenuante (ovviamente l'applicazione analogica non sarebbe possibile per la aggravante dell'art. 61, n. 7, c.p.)*».

L'unica pronuncia di segno contrario rinvenuta si limita invece a rappresentare: «*Riguardo all'applicazione dell'attenuante del danno essa è incompatibile*

<sup>22</sup> Il repertorio del *Mass. Uff.*, segnala numerosissime decisioni. Limitandosi alle ultime, Cass., Sez. II, 24 novembre 1976, De Cristofaro, in *Mass. Uff.*, n. 136848; Id., Sez. II, 31 maggio 1978, Predoti, *ivi*, n. 140244; Id., Sez. II, 3 aprile 1979, Cricchio, *ivi*, n. 143165; Id., Sez. II, 10 luglio 1979, Tescaroli, *ivi*, n. 144219.

<sup>23</sup> Si tratta di Cass., Sez. II, 14 febbraio 1976, Turrisi, in *Mass. Uff.*, n. 132351.

<sup>24</sup> È stato possibile acquisire i testi integrali delle motivazioni di Cass., Sez. II, 12 febbraio 1968, Indelicato, in *Mass. Uff.*, n. 107662; Id., Sez. II, 17 gennaio 1977, Gatto, *ivi*, n. 136015; Id., Sez. II, 31 maggio 1978, Predoti, *ivi*, n. 140244; Id., Sez. II, 3 aprile 1979, Cricchio, *ivi*, n. 143165.

<sup>25</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. II, 02 febbraio 1972, Angeli, in *Mass. Uff.*, n. 121838, la cui massima recita: La possibilità (non unanimemente ammessa) che al delitto tentato siano applicabili, correlativamente all'iter parziale dell'azione criminosa, circostanze che non si siano compiutamente realizzate nella loro fattispecie costitutiva, trova limite e condizione, comunque, nella certezza che l'iter consumativo del reato avrebbe realizzato gli elementi integrativi della circostanza (applicazione di specie alla attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p.).

*con il delitto tentato, presupponendo la consumazione del reato e l'esistenza del danno conseguente alla sottrazione» e cita a sostegno Cass. Sez. II, 14 dicembre 1974, Vighini.*

Negli anni '80, addirittura, non risulta alcuna pronuncia che nega, in linea di principio, la compatibilità della diminvente con il tentativo; la quasi totalità dei provvedimenti rinvenuti, anzi, si esprime in termini decisamente affermativi<sup>26</sup>.

Le diverse decisioni richiedono, pressoché tutte in termini espliciti, e similmente a quelle citate per i periodi precedenti, «*la prova rigorosa ed univoca che, se l'azione si fosse realizzata, il danno che ne sarebbe derivato sarebbe stato sicuramente di speciale tenuità*», ovvero che «*le modalità del fatto siano tali da fornire la certezza che, ove l'evento si fosse realizzato, ne sarebbe derivato un danno patrimoniale particolarmente tenue*». Nel medesimo senso, inoltre, si pronuncia anche l'unica decisione massimata che non assume una decisa posizione sull'applicabilità della diminvente in discorso al delitto tentato, limitandosi ad escludere la sua configurabilità in ordine al tentativo di rapina<sup>27</sup>.

Va evidenziato, ancora, che, alla luce dell'esame dei testi disponibili<sup>28</sup>, nessuna delle pronunce indicate risulta aver approfondito il problema della astratta compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.

A partire dal 1990, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è invece diventato meno monolitico.

Invero, a fonte di un insegnamento ampiamente maggioritario - sotto il profilo quantitativo - favorevole alla compatibilità<sup>29</sup>, si registrano talune decisioni

---

<sup>26</sup> *Ex multis*, si segnalano, limitandosi alle pronunce più recenti, Cass., Sez. II, 25 ottobre 1984, Barbagallo, in *Mass. Uff.*, n. 167797 e Id., Sez. IV, 19 ottobre 1988, Cari, *ivi*, n. 180074, entrambe in tema di tentato furto; Cass., Sez. II, 21 novembre 1988, Rubino, in *Mass. Uff.*, n. 180823 relativa ad una fattispecie di tentata rapina;

Il repertorio del Mass. Uff., segnala molte decisioni: si segnalano, fra le tante, Cass., Sez. II, 22 febbraio 1980, Barbagallo, in *Mass. Uff.*, n. 146527; Id., Sez. II, 14 luglio 1980, Cari, *ivi*, n. 147303; Id., Sez. II, 28 novembre 1980, Rubino, *ivi*, n. 149056; Id., Sez. II, 13 giugno 1985, Macalli, *ivi*, n. 171004; Id., Sez. IV, 14 dicembre 1988, Manfredola, *ivi*, n. 180259; Id., Sez. II, 4 dicembre 1989, Deangelis, *ivi*, n. 183915, relativa ad una fattispecie di tentata truffa.

<sup>27</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. I, 24 febbraio 1986, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 172522, la cui massima recita: «*La circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, di cui all'art. 62, n. 4 c.p., non è concedibile in astratto per il delitto di tentata rapina, poiché - anche a voler optare per la tesi della compatibilità della predetta attenuante col delitto tentato - le modalità del fatto criminoso non sono tali da fornire la certezza che il danno (che si sarebbe verificato) sarebbe stato di speciale tenuità e cioè lievissimo*».

<sup>28</sup> Fra le numerose decisioni si segnalano Cass., Sez. V, 30 settembre 2008, Chiarvesio, in *Mass. Uff.*, n. 241688, cit.; Id., Sez. II, 22 maggio 2009, De Luca, *ivi*, n. 245258; Id., Sez. V, 04 giugno 2010, Borgia, *ivi*, n. 248500; Id., Sez. V, 19 ottobre 2011, Termine, *ivi*, n. 251711.

<sup>29</sup> V., infatti, Cass., Sez. IV, 09 luglio 1990, Venuti, in *Mass. Uff.*, n. 185566; Id., Sez. V, 06 ottobre

che accolgono la soluzione contraria, tutte in tema di furto tentato<sup>30</sup>: nelle pronunce che negano la compatibilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. con il delitto tentato<sup>31</sup> si legge la considerazione che la diminuzione in esame «*presuppone la consumazione del reato e l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione della cosa, che, ai fini penali, deve essere valutato con riferimento alla cosa che l'agente intendeva sottrarre*».

Altrove, invece, si è motivato nel senso che<sup>32</sup> «*l'attenuante invocata, fermo restando che il danno da considerare è solo quello patrimoniale diretto ed immediato subito dalla persona offesa, ricorre solamente quando il danno sia di minima rilevanza, non essendo sufficiente che esso sia minimo (ipotesi non ricorrente nella specie), ma non trova applicazione nell'ipotesi del reato tentato, nel quale il danno patrimoniale non costituisce elemento costitutivo dell'ipotesi delittuosa*».

Le decisioni favorevoli alla configurabilità dell'attenuante in relazione al tentativo si preoccupano soprattutto di sottolineare che il giudice, a tal fine, deve avere riguardo alle concrete modalità del fatto e all'oggetto materiale preso di mira per accertare l'entità del nocimento patrimoniale che il reato, ove fosse stato consumato, avrebbe cagionato alla persona offesa<sup>33</sup>.

L'unica pronuncia che approfondisce il tema del fondamento della compatibilità della diminuzione di cui all'art. 62 n. 4 c.p. con il delitto tentato è Cass., Sez. II, 22 maggio 2009, inserire imputato, in *Mass. Uff.*, n. 245255.

La sentenza, in primo luogo, affronta i problemi in tema di principio di legalità e di compatibilità logico-giuridica. In proposito, essa evidenzia: «*questa Suprema Corte ha più volte affermato il principio - condiviso dal Collegio - che la norma dell'art. 56 c.p. 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*

2005, De Nardo, *ivi*, n. 233885; Id., Sez. V, 27 gennaio 2010, Celeste, *ivi*, n. 246566.

<sup>30</sup> Cass., Sez. IV, 09 luglio 1990, Venuti, in *Mass. Uff.*, n. 185566.

<sup>31</sup> Cass., Sez. V, 06 ottobre 2005, De Nardo, in *Mass. Uff.*, n. 233885; le medesime affermazioni, relativamente al principio come alla "ratio", sono poi puntualmente riproposte e richiamate da Cass., Sez. V, 27 gennaio 2010, Celeste, in *Mass. Uff.*, n. 246566, relativa al tentato furto di una serranda.

<sup>32</sup> Così: Cass., Sez. V, 12 luglio 2004, Gurreri, *ivi*, n. 229886; Id., Sez. V, 30 settembre 2008, Chiarvesio, *ivi*, n. 241688, la quale usa l'espressione: «*occorre avere riguardo al danno ipotetico che il reato, se consumato, avrebbe causato*»; Cass., Sez. V, 04 giugno 2010, Borgia, in *Mass. Uff.*, n. 248500; Id., Sez. V, 19 ottobre 2011, Termine, *ivi*, n. 251711.

<sup>33</sup> La decisione cita a conforto di questa soluzione: Cass., Sez. IV, 17 gennaio 1989, Lamusta, in *Mass. Uff.*, n. 180846; Id., Sez. V, 24 gennaio 2006, Cartillone, *ivi*, n. 234424.

<sup>34</sup> Viene specificamente richiamata a tal proposito Cass., sez. VI, sentenza n. 10355 del 16/02/1992, in *Mass. Uff.*, n. 192098, cit.

*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 criminioso 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».*<sup>34</sup>

Nell'immediato prosieguo del discorso argomentativo, la decisione rappresenta che nessuna incidenza ostativa a questa conclusione deriva dalla riforma introdotta dall'art. 2 della legge n. 19 del 1990: «*Né inficia quanto sopra l'aggiunta apportata all'art. 62 n. 4 del c.p. dalla L. 19 del 1990 che ha solo esteso l'ambito applicativo della suddetta norma anche ai delitti determinati da motivi di lucro*».

Il provvedimento, quindi, conclude - in linea con la giurisprudenza precedente - che, ai fini dell'applicabilità della diminuzione, il giudice deve avere riguardo alle concrete modalità del fatto ed accertare che il reato, ove fosse stato consumato, avrebbe cagionato in modo diretto ed immediato un danno di speciale tenuità<sup>35</sup>, e comunque "al danno ipotetico che il reato avrebbe cagionato qualora fosse stato consumato".<sup>36</sup>

## **5.2 Gli orientamenti sul tema dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato.**

Gli argomenti svolti da Cass., Sez. II, 22 maggio 2009, inserire imputato, in *Mass. Uff.*, n. 245258, inducono a esaminare, in linea generale, l'atteggiamento della giurisprudenza sul problema dell'ammissibilità del delitto circostanziato tentato.

La Suprema Corte, in linea di principio, risulta orientata a ritenere che la figura del delitto circostanziato tentato non si pone in contrasto con il principio di legalità e che il problema deve essere affrontato e risolto alla luce di una valutazione di semplice compatibilità logico-giuridica in relazione a ciascuna delle diverse circostanze.

In questo senso si esprimeva già Sez. I, sentenza n. 2596, 21 aprile 1972, n. 120865 e 120866; questa decisione, infatti, ha evidenziato che «*il tentativo, nonostante la sua autonoma configurazione, non può essere dissociato dalla fattispecie delittuosa alla quale si riferisce (...). Né vi sono ragioni per ritenere*

---

<sup>34</sup> La decisione cita a conforto di questa soluzione: Cass., Sez. IV, 17 gennaio 1989, Lamusta, in *Mass. Uff.*, n. 180846; Id., Sez. V, 24 gennaio 2006, Cartellone, *ivi*, n. 234424.

<sup>35</sup> Viene specificamente richiamata a tal proposito Cass., Sez. VI, 16 febbraio 1992, Vestita, in *Mass. Uff.*, n. 192098.

<sup>36</sup> Si cita sul punto Cass., Sez. V, 30 settembre 2008, Chiarvesio, in *Mass. Uff.*, n. 241688.

*che la norma di cui all'art. 56 abbia esclusivo riferimento alla figura tipica del reato e non anche a quella del reato circostanziato, per cui il problema dell'estensione al tentativo delle circostanze previste per il corrispondente reato consumato è un problema di semplice compatibilità logico-giuridica, che non tocca il principio di legalità sancito dall'art. 1 c.p.». Ha poi aggiunto che «sono compatibili, e quindi estensibili al tentativo, tutte le circostanze (aggravanti o attenuanti), con esclusione di quelle concernenti un'attività che nemmeno parzialmente sia stata posta in esecuzione e di quelle che presuppongono l'avvenuta consumazione del reato».*

In applicazione di questi enunciati di principio, infine, ha ravvisato la compatibilità con il delitto tentato delle circostanze di cui all'art. 576, n. 1 e 3, e 61, n. 10, c.p.

In particolare, mentre la sentenza n. 2355 del 1977 si è limitata a rilevare che «ormai è pacificamente ammessa la giuridica configurabilità del tentativo di delitto aggravato»<sup>37</sup>, le altre due pronunce hanno affermato che il tentativo di reato circostanziato deve ritenersi configurabile ogni qualvolta siano stati posti in essere atti esecutivi diretti in modo non equivoco alla realizzazione della circostanza medesima, senza, quindi che assuma rilievo se gli elementi costitutivi di questa si siano verificati; l'unica condizione evidenziata è stata quella relativa alla necessità che si possa avere la certezza che l'iter consumativo del reato avrebbe realizzato gli elementi integrativi delle circostanze<sup>38</sup>.

Importanti precisazioni in tema di valutazione della compatibilità logico-giuridica sono state offerte, recentemente, da Sez. V, sentenza n. 16313 del 2006, in *Mass. Uff.*, n. 234424.

Questa decisione ha affermato: «*Orbene, pacifico ormai che la questione si ponga indifferentemente per la configurabilità delle circostanze comuni e per quelle speciali, è - con ogni probabilità - vano lo sforzo teorico di dare una*

---

<sup>37</sup> Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto configurabile il tentativo di furto aggravato a norma dei nn. 1, 2 e 5 dell'art. 625 c.p. (casa di abitazione, numero delle persone, violenza sulle cose) senza però precisare se fosse o meno necessario il verificarsi, in tutto o in parte, degli elementi costitutivi delle circostanze. Sembra utile aggiungere, comunque, che, a quanto risulta riportato in sentenza, non era stata ancora posta in essere alcuna violenza sulle cose.

<sup>38</sup> Questa condizione è esplicita nella sentenza n. 5717 del 1988, la quale ha evidenziato che, nel caso di tentate lesioni, la certezza della verificarsi degli elementi costitutivi della circostanza non sussiste con riferimento all'aggravante di cui all'art. 583, co. 2, n. 4, c.p., in quanto il giudice, in mancanza del dato di valutazione costituito dalle caratteristiche delle lesioni, non può supporre che queste avrebbero potuto assumere le dimensioni dello sfregio. La sentenza n. 1154 del 1986, richiamando la requisitoria scritta del P.G., invece, osserva che «il tentativo di reato circostanziato deve ritenersi configurabile ogni qualvolta siano stati posti in essere atti esecutivi diretti in modo non equivoco alla realizzazione della circostanza» e ciò «sia per il caso di circostanza oggettiva, sia per il caso di circostanza che attiene alla sfera psichica».

*risposta generalizzata al quesito, cogliendo, certamente, nel segno la giurisprudenza che ha segnalato come l'estensione al tentativo delle circostanze previste per il corrispondente reato consumato comporti un problema di mera compatibilità logico-giuridica, che non tocca, però, il principio della legalità». Senonché, tale compatibilità va verificata non già in astratto, secondo una prospettiva generalizzata ed inglobante (ad esempio, su linee argomentative che, in assoluto, neghino rilevanza a circostanze solo tentate), ma in concreto, sul versante della prova.*

Insomma, la soluzione, in linea meramente astratta, non può essere univoca, dipendendo piuttosto dalla tipologia della particolare aggravante in questione. Ed invero, in determinati casi, a seconda della configurazione positiva, è ontologicamente 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, mentre in altri casi non è necessario che ciò si verifichi".

La pronuncia, poi, ha concluso che la configurabilità del tentativo di violazione di domicilio aggravata da violenza sulle cose (art. 614, co. 4, c.p.) postula che si sia già verificato il danneggiamento della cosa, in quanto implica «*la necessità dell'effetto lesivo, strettamente connesso alla violenza sulle cose, come elemento intrinsecamente - e strutturalmente - connesso alla stessa ipotesi delittuosa*».

Molto netta è poi Sez. IV, sentenza n. 2631 del 23 novembre 2006, Aquino, in *Mass. Uff.*, n. 235937, che ha ritenuto configurabile, in materia di delitti concernenti gli stupefacenti, l'aggravante di cui all'art. 80 del 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<sup>39</sup>. La pronuncia, innanzi tutto, osserva che trattasi di «*questione risolta in modo sostanzialmente univoco dalla giurisprudenza di questa Corte nel senso non vi sono ostacoli a considerare la possibilità di configurare una fattispecie tentata, in cui figuri una circostanza parimenti tentata e quindi non ancora compiutamente realizzatasi*» e che «non vi sono ragioni per dissentire da tale indirizzo».

Svolge, poi, argomenti riferiti al principio di legalità ed al principio di eguaglianza. Con riguardo al primo profilo, evidenzia che «*la disciplina del reato tentato si riferisce a tutti gli aspetti della tipicità, ivi compresi quelli inerenti*

---

<sup>39</sup> Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva ritenuto integrata l'aggravante in questione con riferimento al tentativo di importazione illecita di sostanza stupefacente sulla base del sequestro in banca della somma di Lire trecento milioni, giudicando tale somma sicuramente destinata all'acquisto di droga.

*alle circostanze. Dagli artt. 56 e 59 c.p. non si trae alcun argomento, diretto od indiretto, da cui possa inferirsi che la disciplina del tentativo sia inerente al solo reato base». Con riguardo al secondo aspetto, aggiunge, prendendo come significativo termine di riferimento proprio il tentativo di furto: «D'altra parte 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 d'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. Tale considerazione vale a rendere manifestamente infondata la questione di legittimità proposta dalla difesa proprio con riferimento all'art. 3 Cost. L'inesistenza di aspetti di irrazionalità ed ingiustizia sostanziale nella disciplina legale discende altresì dalla considerazione che l'entità della pena determinata dall'esistenza della circostanza varia a seconda che essa sia riferita ad una fattispecie consumata o tentata: l'aumento di pena, infatti, è in rapporto proporzionale all'entità della pena base. Ciò conferisce equità e razionalità alla disciplina sanzionatoria».*

Queste affermazioni di principio, inoltre, risultano più volte ribadite proprio al fine di ammettere la compatibilità dell'aggravante del danno di rilevante gravità (art. 61, n. 7 c.p.) con il delitto tentato in materia di reati contro il patrimonio.

Cass., Sez. IV, sentenza n. 4098 del 17 gennaio 1989, Lamusta, in *Mass. Uff.*, n. 180846, cit., relativa ad una vicenda di tentato furto, ha osservato: «*Quanto poi al tentativo di delitto circostanziato non va revocato in dubbio che la norma dell'art. 56 c.p. 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 della 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 criminioso riferibile ad 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».*

Cass., Sez. I, sentenza n. 33408 del 13/08/2009, Hudorovich, in *Mass. Uff.*, n. 244353, con riguardo ad un tentativo di truffa, ha evidenziato che «*la disciplina del reato tentato coinvolge tutti gli aspetti della tipicità, compresi quelli inerenti alle circostanze, non traendosi dagli artt. 56 e 59 c.p. alcun argomen-*

*to diretto o indiretto da cui possa inferirsi che la disciplina del tentativo sia inerente al solo reato base». Nella pronuncia, inoltre, si richiama il consolidato orientamento della Suprema Corte favorevole alla configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 7, c.p. in relazione al delitto tentato alla sola condizione che le modalità del fatto forniscano concrete e univoche indicazioni sull'entità del pregiudizio che si sarebbe determinato nel caso in cui l'illecito fosse stato portato a compimento.*

Per completare il discorso, può essere utile segnalare l'orientamento seguito in giurisprudenza in tema di applicazione della attenuante della "minore gravità" del fatto nel tentativo di violenza sessuale.

Invero, sia Cass., Sez. III, 23 maggio 2006, Viggiano, in *Mass. Uff.*, n. 234780, sia Cass., 9 novembre 2011, in *Mass. Uff.*, C., n. 251216 hanno ritenuto che la diminvente in questione - prevista dalla legge in relazione al delitto consumato - è applicabile anche al delitto tentato ed hanno evidenziato che a tal fine non si deve tenere conto dell'azione effettivamente compiuta, ma di quella che il prevenuto aveva intenzione di realizzare e che non è stata compiuta per cause indipendenti dalla sua volontà.

Queste pronunce, in altri termini, da un lato, hanno ritenuto giuridicamente possibile la combinazione dell'art. 56 c.p. con la fattispecie circostanziata e, dall'altro, hanno accordato rilevanza, ai fini della applicazione concreta della circostanza, ad un dato ipotetico, ossia a ciò che si sarebbe verificato se vi fosse stata la consumazione.

### **5.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 1993.**

Indicazioni significative, ai fini dell'esame della questione relativa all'applicabilità al delitto tentato dell'attenuante del danno di speciale tenuità nei reati contro il patrimonio, sembrano desumibili anche dalla sentenza della Corte Costituzionale 8-16 febbraio 1993, n. 54.

La decisione ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 380, co. 2, lett. e) del codice di procedura penale [nel testo originario], nella parte in cui prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per il delitto di furto aggravato ai sensi dell'art. 625, co. 1, numero 2, prima ipotesi [violenza sulle cose], nel caso in cui ricorra la circostanza attenuante prevista dall'art. 62, numero 4 dello stesso codice*».

La stessa, però, come risulta dal testo complessivo del provvedimento, si riferisce anche all'ipotesi del tentato furto aggravato a norma dell'art. 625, co. 1, numero 2, prima ipotesi, qualora ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., in quanto - appunto - ritenuta compatibile con il tentativo.

Non solo, infatti, le ordinanze di remissione erano state sollevate con riferimento a vicende di tentato furto di capi di abbigliamento dai banchi di vendita di un grande magazzino con violenza sulle cose realizzata nelle forme della rottura delle placche antitaccheggio mediante un tagliaunghie.

Ma soprattutto, nel corpo della motivazione, si segnala specificamente: in primo luogo, che la congruità della valutazione circa la necessità di prevedere l'arresto obbligatorio in flagranza con le speciali esigenze di tutela della collettività «*va qui esaminata non con riferimento alla totalità delle ipotesi sussumibili nell'ambito della fattispecie di furto (consumato o tentato) aggravato dalla violenza sulle cose, bensì solo in relazione al caso in cui esso sia tale da comportare un danno di speciale tenuità*»; in secondo luogo, che «la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.» è «applicabile, secondo il diritto vivente, anche al furto tentato»; in terzo luogo, 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 7 febbraio 1990, n. 19*». Va poi aggiunto che, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale in questione, tutti i successivi interventi del legislatore di riformulazione del testo dell'art. 380 c.p.p. hanno avuto cura di escludere dal catalogo dei delitti «*consumati o tentati*» per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza il furto aggravato a norma dell'articolo 625, co. 1, numero 2), prima ipotesi, del codice penale, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4), del codice penale.

#### **5.4 Gli orientamenti della dottrina.**

Il tema dell'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto tentato è stato approfondito in dottrina sia sotto il profilo di carattere generale dell'ammissibilità del tentativo di delitto circostanziato, sia da una prospettiva incentrata sulla specifica diminuzione.

Le soluzioni raggiunte, poi, risultano fondate su una pluralità di argomenti, sia di carattere generale che di carattere particolare, che presentano una loro autonomia, e che risultano diversamente combinati dagli Autori, tanto da rendere disorganica un'indicazione delle diverse opinioni fondata semplicemente in relazione alla conclusione favorevole o contraria alla compatibilità della circostanza del danno di speciale tenuità con il tentativo.

Sembra perciò utile procedere ad una esposizione che dia conto delle riflessioni compiute nella letteratura giuridica per tipologia di argomenti.

In questa prospettiva, si darà conto dapprima delle tesi contrarie all'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto tentato come conseguenza dell'esclusione, in linea generale, della configurabilità del

delitto circostanziato tentato; poi, delle soluzioni contrarie a tale applicabilità per ragioni di asserita incompatibilità logico-strutturale intrinseche alla diminuente in questione. Quindi, saranno esposte le indicazioni favorevoli alla soluzione della compatibilità in considerazione della ritenuta ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato e dell'asserita insussistenza di incompatibilità logico-strutturali. Da ultimo, saranno rappresentati gli argomenti esposti dai sostenitori della tesi dell'applicabilità dell'attenuante indipendentemente da ragioni di teoria generale, ma ricorrendo al procedimento analogico *in bonam partem*.

È opportuno premettere, per chiarezza espositiva, che la dottrina concorda nel distinguere il delitto circostanziato tentato (o tentativo di delitto circostanziato) dal delitto tentato circostanziato (o tentativo circostanziato di delitto).

Precisamente, gli Autori ormai convergono nel definire il delitto tentato circostanziato come il tentativo nella cui fase esecutiva risultino integrate circostanze attenuanti o aggravanti anche se il delitto avuto di mira non giunge a consumazione e il delitto circostanziato tentato come il tentativo di un delitto che, se fosse giunto a consumazione, sarebbe apparso qualificato da una o più circostanze; il dato caratteristico, in altri termini, è, nella prima situazione, che gli elementi costitutivi delle circostanze si sono effettivamente realizzati, e, nella seconda, invece, che detti elementi sono rimasti anch'essi a livello solo tentato<sup>40</sup>.

Ciò posto, va pure sinteticamente rilevato che l'opinione assolutamente prevalente degli studiosi ritiene giuridicamente configurabile l'istituto del delitto tentato circostanziato<sup>41</sup>.

L'unico dubbio prospettato riguarda la possibilità di prendere in considerazione a tal fine anche le circostanze speciali: si è infatti osservato che queste - a differenza di quelle comuni (tipizzate dagli artt. 61 e 61 c.p. e riferibili in generale a tutte le tipologie di reato) - sono previste solo in relazione a specifiche figure (o gruppi di figure) criminose consumate e che, pertanto, la loro estensione al tentativo, il quale dà luogo ad un'autonoma figura di reato, im-

<sup>40</sup> Per queste precisazioni terminologiche (e dogmatiche), delineate con chiarezza già da BOSCARRELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola positiva*, 1962, 662 ss. ed ormai consolidate, cfr., da ultimo, URBANI, *Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 193.

<sup>41</sup> Si citano, esemplificativamente: LAGO, sub *Art. 56*, in *Comm. C.p.*, Dolcini, Marinucci, I, Torino, 2011, p. 949; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, VII, Padova, 2011, p. 455-457; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, VI, Bologna, 2010, p. 479; ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, I, Milano, 2004, p. 600; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XVI, a cura di Conti, Milano, 2003, p. 514; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 204-206; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 104.

plicherrebbe una violazione del principio di riserva di legge, valido anche in tema di circostanze<sup>42</sup>.

È però ormai ampiamente diffusa la soluzione favorevole all'ammissibilità del delitto tentato circostanziato anche in questo caso, sul rilievo che le circostanze, in quanto assumono effetti di rilevanza edittale, "non possono non presupporre una nuova, diversa fattispecie incriminatrice", e che, quindi, «è difficile escludere che anche questa, non meno della fattispecie base di riferimento, sia suscettibile di tentativo, in quanto si tratta pur sempre di un'ipotesi delittuosa, ancorché specializzata dall'elemento circostanziale»<sup>43</sup>.

Numerosi, invece, sono gli Autori che escludono l'ammissibilità della categoria del delitto circostanziato tentato, e molti sono gli argomenti addotti<sup>44</sup>.

Un primo rilievo attiene al principio della riserva di legge.

Secondo un'opinione, "il tentativo punibile, configurato dall'art. 56 c.p., riguarda espressamente i soli delitti", in quanto «trattasi di norma eccezionale, perché deroga al principio generale, secondo cui nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato (art. 1 c.p.)», e, «di conseguenza, la disposizione sul delitto tentato non è applicabile per analogia (art. 14 disp. prel.) alle circostanze»<sup>45</sup>.

In questa prospettiva, si è specificamente evidenziato che le circostanze atengono al solo momento sanzionatorio e si riferiscono, quindi, ad elementi che

<sup>42</sup> Cfr., per questa opinione, GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1978, 778 s.; DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 579-585; MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, p. 154 ss.; BOSCARRELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, cit., p. 673 ss.

<sup>43</sup> Così PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 205. Ammettono la configurabilità del delitto tentato circostanziato con riferimento alle circostanze speciali, esplicitamente o implicitamente (per gli esempi addotti o i richiami normativi effettuati), anche: PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2011, p. 491; LAGO, sub *Art. 56*, cit., p. 949; MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 455 s.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 479; ROMANO, *Commentario*, cit. p. 600; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 514; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 104 s. V., con specifico riguardo alla compatibilità dell'aggravante prevista dall'art. 7 della legge 31 maggio 1965, n. 575, con il tentativo, KAPUN, *Le circostanze del reato sono riferibili alla fattispecie del tentativo*, in *Il corriere del merito*, 2007, p. 1321 s.s.

<sup>44</sup> Per un'esposizione di sintesi delle diverse posizioni espresse in dottrina ed in giurisprudenza in tema di delitto circostanziato tentato, v., in particolare, NOTARO, *Tentativo*, in *Le Forme di Manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, p. 125-127; DEL CORSO, sub *Art. 56*, in *Codice Penale*, a cura di Padovani, Milano, 2011, p. 508 s.; LAGO, sub *Art. 56*, cit., p. 949-951; ERONIA, sub *Art. 56*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, vol. II, Milano, 2010, p. 981-988. Non risulta aver preso specifica posizione in materia l'amplessima monografia di SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 508 ss., dedicata essenzialmente alla ricostruzione degli elementi costitutivi necessari per l'integrazione del tentativo, anche in un prospettiva storica e di diritto comparato.

<sup>45</sup> Così MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 104. In termini analoghi anche GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 774 e MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 150-153.

restano estranei alla fattispecie incriminatrice, sì che non sarebbe possibile ammettere la “fattispecie circostanziata” come figura giuridica di fattispecie astratta<sup>46</sup>.

A sostegno della tesi della inammissibilità del delitto circostanziato tentato si è anche osservato che “nel sistema vigente non si dà spazio ad una circostanza “tentata”<sup>47</sup>.

Si è a questo proposito evidenziato, ancor più esplicitamente, che, se non può ritenersi configurabile «*quale circostanza di un delitto consumato una circostanza rimasta in fase di tentativo, non si vede per quale motivo si debba sostenere che un delitto tentato possa essere qualificato da una circostanza tentata, posto che l'art. 56 si riferisce ai soli fatti-delitti*»<sup>48</sup>.

L'argomento che sembra trovare i più ampi consensi nella letteratura giuridica muove dall'art. 59 c.p.

È da molti sottolineato, infatti, che il sistema vigente, attraverso la disposizione appena indicata, ha prefigurato un sistema di imputazione delle circostanze fondato sul presupposto dell'effettiva esistenza delle stesse, e che, quindi, le medesime in tanto sono applicabili, in quanto si sono effettivamente ed integralmente realizzate<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> È questa la tesi di DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, cit., p. 575-576 e p. 587. L'Autore esclude che gli elementi circostanziali possano essere considerati elementi costitutivi di un'autonoma fattispecie, sia perché l'opinione contraria implicherebbe l'attribuzione al giudice del potere di annullare gli stessi attraverso il giudizio di equivalenza o di prevalenza tra le circostanze eterogenee, così ingerendosi in una sfera riservata dalla costituzione al legislatore, sia perché, dando luogo ad “un numero quasi infinito di altre fattispecie circostanziate” per il gran numero di circostanze e di combinazioni possibili con le fattispecie base, svuoterebbe di significato il concetto dogmatico di fattispecie.

<sup>47</sup> Esattamente in termini ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 601. V., per analoghe considerazioni, anche: PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, cit., p. 492; PADOVANI, *Diritto Penale*, X, Milano, 2012, p. 284, secondo il quale l'art. 56, co. 1, c.p. “si riferisce al delitto e non anche alla circostanza”, nonché CADOPPI, VENEZIANI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale e Parte speciale*, III, Padova, 2007, p. 411, laddove, per escludere la rilevanza della circostanza non integralmente realizzata, ovvero neppure in parte realizzata, si rappresenta pure che “la legge contempla un delitto (cui possono accedere circostanze), ma nulla dice in ordine a circostanze soltanto tentate”.

<sup>48</sup> La citazione è tratta da ALBAMONTE, *L'estensibilità delle circostanze al delitto tentato*, in *Giust. pen.*, 1973, 241.

<sup>49</sup> Per questo argomento cfr.: URBANI, *Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 193; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2008, p. 479, per i quali «se è vero che l'art. 56 c.p. può astrattamente combinarsi con tutte le fattispecie di delitto, sia semplice sia circostanziato, è d'altra parte innegabile che l'art. 59 c.p. nel disciplinare l'imputazione oggettiva della circostanza, ne presuppone in ogni caso l'esistenza»; ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 601; G. MONTANARA, voce *Tentativo*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 128; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 205, secondo cui, in particolare, «poiché non v'è nulla, nell'art. 56 c.p., che autorizzi a supporre una deroga anche solo implicita, al canone sancito dall'art. 59, co. 1, c.p., la conclusione obbligatoria è una sola: che il tentativo non può riguardare l'elemento circostanziale» (l'argomento è sinteticamente ripreso dal medesimo Autore in *Diritto Penale*, cit., p. 284); FINI, *Delitto tentato e circostanze*

In quest'ordine di idee, un Autore ha puntualizzato che «*l'art. 59, co. 1 e 2, prendendo in considerazione soltanto le circostanze effettivamente presenti, non consente di accordare rilevanza non solo al putativo (uguale a ciò che l'agente vi riteneva vi fosse), ma neppure all'ipotetico (uguale a ciò che vi sarebbe stato se si fosse avuta la consumazione)*»<sup>50</sup>.

Né, per la maggior parte degli studiosi, questo argomento è stato posto in crisi dalla modifica dell'art. 59 c.p. ad opera della legge n. 19 del 1990, che, attraverso l'introduzione del nuovo secondo comma, ha previsto il criterio di applicazione soggettiva delle circostanze aggravanti, in quanto, si osserva, altro è il coefficiente di colpevolezza per l'imputazione delle circostanze aggravanti ed altro è accordare rilevanza al putativo o all'ipotetico<sup>51</sup>.

Si è anzi evidenziato che il voler fondare l'ammissibilità del delitto circostanziato tentato sul 'nuovo' secondo comma dell'art. 59 c.p. sarebbe incompatibile con le linee di politica criminale perseguite dalla riforma, tendenti a restringere l'area di incidenza delle aggravanti<sup>52</sup>.

In passato, prima della riforma dell'art. 59 c.p. ad opera della legge n. 19 del 1990, la giuridica inammissibilità del delitto circostanziato tentato è stata sostenuta anche in ragione del diverso coefficiente di colpevolezza richiesto per l'imputazione del tentativo rispetto a quello necessario per la ascrivibilità delle circostanze<sup>53</sup>.

Si era rilevato, precisamente, che, mentre l'art. 56 c.p. puntualizza l'istituto del tentativo in relazione all'oggetto dell'intenzione criminosa nel senso che gli elementi del fatto voluto debbono essere «*tutti tali da riflettersi*

con particolare riferimento a quelle di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p., in *Cass. pen.*, 1988, p.552 s.; DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, cit., p. 588; MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 150, nota 29. In questo ordine di idee sembrano muoversi, anche senza citare espressamente l'art., 59 c.p.: PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2011, p. 492, secondo cui "perché possa esistere la fattispecie circostanziata deve appunto essere realizzato l'elemento che costituisce la circostanza stessa"; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 479, i quali rilevano che "è lo stesso rispetto del principio di legalità ad imporre che le circostanze vengano applicate soltanto in presenza di presupposti esplicitamente previsti dalla legge"; CADOPPI, VENEZIANI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 411, secondo i quali "in conformità al tendenziale principio di rilevanza obiettiva delle circostanze, non si può riconoscere giuridica efficacia a circostanze meramente ipotetiche".

<sup>50</sup> Così ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 601.

<sup>51</sup> Affermano espressamente l'irrilevanza di questa modifica legislativa MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993, p. 111 s.; MONTANARA, voce *Tentativo (dir. vig.)*, cit., p. 129; ALBAMONTE, *Delitto tentato e circostanze, con particolare riferimento alle circostanze che attribuiscono rilievo al danno patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1992, 530. Per l'opinione contraria, v. *infra*.

<sup>52</sup> Per questo rilievo, v. ALBAMONTE, *Delitto tentato e circostanze, con particolare riferimento alle circostanze che attribuiscono rilievo al danno patrimoniale*, cit., p. 530.

<sup>53</sup> L'argomento è svolto da MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 152-154 e da GALLISAI PILO, *Anco- ra in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 777.

*sull'elemento psicologico richiesto per quella determinata figura criminosa», così da porre un limite alla responsabilità dell'agente, le circostanze - nel testo originario dell'art. 59 c.p. - erano di norma imputabili oggettivamente, con ciò consentendo «la possibilità (...) di attribuire all'agente un fatto, ricostruito secondo un procedimento di tipo ipotetico, ma senza il limite - per taluni suoi elementi - costituito dalla necessità che questi abbiano avuto riscontro nella psiche dell'agente medesimo»<sup>54</sup>.*

Occorre aggiungere che, proprio muovendo dai nuovi criteri di imputazione delle circostanze, stabiliti dalla legge n. 19 del 1990, è stata anche prospettata una tesi che ritiene configurabile il delitto circostanziato tentato solo con riferimento alle circostanze aggravanti, ma non anche con riferimento alle circostanze attenuanti. Di questo indirizzo, per ragioni di maggiore omogeneità di esposizione, si darà conto *infra* ai punti 8.III.1.b. e 8.III.2.b.

Le ricadute della tesi dell'inammissibilità del delitto circostanziato tentato in tema di configurabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. rispetto al tentativo sono, per molti Autori, immediate: secondo gli stessi, infatti, l'accoglimento della soluzione indicata determina come necessaria conseguenza l'incompatibilità della circostanza del danno di speciale tenuità con il delitto tentato<sup>55</sup>.

Tuttavia, anche tra i fautori della tesi dell'inammissibilità del delitto circostanziato tentato vi sono voci che ammettono comunque la compatibilità della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. con il delitto tentato, in particolare facendo ricorso all'analogia in *bonam partem* o ritenendo che detta inammissibilità non operi in relazione alle circostanze attenuanti, ovvero ancora affermando che la precisata diminvente attenga alla condotta.

Inoltre, uno degli Autori che ha significativamente e recentemente rielaborato gli argomenti esposti a sostegno della tesi dell'inammissibilità del delitto circostanziato tentato ha ritenuto opportuno precisare che questa opzione ermeneutica è valida *de iure condito*, ma ben potrebbe essere superata da un intervento del legislatore: «una soluzione diversa è legislativamente possibile (e anzi forse auspicabile in collegamento con una riforma in tema di circostanze, soprattutto di quelle autonome o indipendenti e dei loro rapporti con le cir-

<sup>54</sup> Così MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 153.

<sup>55</sup> V., in particolare, tra gli Autori che indicano l'attenuante del danno di speciale tenuità come esempio di circostanza incompatibile con il tentativo quale conseguenza dell'esclusione dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato: FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 479; FIORE, FIORE, *Diritto Penale*, cit., p. 479; CADOPPI, VENEZIANI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 411; ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 602; MONTANARA, voce *Tentativo (dir. vig.)*, cit., p. 128; FINI, *Delitto tentato e circostanze con particolare riferimento a quelle di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, cit., p. 1553; GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 774.

*costanze a variazione frazionaria: cfr. pre-art. 59/25 ss.), ma non pare accoglibile attualmente»<sup>56</sup>.*

In aggiunta, o autonomamente rispetto all'argomento desumibile dall'inammissibilità del delitto circostanziato tentato, a fondamento della tesi che esclude l'applicabilità della circostanza del danno di speciale tenuità al tentativo, viene prospettata in dottrina una ragione specificamente collegata alla natura ed alla struttura della diminvente, che darebbe luogo ad una situazione di incompatibilità logico-strutturale.

Al fine di una più chiara esposizione, è opportuno premettere alcuni riferimenti sulla ricostruzione generalmente proposta circa il significato del precetto fissato dall'art. 62, n. 4, c.p.<sup>57</sup>

L'opinione tradizionale ritiene che la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, esattamente come quella aggravante del danno di rilevante gravità, ha riferimento al "detrimento patrimoniale direttamente cagionato dal reato, con nesso immediato di causa ed effetto, al soggetto passivo", con esclusione di ogni rilevanza del danno non patrimoniale<sup>58</sup>.

Nella medesima prospettiva, anzi, un Autore, tenendo a specifico riferimento il sistema vigente prima della legge n. 19 del 1990, aveva ulteriormente precisato che il danno preso in considerazione dal legislatore nelle disposizioni di cui agli artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p. non poteva essere quello cd. 'criminale', in particolare perché la legge prevedeva l'applicabilità della circostanza aggravante ai delitti che, pur non essendo contro il patrimonio, e pur non rientrando nella categoria dei delitti che comunque offendono il patrimonio, sono determinati da motivi di lucro, e quindi «*anche in casi in cui l'offesa caratteristica del delitto realizzato ha certamente un contenuto non patrimoniale*»<sup>59</sup>.

Lo studioso aveva anche aggiunto che le previsioni sulla rilevanza circostanziale del danno non avevano riguardo né alla capacità a delinquere del soggetto, atteso il criterio di imputazione oggettiva delle circostanze all'epoca vigente, né al maggiore o minore allarme sociale, a suo avviso riconducibile essen-

<sup>56</sup> Così ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 602.

<sup>57</sup> Per un'esposizione di sintesi delle diverse opinioni formulate in dottrina ed in giurisprudenza sulla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p., v., in particolare, VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Le Forme di Manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, p. 52-54; VENAFRO, sub *Art. 62*, in *Codice Penale*, a cura di Padovani, Milano, 2011, p. 578-583; VERGINE, GATTA, sub *Art. 62*, in *Comm. C.p.*, Dolcini, Marinucci, I, Torino, 2011, p. 1136-1142; M. Caputo, sub *Art. 62*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, vol. II, Milano, 2010, p. 118-127;

<sup>58</sup> È questa l'opinione di MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, V, aggiornato da Nuvolone, Pisa, Torino, 1981, p. 208 s. e p. 283;

<sup>59</sup> V., in questi termini, ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 968 s.;

zionalmente alle modalità del fatto (alla luce di queste si determina la sensazione dell'inutilità delle difese pubbliche o private di fronte alla delinquenza), né al rischio di contagio sociale, essendo l'incentivazione al delitto ricollegabile al profitto prevedibile per il reo e non al danno per la vittima<sup>60</sup>.

L'orientamento che riferisce il danno di cui all'art. 62, n. 4 c.p. alla sola componente patrimoniale risulta recentemente ribadito dalla dottrina, che registra criticamente una pronuncia di diverso avviso della giurisprudenza<sup>61</sup>.

Proprio perché il danno rilevante è solo quello direttamente prodotto dal reato, l'entità dello stesso, secondo un orientamento proposto in passato e ribadito di recente, deve essere determinata in relazione al momento consumativo dell'illecito penale, con esclusione di ciò che avviene successivamente<sup>62</sup>.

In coerenza con le osservazioni precedentemente indicate, e richiamando i rilievi contenuti nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, nonché la lettera della legge, che parla di danno "cagionato", l'opinione tradizionale afferma che questo deve essere effettivo e non semplicemente potenziale, con conseguente esclusione dell'applicabilità delle relative circostanze ai delitti di pericolo in relazione ai quali la verifica del danno può avvenire solo dopo la consumazione del reato<sup>63</sup>.

Le considerazioni appena esposte devono però confrontarsi con le novità introdotte dalla legge n. 19 del 1990 in relazione alla circostanza attenuante di

<sup>60</sup> V., ancora, ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, cit., p. 969;

<sup>61</sup> Cfr., in particolare, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, IV., Milano, 2012, p. 522-524, i quali manifestano espressamente di non condividere quanto affermato da Cass., Sez. II, 13 maggio 2010, Gebbia, in *Mass. Uff.*, n. 247122, che ha escluso l'applicabilità della diminuzione del danno di speciale tenuità ad una fattispecie di rapina in ragione delle modalità della condotta e dell'aggressione posta in essere ai beni dell'incolumità individuale e della libertà personale; può essere utile considerare, però, che questa decisione si affianca ad un più ampio orientamento, sul quale v. *infra* in questo punto 8.II.2., che perviene ai medesimi risultati sul rilievo che al delitto di rapina, come a quello di estorsione, trattandosi di reati plurioffensivi, l'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c. p. si applica solo ove sussistano le condizioni previste per i reati determinati da motivi di lucro.;

<sup>62</sup> Così V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, cit., p. 211 s. e p. 283 s. L'opinione, ripresa recentemente da FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 447, è tuttavia criticata da V. ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, cit., p. 968 s., il quale giunge all'opposta conclusione muovendo anch'egli dal rilievo che la circostanza ha riguardo alle conseguenze che il reato produce nel patrimonio della vittima. Per la precisazione che la speciale tenuità del danno non si identifica con "il valore della cosa, ma deve fare riferimento a tutti i danni patrimoniali oggettivamente prodotti alla (o alle) persona(e) offesa(e) dal reato quale conseguenza diretta del fatto illecito" cfr. Cass., Sez. un., 12 luglio 2007, Ruggiero, in *Mass. Uff.*, n. 236914;

<sup>63</sup> Cfr., ancora, V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, cit., p. 208 s. (in particolare, nota 54) e p. 283. Nello stesso senso, in ragione delle considerazioni che lo inducono a ritenere rilevante ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61, n. 7. e 62, n. 4, c.p. il solo danno patrimoniale, con esclusione di quello "criminale", V. ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno*, cit., p. 971;

cui all'art. 62, n. 4, c.p.

La dottrina più recente tende a sottolineare che, per i delitti determinati da motivi di lucro, il legislatore ormai richiede, oltre alla speciale tenuità del danno, anche la speciale tenuità dell'evento dannoso o pericoloso, e quindi, «*evidentemente allude al danno criminale o offesa tipica del reato, quale lesione o messa in pericolo del bene protetto; in altri termini, occorre che l'offesa arrecata dal fatto determinato da motivi di lucro appaia, per qualità o grado, priva di serio disvalore penale (l'attenuante in parola non sarà mai applicabile ai delitti più gravi, come ad esempio l'omicidio, quantunque in concreto determinati da motivi di lucro)*»<sup>64</sup>.

Nella giurisprudenza di legittimità, poi, sembra essersi consolidato un orientamento che tende ad ampliare l'area di riferimento di questa 'nuova' seconda parte dell'art. 62, n. 4, c.p., con conseguente restringimento della prima, con l'applicazione alle fattispecie di rapina ed estorsione, siccome reati plurioffensivi, della disciplina dettata per i delitti determinati da motivi di lucro, che prevede l'operatività dell'attenuante solo se anche il complessivo evento dannoso o pericoloso possa ritenersi di speciale tenuità<sup>65</sup>.

Muovendo dalla premessa per cui il danno rilevante ai fini delle circostanze di cui agli artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p. è solo quello effettivo, la dottrina tradizionale afferma che la diminuzione appena indicata non può trovare applicazione relativamente al tentativo; la stessa anzi aggiunge che nel delitto tentato "la mancanza di danno è già valutata nella pena normale" prevista dall'art. 56 c.p., e che, ad opinare diversamente, si arriverebbe al seguente paradosso: «*l'attenuante dell'art. 62, n. 4, non sarebbe applicabile nel caso più lieve (pericolo senza danno) e lo sarebbe nel caso più grave (pericolo seguito da danno di speciale tenuità)*»<sup>66</sup>. Ciò a differenza di quanto secondo il medesimo Autore deve ritenersi con riguardo alla corrispondente aggravante, in ordine alla quale si osserva che è possibile cagionare effettivamente un danno patrimoniale di rilevante gravità alla vittima nella fase esecutiva del tentativo<sup>67</sup>.

L'opinione che ritiene incompatibile sotto il profilo logico-strutturale la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità con il tentativo, perché postula un danno "cagionato" e non potenziale, risulta avere ampio seguito nella let-

<sup>64</sup> Così FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 447. In termini analoghi si esprimono anche MARI-NUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 523 s.;

<sup>65</sup> Per questo orientamento: Cass., Sez. II, 06 marzo 2001, Contene, in *Mass. Uff.*, n. 218795; Id., Sez. II, 22 novembre 2006, Massimi, *ivi*, n. 235386; Id., Sez. II, 04 marzo 2008, Umina, *ivi*, n. 239749; Id., Sez. II, 20 gennaio 2010, Uccello, *ivi*, n. 247363;

<sup>66</sup> Per questa impostazione, cfr. V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, cit., p. 209 e p. 283;

<sup>67</sup> Così ancora V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, cit., p. 209 e p. 283. L'opinione del Manzini risulta ripresa da DASSANO, *In tema di circostanze e tentativo*, in *Giurisp. it.*, 1977, 558;

teratura giuridica<sup>68</sup>.

Alcuni studiosi, anzi, hanno aggiunto, a sostegno di questa soluzione, anche altri argomenti.

In particolare, si è osservato che, siccome nel tentativo vi è assenza di danno, le circostanze di cui agli artt. 61, n. 7, e 62, n. 4, c.p. potrebbero applicarsi solo in via analogica ed al fine di apprezzare adeguatamente la pericolosità sociale dell'agente; però, posto che la "ratio" di queste circostanze deve ritenersi non attinente alla pericolosità sociale dell'agente, mancherebbe l'uniformità di presupposti giustificativi sulla cui base è ammesso il ricorso al procedimento analogico<sup>69</sup>.

Si è anche evidenziato che la circostanza di cui all'art. 62, n. 4, c.p. consiste in un disvalore dell'evento del reato consumato, mentre il tentativo costituisce "una linea sussidiaria di difesa avanzata", e che alla sua struttura è intrinseca la mancanza di danno dell'interesse protetto<sup>70</sup>.

Altri ancora ha richiamato la differenza tra il testo dell'art. 62, n. 4, cod. pen. (come dell'art. 61, n. 7, c.p.), e quello dell'art. 61, n. 8, c.p., il quale attribuisce espressamente rilievo alla condotta di "aver aggravato o tentato di aggravare": questa disposizione induce a far «*fondatamente presumere che quando il legislatore ha ritenuto opportuno di dover estendere le circostanze al tentativo lo ha detto espressamente*»; analoga estensione, però, non è stata prevista con riferimento alle circostanze relative al danno patrimoniale, poiché queste sono incentrate sul danno effettivo, tanto che il testo del progetto preliminare nella parte in cui faceva riferimento al pericolo di danno è stato modificato nel senso oggi vigente (che richiama solo il "danno" e non più anche il pericolo di danno)<sup>71</sup>.

Una parte significativa della dottrina si esprime in termini favorevoli alla configurabilità del delitto circostanziato tentato.

In primo luogo, i sostenitori di questa tesi evidenziano che la figura in esame non viola il principio di legalità, perché la parola "delitto", contenuta nell'art.

<sup>68</sup> Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 523; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 479 s.; GALLO, *Appunti di Diritto Penale*, III, Torino, 2003, con la collaborazione di AMISANO, p. 109 s.; ALBAMONTE, *Delitto tentato e circostanze, con particolare riferimento alle circostanze che attribuiscono rilievo al danno patrimoniale*, cit., p. 530; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 205; GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 774; DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, cit., p. 593-596; ALBAMONTE, *L'estensibilità delle circostanze al delitto tentato*, in *Giust. pen.*, cit., 241 s.; V. ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno*, cit., p. 972 s.

<sup>69</sup> V. ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno*, cit., p. 973.

<sup>70</sup> Così DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, cit., p. 594 s.

<sup>71</sup> L'opinione riportata è di GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 774 ss.

56 c.p., deve intendersi nel senso tanto di delitto semplice, quanto di delitto circostanziato<sup>72</sup>.

In particolare, si rappresenta che il delitto semplice ed il delitto circostanziato danno luogo a “distinte ed autonome fattispecie incriminatrici, individuanti distinti ed autonomi titoli di reato, su entrambi i quali si esplica la funzione estensiva dell’art. 56”, e che il riferimento operato dal codice, nel capo I del titolo III, al reato “consumato o tentato” e, successivamente, al capo II del medesimo titolo, alle “circostanze del reato”, implica una “verosimile identità di significato del termine reato (comprensivo cioè del reato consumato o tentato)”<sup>73</sup>.

Può aggiungersi, del resto, da un lato, che anche Autori contrari alla configurabilità del delitto circostanziato tentato ammettono la teorica possibilità della combinazione tra l’art. 56 c.p. e le singole ipotesi di delitto circostanziato<sup>74</sup>; dall’altro, che la ‘legittimità’ in astratto della combinazione tra la disposizione sul tentativo e le fattispecie di delitto circostanziato è il fondamento necessario anche dell’ammissibilità della figura del delitto tentato circostanziato in riferimento alle circostanze speciali, oggi generalmente condivisa<sup>75</sup>.

A sostegno della configurabilità del delitto circostanziato tentato si aggiunge, poi, che non risulterebbero preclusioni poste dal legislatore.

Si esclude, in particolare, che un ostacolo possa derivare dall’art. 59 c.p.

A tal proposito, si osserva, innanzitutto, che, nella figura in esame, «*si tratta, ovviamente, non di applicare una circostanza, ma di tenere giuridicamente conto del fatto che nel delitto circostanziato tentato gli atti del tentativo si sono rivolti alla realizzazione del delitto, non semplice, ma circostanziato e, pertanto, che una cosa è la rilevanza obiettiva (ora a titolo quanto meno di colpa, secondo la novella del 1990) delle circostanze, ed altra cosa è il tener conto*

<sup>72</sup> Per questa opinione v.: MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 456; PAGLIARO, *Il Reato*, in *Trattato di Diritto Penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2007, p. 313; BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003, p. 95; CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1373 s. ;

<sup>73</sup> Così CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1373 s.;

<sup>74</sup> Ci si riferisce, in particolare, a C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2008, p. 479 (v. le inequivocabili espressioni citate *supra* al punto 8.I.3.c., nota 24 e a PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, cit., p. 492. La possibile combinazione, sotto il profilo giuridico, tra l’art. 56 cod. pen. e la fattispecie circostanziata, ferma la necessità di una verifica fattuale di compatibilità tra la struttura del tentativo e la singola circostanza che viene in rilievo, è ammessa anche da GALLO, *Appunti di Diritto Penale*, vol. III, cit., p. 109. Per ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, cit., p. 601 è “vera la premessa dell’identificabilità di una fattispecie circostanziata differenziata dalla fattispecie semplice” anche se “non è accettabile la conseguenza” dell’ammissibilità del delitto circostanziato tentato;

<sup>75</sup> V., in proposito, le opinioni riportate *supra* al punto 8.I.2;

del suddetto fatto. L'art. 56 si limita, infatti, ad escludere la rilevanza di circostanze meramente supposte, ma non preclude che si possa tenere giuridicamente conto del fatto che gli atti del tentativo si sono rivolti alla realizzazione del delitto circostanziato<sup>76</sup>. Si rileva, inoltre, che, “dopo la riforma dell'art. 59 c.p. e l'introduzione di un coefficiente soggettivo anche per le circostanze”, l'argomento dell'imputazione obiettiva «*potrebbe apparire meno consistente*”, e che “*quale che sia la disciplina delle circostanze è alla specifica regolamentazione del delitto tentato che occorre soprattutto fare riferimento*”<sup>77</sup>.

In coerenza con questa ricostruzione, che tende ad attrarre la disciplina del delitto circostanziato tentato nel modello generale delineato dall'art. 56 c.p., si rappresenta, poi, che le eventuali aggravanti (non perfezionate) rilevano solo se siano «*oggetto di volontà, o quantomeno di rappresentazione, al pari degli elementi non realizzati nella fattispecie tentata*»<sup>78</sup>.

Va però evidenziato che altra opinione, pur ritenendo giuridicamente ammissibile la figura in esame, ritiene comunque necessario che occorre comunque una verifica parziale degli elementi costitutivi della circostanza<sup>79</sup>.

Si puntualizza, in proposito, che «*valutazione obiettiva non è sinonimo di verifica integrale: l'art. 59 c.p. intende precludere il rilievo di circostanze meramente ipotizzate (come esistenti ovvero inesistenti) dall'agente, affermando che vanno prese in considerazione solo quelle effettivamente poste in essere, ma nulla dice circa il livello di realizzazione cui esse devono pervenire per acquisire rilevanza penale, donde esso ci sembra suscettibile di integrazione attraverso l'art. 56 c.p., che pone le note oggettive minime (idoneità ed univocità) indispensabili affinché un fatto previsto da una norma incriminatrice, che non sia giunto allo stadio della completa realizzazione, sia sottoposto a sanzione penale*»<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Così CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1364 s.;

<sup>77</sup> Le frasi riportate sono di LATANZI, Nota a Cass., Sez. I, 28 luglio 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p. 586;

<sup>78</sup> Cfr., ancora, CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1384 s.;

<sup>79</sup> A questa soluzione sembra aderire ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 514, laddove afferma che “tutte le circostanze vanno a carico o a favore dell'autore del tentativo, escluse quelle che consistono in un'attività che neppure in parte è stata posta in esecuzione e quelle che per la loro natura presuppongono necessariamente l'avvenuta consumazione del reato”, muovendo dall'argomento che “una circostanza per essere posta a carico dell'agente deve essere presente nel momento in cui egli opera e deve potersi riferire alla sua condotta”. Nello stesso senso, cfr., inoltre, GROSSO, *Brevi note in tema di compatibilità fra l'attenuante del risarcimento del danno anteriormente al giudizio ed il delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 320;

<sup>80</sup> Le frasi riportate sono di GROSSO, *Brevi note in tema di compatibilità fra l'attenuante del risarcimento del danno anteriormente al giudizio ed il delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 320;

A questo orientamento sembra collegarsi anche una riflessione che sottolinea l'importanza in materia dell'intervento legislativo del 1990, indicandolo anzi come elemento decisivo per la soluzione della questione relativa alla configurabilità del delitto circostanziato tentato<sup>81</sup>.

In questo contributo, si osserva che «*a seguito della riforma dell'art. 59 (...) è infatti legittimo oggi ritenere, più specificamente, che l'art. 56 ponga le note minime (idoneità ed univocità) indispensabili affinché un fatto previsto da una norma incriminatrice, che non sia giunto ancora allo stadio della completa realizzazione, sia sottoposto a sanzione penale (...). Circa la univocità, in particolare*», la conclusione che ammette la figura in discorso, «*con riferimento alle circostanze aggravanti, non può più dirsi oggi in contrasto con il principio della obiettività operativa di esse, in quanto l'art. 59, con la sua nuova formulazione, ha abrogato tale principio, sostituendolo con quello della imputazione oggettiva delle circostanze stesse e, in particolare, per quello che qui interessa, con il principio della conoscenza dell'aggravante medesima, necessaria per l'applicabilità di quest'ultima. È da ritenere, pertanto, che pure le circostanze aggravanti non interamente realizzate, che coincidono con la consumazione e con le conseguenze di essa, si possano ora applicare, in forza del principio di legalità, al delitto tentato se rientrano nel proposito criminoso dell'agente e se gli atti compiuti, s'intende, risultano idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il delitto aggravato*»<sup>82</sup>.

Una conferma dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato è offerta, per un Autore, dal secondo comma dell'art. 56 c.p., il quale «*nel dettare i criteri per la determinazione della pena fa riferimento al delitto circostanziato e non al tentativo circostanziato*».

Si segnala, infatti, in relazione a questo profilo, che «*la pena di morte, ora abrogata, e quella dell'ergastolo, delle quali parla l'art. 56 co. 2 c.p. (...) si riferiscono per lo più a delitti aggravati*», e che anche la giurisprudenza mostra di condividere tale conclusione, giacché, nel procedere alla quantificazione della sanzione per il tentativo di delitti ai quali deve applicarsi una circostanza ad effetto speciale, dapprima opera il giudizio di bilanciamento e, poi, se questo si conclude con il giudizio di equivalenza o di subvalenza delle aggravanti, commisura la pena prendendo a riferimento quella prevista per il reato con-

<sup>81</sup> Cfr. ZUCCALÀ, *Nota introduttiva* al Capo II del Titolo III del Libro I del Codice Penale, in *Comm. C.p.*, a cura di Crespi, Stella, Zuccalà, Padova, 2003, p. 263-265. Nello stesso senso, v. anche DI MATTIA, *Tentativo e circostanze: applicazione in tema di concorso di persone nel reato*, in *Giur. Merito*, 208, p. 2708;

<sup>82</sup> Così ZUCCALÀ, *Nota introduttiva*, cit. p. 264. Analoghi i rilievi di DI MATTIA, *Tentativo e circostanze: applicazione in tema di concorso di persone nel reato*, cit., p. 2708.

sumato semplice<sup>83</sup>.

L'argomento che appare maggiormente sottolineato è, però, quello che attiene al fondamento politico sostanziale della figura e, precisamente, alla «*esigenza di individualizzazione dell'illecito, sotto il profilo oggettivo e soggettivo*»<sup>84</sup>.

Si segnala, a tal fine, che il pericolo di commissione di un reato aggravato o attenuato è obbiettivamente diverso dal pericolo di commissione di un reato non aggravato né attenuato e che, quindi, il trattamento sanzionatorio deve essere corrispondentemente differenziato in ossequio ai principi costituzionali di uguaglianza, di personalità della responsabilità penale e di finalità rieducativi della pena<sup>85</sup>. Si rileva anche, in particolare, che il pericolo di commissione di un reato obbiettivamente più grave «*evidenzia una maggiore capacità criminale dell'agente*»<sup>86</sup> e che la semplice graduazione di pena in applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p. «*non consente di soddisfare adeguatamente quell'esigenza di individualizzazione dell'illecito penale e della responsabilità, che fonda il delitto circostanziato tentato*»<sup>87</sup>.

In questa prospettiva sembra debba essere letta anche l'indicazione di chi si esprime in termini favorevoli all'ammissibilità del tentativo di delitto circostanziato muovendo da una impostazione di carattere generale che respinge la concezione del diritto penale dell'evento per accedere alla concezione personalistica dell'illecito<sup>88</sup>.

Gli Autori che ritengono giuridicamente configurabile il delitto circostanziato tentato non pervengono tuttavia a conclusioni univoche né circa la compatibilità con questa figura dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., né, in caso di risposta positiva a tale questione, con all'individuazione del danno che viene

<sup>83</sup> Per queste osservazioni cfr. LATTANZI, Nota s.t., cit., p. 586.

<sup>84</sup> Esattamente in termini, CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1371. Nello stesso senso, v.: MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 456); V. FERACO, *Tentativo di delitto circostanziato: una figura ancora controversa*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 597; BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003, p. 95; LATTANZI, Nota s.t., cit., p. 586; BOSCARELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, cit., p. 662 ss., il quale, a p. 663, collega l'ammissibilità della figura ad «un postulato elementare di logica e giustizia».

<sup>85</sup> Così, specificamente, CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1371 s.; FERACO, *Tentativo di delitto circostanziato: una figura ancora controversa*, cit., p. 597; BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003, p. 95.

<sup>86</sup> Per questa affermazione v. BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003, p. 95.

<sup>87</sup> In questi termini CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1372 s.

<sup>88</sup> È questa la tesi espressa da MORSELLI, voce *Tentativo*, in *Dig. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 199 ;

in rilievo.

La maggior parte degli studiosi che accedono alla tesi dell'ammissibilità del tentativo di delitto circostanziato afferma esplicitamente la compatibilità con esso della diminuzione del danno di speciale tenuità<sup>89</sup>.

Si segnala, in particolare, che tale conclusione si può pienamente comprendere se delle «*situazioni circostanzianti relative all'evento consumativo del delitto (...) si tiene conto non come entità realizzate, ma come entità rientranti nel piano esecutivo del delitto perfetto avuto di mira*»<sup>90</sup>, e che la soluzione contraria potrebbe condurre a «risultati (...) aberranti», in particolare in relazione all'applicazione di specifiche discipline clemenziali<sup>91</sup>: a questo specifico proposito, è stato in particolare sottolineato quanto poteva accadere in applicazione della disciplina dell'amnistia prevista dall'art. 4 d.P.R. 12 aprile 1990, n. 75, per la quale «*un furto pluriaggravato attenuato dalla circostanza del danno patrimoniale di speciale tenuità rientra nell'amnistia, mentre da questa sarebbe escluso il tentativo di furto dello stesso oggetto ove si ritenesse l'attenuante inapplicabile al delitto tentato*».

Non vi è, tuttavia, convergenza tra gli stessi Autori circa i parametri di riferimento per la valutazione del danno.

Per molti, si deve avere a riferimento il danno rientrante nel progetto esecutivo del delitto perfetto, perché «*se è incontestabile che il danno non realizzato non potrà essere valutato alla stregua di un danno effettivamente prodotto, è altrettanto incontestabile che la sua entità è indicativa dell'entità del pericolo, espressa dal delitto tentato*»<sup>92</sup>, o, comunque, assumono rilievo «*elementi di fatto ipotetici, di cui possa dirsi che si sarebbero verificati se si fosse avuta la consumazione del delitto che l'agente si proponeva di commettere*»<sup>93</sup>.

Un contributo, invece, ravvisa la necessità di riferirsi «al danno effettivo, in

<sup>89</sup> In questo senso, cfr.: MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 456, per gli esempi prospettati; PAGLIARO, *Il Reato*, cit., p. 313; CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1363 e p. 1365; BERNARDI, *Il danno derivante da reato e il problema della configurabilità delle circostanze di cui agli art. 61, n. 7 e 62 n. 4 c.p. in fattispecie di delitto tentato*, in *Giur. merito*, 1971, II, p. 273; M. Boscarelli, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, cit., p. 662 ss., spec. p. 667.

<sup>90</sup> Così CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1365.

<sup>91</sup> È questa l'osservazione di LATTANZI, *Nota*, cit., p. 586.

<sup>92</sup> Così CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1363.

<sup>93</sup> Esattamente in termini BOScarelli, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, cit., p. 667. Analoghe appaiono le indicazioni di PAGLIARO, *Il Reato*, cit., p. 313, secondo cui «la soluzione migliore sembra quella di ritenere la circostanza applicabile solo a quei casi di tentativo che, se si fossero trasformati in delitto consumato, avrebbero provocato un danno di speciale tenuità».

concreto cagionato alla persona offesa”, e non al danno potenziale, perché, altrimenti, si determinerebbe «un’ingiustificabile disparità di trattamento – che incide sulla sanzione – nei confronti di una fattispecie di reato consumato» e si “farebbe anche dipendere la sussistenza o meno delle circostanze da un fatto puramente ipotetico e non accertabile o da elementi che prescindono del tutto dall’entità del danno»<sup>94</sup>.

Questo studio, anzi, precisa che tale soluzione implica l’applicazione della diminvente di cui all’art. 62, n. 4, c.p. anche se il tentativo non abbia cagionato alcun danno, sia perché «la ratio delle circostanze in discorso attiene all’effettivo pregiudizio cagionato dall’autore del reato al patrimonio della parte lesa», sia perché l’opposto avviso produrrebbe «un’evidente disparità di trattamento nei confronti di colui che un pregiudizio anche minimo abbia arrecato», tanto più che l’assenza di una specifica disposizione per detta ipotesi può essere risolta mediante il ricorso all’analogia a favore del reo<sup>95</sup>.

La compatibilità di tutte le circostanze attenuanti – e, quindi, anche, sembra doversi ritenere, dell’attenuante del danno di speciale tenuità – con il delitto circostanziato tentato è, però, esclusa da chi valorizza, ai fini dell’ammissibilità di questa figura, la modifica dell’art. 59 c.p.

Si osserva, infatti, che «per esse [le circostanze attenuanti], anche in forza del nuovo art. 59, vige sempre il principio della obiettiva operatività. L’intento di perseguire un delitto di minore gravità non può avere rilevanza ai fini dell’art. 56 c.p. Si potrebbe, semmai, prospettare il problema dell’eventuale riconducibilità di situazioni siffatte nell’ambito delle circostanze attenuanti generiche»<sup>96</sup>.

Tra i fautori della tesi dell’inammissibilità del delitto circostanziato tentato vi sono opinioni che ammettono comunque la compatibilità della circostanza attenuante di cui all’art. 62, n. 4, c.p. con il delitto tentato.

Vi è chi giunge a questo risultato facendo ricorso all’analogia *in bonam partem*.

In particolare, un Autore, che ha formulato la sua opinione in epoca antecedente alla riforma del 1990, muove dal rilievo che la diminvente del danno di speciale tenuità si riferisce ai reati che tutelano “astrattamente” (almeno) un interesse patrimoniale, in quanto applicabile ai soli delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, e che, di conseguenza, la stessa

<sup>94</sup> È la tesi proposta da BERNARDI, *Il danno derivante da reato e il problema della configurabilità delle circostanze di cui agli art. 61, n. 7 e 62 n. 4 c.p. in fattispecie di delitto tentato*, cit., p. 273-275.

<sup>95</sup> Così ancora BERNARDI, *Il danno derivante da reato e il problema della configurabilità delle circostanze di cui agli art. 61, n. 7 e 62 n. 4 c.p. in fattispecie di delitto tentato*, cit., p. 274 s.

<sup>96</sup> Le frasi riportate sono di ZUCCALÀ, *Nota introduttiva*, cit. p. 264 s.

deve ritenersi applicabile anche ai reati consumati contro il patrimonio che non abbiano prodotto alcun danno<sup>97</sup>.

Posta tale premessa, egli aggiunge che negare l'attenuante in questione in caso di tentativo solo perché vi sia mancanza di danno determinerebbe una sperequazione di trattamento "evidente e del tutto ingiustificata" con il reato consumato che non abbia procurato alcun danno patrimoniale<sup>98</sup>.

Può essere interessante evidenziare che, poco dopo la pubblicazione dell'opinione appena riferita, anche nella giurisprudenza di legittimità vi fu una decisione - Cass., Sez. II, 12 febbraio 1968, Indelicato, in *Mass. Uff.*, n. 107662 - che per giustificare l'applicazione della diminuzione di cui all'art. 62, n. 4, c.p., ha fatto ricorso all'analogia.

Altri, invece, perviene a questa conclusione osservando che la soluzione contraria alla giuridica configurabilità del delitto circostanziato tentato deve ritenersi imposta per le sole circostanze aggravanti.

Si osserva, in proposito, che l'orientamento contrario alla figura in questione è coerente con la "funzione di garanzia che assume il principio di legalità-tipicità nel nostro ordinamento", ma che «non è pertanto preclusa l'applicazione delle circostanze attenuanti, che si sarebbero realizzate se il delitto fosse giunto a consumazione. Diversamente concludendo, tra l'altro, si potrebbe giungere alla irragionevole conclusione di punire con maggiore severità un delitto tentato rispetto ad un delitto consumato quando ricorrano plurime circostanze attenuanti»<sup>99</sup>.

Altri ancora ammette la compatibilità con il delitto tentato della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. in quanto ritiene che questa «inerisce alla condotta fin dal momento in cui sono compiuti gli atti esecutivi»<sup>100</sup>.

Questa opinione, che pure in premessa si dichiara contraria alla configurabilità del delitto tentato circostanziato<sup>101</sup>, conferma la diminuzione in discorso, in quanto riferita alla condotta, alla struttura del tentativo, giacché, «se l'effettiva produzione del danno rilevante è collegata con la consumazione del reato, nel tentativo non manca la direzione degli atti esecutivi verso la rilevanza di quel danno» e precisa che il danno rilevante è quello 'virtuale', in quanto "nel tentativo, la virtualità degli effetti degli atti esecutivi è inerente al concetto stesso

<sup>97</sup> Per questa opinione v. MARINI, *Questioni in tema di applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p. al tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 442 s.;

<sup>98</sup> Cfr., ancora, MARINI, *Questioni in tema di applicabilità dell'attenuante prevista*, cit. p. 443 s.

<sup>99</sup> Esattamente in termini GAMBERINI, in *Introduzione al Sistema Penale*, II, Torino, 2011, p. 319;

<sup>100</sup> È la tesi di SANTORO, voce *Tentativo (Dir. pen.)*, in *Novis. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 1141 e ss.

<sup>101</sup> Così SANTORO, voce *Tentativo (Diri. pen.)*, cit., p. 1141.

dell'istituto"<sup>102</sup>.

### 5.5 Il trattamento sanzionatorio derivante dall'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al tentativo.

Qualora si ammetta l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al tentativo, si pone il problema della sua incidenza sulla quantificazione della pena.

In linea generale, può osservarsi che, in dottrina e in giurisprudenza, l'opinione favorevole alla figura del delitto circostanziato tentato ritiene che la pena debba essere determinata dapprima fissando la pena per il delitto semplice perfetto, poi effettuando gli aumenti o diminuzioni di pena per le circostanze, quindi operando, sulla pena così individuata, la diminuzione per il tentativo<sup>103</sup>. Se, poi, il delitto non sia solo circostanziato tentato, ma circostanziato tentato circostanziato (cioè di un tentativo di delitto circostanziato cui accedano anche circostanze integralmente realizzate nei loro elementi costitutivi), occorrerà applicare sulla pena determinata nei modi appena descritti, gli aumenti o le riduzioni per le circostanze realizzate, «con l'ovvia precisazione che il concorso e, di conseguenza, il bilanciamento, può configurarsi non fra circostanze "perfette" e circostanze "tentate", ma soltanto tra circostanze tutte perfette o tutte tentate»<sup>104</sup>.

### 5.6 La decisione delle Sezioni Unite

Alla stregua di quanto considerato, può dunque affermarsi che dal panorama complessivo della giurisprudenza emerge che questa, pur essendo orientata prevalentemente ad ammettere l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto tentato e, in particolare, al tentativo di furto, tende a rifugiarsi dall'adesione a impostazioni teoriche di carattere generale, e, ancor di più, dal prendere posizione sul tema generale della giuridica configurabilità del delitto circostanziato tentato, salvo rare eccezioni<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Cfr. SANTORO, voce *Tentativo (Dir. pen.)*, cit., p. 1142.

<sup>103</sup> Così PAGLIARO, *Il Reato*, cit., p. 365; CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1386; BOScareLLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, cit., p. 667-671. Per la giurisprudenza si richiama Cass., Sez. IV, 23 novembre 2007, Aquino, in *Mass. Uff.*, n. 235937, la quale rileva che, nel delitto circostanziato tentato, "l'entità della pena determinata dall'esistenza della circostanza varia a seconda che essa sia riferita ad una fattispecie consumata o tentata: l'aumento di pena, infatti, è in rapporto proporzionale all'entità della pena base. Ciò conferisce equità e razionalità alla disciplina sanzionatoria".

<sup>104</sup> V., ancora, CALABRIA, *Considerazioni sul delitto tentato circostanziato, circostanziato tentato, circostanziato tentato circostanziato*, cit., p. 1388.

<sup>105</sup> Dalla ricerca effettuata, risulta un'unica decisione che, al fine di risolvere il problema dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., ha assunto un'espressa posizione sul tema

In generale, comunque, la Suprema Corte sembra preferire la soluzione positiva, salvo a richiedere: a) una verifica di compatibilità logico-giuridica, che in qualche caso si è risolta con l'affermazione (non necessaria ai fini della decisione della concreta *regiudicanda*) dell'esclusione «di quelle concernenti un'attività che nemmeno parzialmente sia stata posta in esecuzione e di quelle che presuppongono l'avvenuta consumazione del reato»<sup>106</sup>, e, in altri casi, con l'enunciazione dell'ammissibilità di una "circostanza parimenti tentata"<sup>107</sup>, o comunque non realizzata, ma comunque attinente «ai fini dell'azione criminosa»<sup>108</sup>; b) l'esistenza di concrete ed univoche indicazioni, desumibili dalle modalità del fatto, sull'entità del pregiudizio che si sarebbe determinato nel caso in cui l'illecito fosse stato portato a compimento<sup>109</sup>, così come generalmente ritenuto necessario proprio ai fini dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.

Come si è visto, la dottrina, invece, almeno in prevalenza, tende a risolvere il problema dell'applicabilità o inapplicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al delitto tentato muovendo dall'esame della questione generale dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato. I risultati, però, non sempre paiono coerenti. Da un lato, infatti, vi sono Autori che, pur negando la configurabilità del tentativo di delitto circostanziato, ammettono un'applicazione analogica in *bonam partem* della diminvente di cui all'art. 62, n. 4, c.p., ovvero riconoscono la giuridica possibilità dell'applicazione delle attenuanti i cui elementi non siano stati realizzati, ovvero ancora ritengono comunque applicabile la diminvente in questione in quanto attinente alle modalità della condotta.

Dall'altro, invece, alcuni studiosi escludono l'applicabilità dell'attenuante o perché limitano l'ammissibilità del delitto circostanziato tentato alla sola ipotesi delle aggravanti, o perché ritengono ontologicamente e logicamente incompatibile con il tentativo l'attenuante del danno di speciale tenuità per motivi specificamente attinenti alla struttura di questa.

Inoltre, non manca chi, pur accedendo alla tesi dell'inammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato, espressamente riconosce che la soluzione del problema può trovare una diversa soluzione alla luce di un intervento del

---

dell'ammissibilità della figura del delitto circostanziato tentato, e precisamente Cass., Sez. II, 22 maggio 2009, De Luca, in *Mass. Uff.*, n. 245258.

<sup>106</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. I, 9 novembre 1972, De Colombi, in *Mass. Uff.*, n. 120865 e 120866.

<sup>107</sup> Così Cass., Sez. IV, 23 novembre 2007, Aquino, in *Mass. Uff.*, n. 235937.

<sup>108</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 17 gennaio 1989, Lamusta, in *Mass. Uff.*, n. 180846, e Id., Sez. F, 13 agosto 2009, Hudorovich, in *Mass. Uff.*, n. 244353.

<sup>109</sup> V., in particolare, Cass., Sez. I, 4 novembre 1988, Tarchini, in *Mass. Uff.*, n. 177420, e Id. Sez. F, 3 agosto 2009, Hudorovich, *ivi*, n. 244353.

legislatore<sup>110</sup>.

Va altresì ribadita la rilevanza delle disposizioni legislative che sono intervenute a incidere specificamente sull'area di applicazione della diminvente in discorso, e segnatamente sull'art. 2 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, nonché sull'art. 380, co. 2, c.p.p., come riformulato dall'art. 10, commi 1 e 2, della legge 26 marzo 2001, n. 128.

L'art. 2 della legge n. 19 del 1990, come si è osservato innanzi, ha aggiunto nel testo dell'art. 62, n.4, c.p., le seguenti parole: «*ovvero 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*».

Il tenore di questa disposizione, valorizzando "l'aver agito per conseguire ... un lucro di speciale tenuità" e facendo riferimento anche a "l'evento ... pericoloso", induce a ritenere che, in materia di delitti determinati da motivi di lucro, l'attenuante in questione possa essere applicata anche in caso di tentativo.

Tale opzione ermeneutica sembra, del resto, coerente anche con le indicazioni contenute nella Relazione illustrativa del progetto di legge (riportata *supra*, punto 8.III.1.d.) che, al fine di ampliare l'area di operatività della diminvente, dichiara di voler attribuire rilievo ai motivi del reato, di voler soggettivizzare la speciale tenuità e di voler focalizzare quest'ultima sul lucro sperato.

Ove si accolga detta ricostruzione, all'interprete è data la seguente alternativa: o si ritiene che il legislatore del 1990 abbia differenziato il regime relativo ai delitti determinati da motivi di lucro (tra i quali, se si condivide l'orientamento giurisprudenziale indicato *supra* al punto 8.II.2., dovrebbero rientrare anche quelli di rapina e di estorsione), per i quali la diminvente di cui all'art. 62, n. 4, c.p. si applica anche al tentativo, da quello afferente ai delitti che offendono (esclusivamente) il patrimonio, per i quali l'attenuante non è riferibile al tentativo; oppure si ritiene che il legislatore abbia introdotto la nuova disposizione in un contesto nel quale la diminvente in questione era da ritenersi già applicabile al tentativo ed abbia adottato un testo più articolato al solo fine di assicurare la tutela degli altri beni giuridici tutelati dalle fattispecie qualificabili come "delitti determinati da motivi di lucro".

E quest'ultima appare senz'altro la soluzione preferibile, atteso che la diversa opzione introdurrebbe una differenziazione non coerente con il sistema e, in definitiva, un'ingiustificata disparità di trattamento.

Quanto, poi, all'art. 380, comma 2, lett. e) ed e *bis*, c.p.p., esso, nel testo ri-

---

<sup>110</sup> Il riferimento è a ROMANO, *Comm. Sist. C.p.*, cit., p. 602.

formulato dall'art. 10 della legge n. 128 del 2001 prevede che: «*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: (omissis) e) delitto di furto, quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'art. 4 della L. 8 agosto 1977 n. 533 o quella prevista dall'articolo 625, co. 1, 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*».

Orbene, anche tale disposizione sembra implicare la diretta applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. al tentativo di furto.

Ed infatti, se si ipotizzasse che il legislatore, nel modificare l'art. 380, co. 2, c.p.p., non abbia inteso riconoscere l'applicabilità della diminuzione in esame al tentativo, si arriverebbe ad un risultato ermeneutico probabilmente paradossale: si dovrebbe procedere all'arresto obbligatorio in flagranza nel caso di tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose, di tentato furto in abitazione o di tentato furto con strappo pur se il danno altamente probabile sia di speciale tenuità, mentre tale dovere non sussisterebbe in caso di furto aggravato dalla violenza sulle cose, di furto in abitazione o di furto con strappo qualora il danno sia di speciale tenuità.

La soluzione proposta, del resto, appare coerente con le esigenze espresse dalla sentenza n. 54 del 1993 della Corte Costituzionale la quale, proprio muovendo da vicende inerenti a tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose, ha ritenuto non congrua la previsione dell'arresto obbligatorio nei casi in cui il danno implicato fosse di speciale tenuità rispetto a quelle speciali esigenze di tutela della collettività che costituiscono il fondamento dell'istituto precautelare.

Ed in questo specifico senso si sono pronunciate le Sezioni unite che, decidendo il caso innanzi tratteggiato e risolvendo la questione delineata in queste pagine, con la sentenza n. 28243 del 28 marzo-28 giugno 2013 hanno affermato il principio di diritto secondo cui nei reati contro il patrimonio l'attenuante *de qua* può applicarsi anche al delitto tentato, sempre che la sussistenza di essa sia desumibile con certezza dalle modalità del fatto, in base a un preciso giudizio ipotetico che, stimando il danno patrimoniale che sarebbe stato arrecato alla persona offesa se il delitto fosse stato portato a compimento, si concluda nel senso che il danno cagionato sia di rilevanza minima.

Diversamente opinando, infatti, si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra delitti determinati da motivi di lucro e delitti contro il pa-

trimonio, non spiegabile a livello sistematico in quanto entrambi sono accomunati dall'essere manifestazioni di istinto predatorio e dall'essere determinati, secondo l'*id quod plerumque accidit*, da motivi di lucro.

Inoltre, come già detto, considerando inapplicabile al furto tentato la citata attenuante ben potrebbe tale delitto essere punito più gravemente rispetto a un furto consumato; ancora - sottolineano le Sezioni unite - aberranti potrebbero essere le conseguenze in tema di amnistia, atteso che il furto pluriaggravato consumato, se attenuato come sopra, potrebbe rientrare nel beneficio di cui alla legge n. 75/90, mentre non vi rientrerebbe il furto tentato.

Infine, come già detto, in tema di arresto si arriverebbe al risultato insensato dell'obbligatorietà dell'arresto in flagranza in caso di tentato furto aggravato, pur se il danno in concreto ipotizzabile sia di speciale tenuità, mentre non si procederebbe ad arresto obbligatorio nell'ipotesi di furto consumato allorché ricorra, oltre alle aggravanti di legge, anche l'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p.