

## ESAME AVVOCATO 2015

### ANALISI DELLE QUESTIONI SOTTESE ALL'ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA PENALE

*Il furto in supermercato: momento consumativo, circostanze e particolare tenuità del fatto*

di Stefano Finocchiaro

**La traccia.** Tizio, incensurato, si reca presso un supermercato dove preleva da uno scaffale una bottiglia di vino, che immediatamente nasconde sotto il giubbotto, quindi oltrepassa la barriera della cassa senza pagare ed esce dal supermercato, ma subito dopo viene fermato da un addetto alla sorveglianza che lo aveva seguito sin dal suo ingresso nell'esercizio commerciale e lo aveva visto mentre prelevava e occultava la bottiglia. L'addetto alla sorveglianza chiama la polizia e Tizio viene identificato e denunciato. Nessuno presenta querela. Tizio viene sottoposto a processo e all'esito del giudizio, viene condannato, previo riconoscimento delle attenuanti generiche, ritenute equivalenti alle aggravanti contestate, alla pena di mesi 6 di reclusione ed euro 200 di multa, condizionalmente sospesa, in ordine al reato di furto aggravato di cui agli artt. 624 e 625 co. 1 nn. 2 e 7 c.p. per l'uso del mezzo fraudolento e l'esposizione del bene sottratto alla pubblica fede. Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla difesa dello stesso.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forma di manifestazione del reato. – 3. Le circostanze aggravanti. – 3.1. Il mezzo fraudolento. – 3.2. L'esposizione a pubblica fede. – 4. La non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 5. L'attenuante della speciale tenuità del danno (nel delitto tentato).

#### 1. Premessa.

La traccia offre lo spunto per riflettere su questioni giuridiche attinenti, in particolare, alla qualificazione giuridica del fatto come delitto tentato o consumato (§ 2), alla riconoscibilità delle aggravanti contestate e alla relativa procedibilità (§ 3), all'applicabilità della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. (§ 4), nonché alla compatibilità fra circostanze e tentativo (§ 5). Non essendo nostro intento offrire una 'soluzione' della prova d'esame, affronteremo tali tematiche non già nelle forme e nell'ordine che avrebbe potuto seguire un candidato nel redigere un atto d'appello, bensì nell'ordine che ci pare maggiormente idoneo a trattare le varie questioni che vengono in rilievo.

## 2. La forma di manifestazione del reato.

Il fatto (prelevamento di una bottiglia dagli scaffali di un supermercato e superamento delle barriere della cassa senza pagarla) è riconducibile alla fattispecie delittuosa del *furto* di cui all'art. 624 c.p. È invero appena il caso di rilevare come possano dirsi definitivamente superate quelle tesi che, facendo in passato leva sull'asserita assenza della "altruità" della cosa in simili condotte, ne hanno sostenuto l'irrilevanza penale<sup>1</sup>, oppure la qualificazione in termini di insolvenza fraudolenta<sup>2</sup> o di appropriazione indebita<sup>3</sup>.

Meno scontato è se il reato di furto si presenti qui nella sua forma di manifestazione più grave (la consumazione o, quantomeno, la perfezione<sup>4</sup>) ovvero meno grave (il tentativo). Infatti, l'indicazione contenuta nella traccia per cui Tizio "*subito dopo viene fermato da un addetto alla sorveglianza che lo aveva seguito sin dal suo ingresso nell'esercizio commerciale e lo aveva visto mentre prelevava e occultava la bottiglia*" induce a domandarsi se la concomitante vigilanza del soggetto passivo del reato (o di suoi addetti) e l'immediato recupero della refurtiva ostino, o meno, al verificarsi di tutti

---

<sup>1</sup> Si tratta di una risalente – e ormai superata – tesi, secondo cui, con l'apprensione del bene offerto in vendita nei supermercati *self-service*, la cosa mobile diverrebbe immediatamente di proprietà dell'agente e verrebbe quindi meno il requisito della altruità della cosa mobile: cfr., nella giurisprudenza di merito, P. Cuneo, 27 maggio 1977, Giordano, *GM* 1978, II, 306; P. Roma, sez. II, 11 dicembre 1969, Norcia, TR 1970, 379, relativa proprio ad un caso nel quale il soggetto aveva appreso delle cose in esposizione in un supermercato e le aveva occultate, non provvedendo poi al loro pagamento. Citano tali pronunce, in senso critico, C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. Marinucci-E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 70 s., facendo notare come la modalità di conclusione dell'accordo contrattuale in simili schemi negoziali sia data dalla accettazione, giunta a conoscenza dell'offerente, da parte del cliente: il che si verifica quando questi, non potendo più cambiare idea, presenta il prodotto alle casse per il pagamento. A ben vedere, infatti, nell'*offerta al pubblico* prevista dall'art. 1336 c.c. (a cui l'ipotesi di "prelievo diretto" nei supermercati è invero riconducibile: cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Milano 2015, p. 530 s.), il contratto si conclude nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (art. 1326 co. 1 c.c.); cfr. anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVIII, 2009, p. 265 s.

<sup>2</sup> Cfr. P. Roma, 22 febbraio 1971, Camilletti, *GM* 1971, II, 256, secondo cui – con argomentazioni non dissimili da quello citato nella nota precedente – il furto non potrebbe realizzarsi in quanto il prelevamento della merce avviene con il consenso e l'incoraggiamento del venditore che ignora che l'agente sia *ab initio* determinato a non pagare la merce (cfr., ancora in senso critico: C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit., p. 71 s.).

<sup>3</sup> Secondo questa tesi, apprendendo dagli scaffali la merce, il soggetto agente ne acquisterebbe il possesso (nella sua nozione autonoma rispetto a quella civilistica) e, non pagandola alla cassa ne disporrebbe *uti dominus* (cfr. T. Larino, 26 aprile 1972, Tatta, *GM* 1973, 90). Cfr. C. BACCAREDDA BOY-S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit., p. 72.), secondo cui è invece evidente che il cliente non ha il possesso della cosa che preleva dallo scaffale, non essendo altro che un detentore, una *longa manus* del titolare del supermercato che, per suo tramite, continua ad essere proprietario e possessore.

<sup>4</sup> La distinzione tra questi due concetti non è unanimemente accolta, ma trova una perspicua teorizzazione, ad es., da parte di Mantovani: la *perfezione* si ha quando e dove si sono verificati tutti i requisiti tipici nel loro contenuto *minimo*, cioè necessario e sufficiente per l'esistenza del reato; la *consumazione* si ha quando il delitto, già perfetto, raggiunge la sua *massima gravità concreta* (cfr. F. MANTOVANI, *Delitti contro il patrimonio*, IV ed., 2012, p. 71.).

gli estremi del fatto descritto nella norma incriminatrice (in particolare la *sottrazione* e l'*impossessamento*).

a) Una prima soluzione potrebbe essere quella di ritenere che *il reato si sia consumato al momento dell'occultamento della bottiglia all'interno del giubbotto*. Secondo questa tesi – sostenuta da un orientamento giurisprudenziale, in passato prevalente<sup>5</sup>, ma ribadito anche di recente<sup>6</sup> – ai fini della consumazione del furto, sarebbe sufficiente che la persona offesa venga illecitamente privata (anche per breve tempo) della detenzione della *res*, versando così nella condizione di doversi attivare nei confronti dell'agente qualora intenda recuperarla; il che, nel caso di furto in supermercato commesso mediante occultamento della merce, si verificherebbe immediatamente all'atto stesso in cui l'agente sottragga alla vista altrui i prodotti prelevati dagli espositori. In tale momento la cosa verrebbe sottratta alla piena disponibilità materiale del soggetto passivo, a nulla rilevando che la condotta attiva si sia svolta sotto il costante controllo del personale del supermercato incaricato della sorveglianza, circostanza – quest'ultima – che atterrebbe alla fase *post delictum* e sarebbe inidonea ad impedire la violazione del precetto penale<sup>7</sup>; in quest'ottica, il superamento delle casse rileverebbe tutt'al più ai fini probatori, come inequivocabile manifestazione della consumazione, in realtà già avvenuta al momento dell'apprensione della merce<sup>8</sup>. Tale orientamento ci sembra trarre linfa da quell'insegnamento dottrinale in base al quale "sottrazione" ed "impossessamento" corrisponderebbero a due aspetti di un medesimo fenomeno: sarebbero cioè due concetti equivalenti<sup>9</sup>.

b) Una seconda soluzione potrebbe poi essere quella di considerare *il reato consumato al momento del superamento delle casse*. L'esito (la condanna per delitto consumato) sarebbe nel nostro caso il medesimo, ma diverso sarebbe il momento consumativo del furto. Infatti, stando a questa impostazione – sostenuta da un

---

<sup>5</sup> Cfr., ad es., Cass., 7 febbraio 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, 314; Cass., 15 marzo 1995, in *Cass. pen.* 1996, 3319; Cass., 1 giugno 1989, in *Riv. pen.*, 1991, p. 539; Cass., 27 settembre 1974, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 227; Cass., 18 giugno 1973, in *Cass. pen. mass.*, 1974, p. 1089; Cass., 14 dicembre 1971, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1973, p. 504.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 12 ottobre 2013, n. 8395; Cass., Sez. V, 30 marzo 2012, n. 30283; Sez. V, 15 giugno 2012, n. 25555; Cass., Sez. V, 19 gennaio 2011, n. 7086. Stando a tale orientamento, il momento consumativo del delitto di furto potrebbe essere fissato al momento della sottrazione, allorché essa venga attuata dall'agente nascondendo la cosa, così da predisporre le condizioni per passare dalla cassa senza pagare, comportando tale condotta, oltre all'*amotio* (spostamento della cosa dal luogo in cui si trova), l'impossessamento della *res*, non importa se per lungo tempo o per pochi secondi.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 12 ottobre 2013, n. 8395.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 19 gennaio 2011, n. 7086.

<sup>9</sup> In questo senso: G. PECORELLA, *Furto*, in *Enciclopedia del diritto*, 1969, p. 356; R. LI VECCHI, *Osservazioni sul momento consumativo del reato di furto*, in *La giustizia penale*, 1956, pt. II, p. 892, secondo cui "nel momento in cui si verifica la sottrazione (*a priori*), si attua anche l'impossessamento (*a posteriori*), atto unico che origina la sintesi (reato consumato)"; cfr. R. BARTOLI, *Considerazioni sul tentativo di furto nei supermercati in attesa delle sezioni unite*, in *Dir. proc. pen.*, 2014, III, p. 293 ss. che, nel commentare la recente remissione della questione alle sezioni unite ha affermato: "l'idea che il furto tuteli la relazione non di fatto, ma di diritto e che si debba distinguere tra sottrazione e impossessamento finisce per rivelarsi una sorta di finzione, se si considera che la disponibilità piena della cosa è già compromessa con la mera sottrazione..."; contra C. UBIALI, *Brevi note sul momento consumativo del furto in supermercato*, in [questa Rivista](#), 14 aprile 2015.

cospicuo filone giurisprudenziale<sup>10</sup> – il comportamento del cliente che prelevi e occulti la merce fino alla barriera delle casse non consentirebbe di per sé il perfezionamento del reato, non essendo tale contegno necessariamente indicativo, nell'ambito di un esercizio *self-service*, di una detenzione illecita né, peraltro, potendo già giustificare un intervento preventivo da parte dei vigilanti. Il delitto si sarebbe però consumato nel momento in cui Tizio non ha mostrato la merce alla cassa e l'ha superata, poiché solamente in quel momento la condotta tipica potrebbe dirsi sicuramente attuata<sup>11</sup>.

c) Una terza soluzione – alternativa rispetto alle due precedenti – è quella di ritenere che *il reato non si sia consumato, ma sia rimasto allo stadio del tentativo*. Secondo questa tesi – suffragata da un consistente indirizzo giurisprudenziale<sup>12</sup>, di recente fatto proprio anche dalle Sezioni Unite<sup>13</sup> – in caso di costante vigilanza della condotta dell'agente da parte della persona offesa o dell'apposito personale di sorveglianza, con imminente possibilità di immediato intervento a tutela della detenzione, il reato non potrebbe dirsi perfezionato poiché l'agente non avrebbe conseguito l'autonomia ed

---

<sup>10</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 7 febbraio 2013, n. 20838; Sez. V, 15 giugno 2012, n. 25555; Sez. V, 13 luglio 2010, n. 37242; Sez. V, 8 giugno 2010, n. 27631; Sez. V, 9 maggio 2008, n. 23020: Secondo questo orientamento *costituisce furto consumato e non tentato quello che si commette all'atto del superamento della barriera delle casse di un supermercato con merce prelevata dai banchi e sottratta al pagamento, a nulla rilevando che il fatto sia avvenuto sotto il costante controllo del personale del supermercato, incaricato della sorveglianza*.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 9 maggio 2008, n. 23020; nello stesso senso, ma in caso di rapina: Cass., Sez. II, 12 gennaio 2011, n. 4826.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 22 settembre 2010, n. 38534; Sez. V, 6 maggio 2010, n. 21937; Sez. V, 20 dicembre 2010, n. 7042; Sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11592; Sez. IV, 7 maggio 2008, n. 36874 (ove la Corte, pur accogliendo il criterio dell'effettività dello spossessamento, condanna l'imputato per furto consumato poiché la sorveglianza non era riuscita a vigilare tutti gli spostamenti dell'agente); Sez. V, 28 settembre 2005, n. 44011; Sez. IV, 19 febbraio 2004; Sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17045; Sez. V, 21 gennaio 1999, n. 3642; Sez. V, 18 gennaio 1993; Sez. V, 15 dicembre 1992, n. 11947; Sez. II, 5 aprile 1991, n. 3747. In Cass., 3 luglio 2002, n. 31461, si distingue peraltro "l'intervento *in re ipsa*" a difesa della detenzione esercitato dalla persona offesa, dai dipendenti della stessa addetti alla vigilanza (o, quale atto dovuto, dalle forze dell'ordine) dall'intervento (meramente eventuale) dispiegato da un terzo estraneo (a tutela dell'altrui possesso), escludendo che quest'ultimo tipo di intervento, connotato da accidentalità e "aleatorietà", sia di ostacolo al riconoscimento della consumazione del reato, in quanto il recupero della refurtiva a opera del terzo estraneo presuppone la intervenuta perdita della signoria sulla cosa da parte del derubato.

<sup>13</sup> Cass., S.U., 17 aprile 2014, n. 52117 secondo cui *quando l'azione furtiva sia stata monitorata mediante diretta osservazione degli addetti alla sorveglianza o delle forze dell'ordine (oppure mediante appositi apparati di rilevazione automatica del movimento della merce) il delitto è tentato e non consumato, poiché non può dirsi che l'agente abbia conseguito, neppure momentaneamente, l'autonomia ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto del soggetto passivo*. Ha poi ribadito il medesimo principio anche Cass., Sez. V, 28 gennaio 2015, n. 20342, nonché – sebbene si trattasse di un (tentato) furto di cose presenti in una vettura parcheggiata sulla pubblica via, avvenuta sotto il costante monitoraggio delle forze dell'ordine – Cass., 12 febbraio 2015, n. 18071, su [questa Rivista](#), con nota di D. CISLAGHI, *Ancora sul momento consumativo del delitto di furto*, 17 luglio 2015.

In precedenza – sebbene in via di *obiter dictum* – le Sezioni Unite, nel risolvere positivamente la questione della configurabilità del tentativo di rapina impropria (anche) in difetto della materiale sottrazione del bene all'impossessamento del quale l'azione delittuosa era finalizzata, avevano affermato che si ha mero tentativo "finché la cosa non sia uscita dalla sfera di sorveglianza del possessore" e "questi è ancora in grado di recuperarla" (Cass., S.U., 19 aprile 2012, n. 34952).

effettiva disponibilità della cosa, non essendo questa ancora uscita dalla sfera di controllo diretto del soggetto passivo, che mantiene con ciò la signoria sulla cosa.

Quest'ultima impostazione è stata ormai consacrata nel diritto 'vivente' in seguito alla citata pronuncia delle Sezioni Unite: e con ottime ragioni. Invero, né nel momento in cui apprende la merce dallo scaffale (ipotesi *sub a*), né nel momento in cui supera le casse (*sub b*), può dirsi che il soggetto agente abbia conseguito il possesso della cosa, qualora sia sorvegliato nella sua condotta furtiva<sup>14</sup>. Nel *primo caso* si regredirebbe ingiustificatamente ad una concezione del furto come semplice *amotio* (spostamento della cosa dal luogo in cui si trova): una concezione, fondata su di un criterio spaziale, che poteva essere (ed infatti era) propugnata durante la vigenza del Codice Zanardelli, che – all'art. 402 – descriveva la condotta furtiva con l'espressione: "*s'impossessa della cosa mobile altrui..., togliendola dal luogo in cui si trova*", ma che non corrisponde più all'attuale fisionomia della fattispecie legale del furto, la quale individua la sottrazione e l'impossessamento come elementi di tipicità del reato autonomi e distinti<sup>15</sup>. La sottrazione della cosa non basta dunque a consumare il furto, quando non sia seguita dall'*effettivo impossessamento* della cosa medesima e dal correlativo spossessamento del detentore<sup>16</sup>. Nel *secondo caso* si snaturerebbe il concetto di impossessamento, che – in conformità ad un consolidato orientamento della dottrina, fra cui spiccano le autorevoli voci di Antolisei e Manzini – consiste nell'instaurazione di una relazione con la cosa che consenta di disporre in modo autonomo cioè *all'infuori della diretta vigilanza* di una persona che abbia sulla cosa un potere giuridico maggiore<sup>17</sup>.

Ci sembra quindi corretto qualificare come "tentata" la condotta delittuosa in esame, in ragione del difetto dell'*impossessamento* da parte dell'agente, dovuto al concomitante monitoraggio da parte dei vigilanti.

---

<sup>14</sup> In questo senso, anche: C. UBIALI, *Brevi note sul momento consumativo del furto in supermercato*, cit.

<sup>15</sup> Tale argomento veniva usato dall'Antolisei (v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIV ed., 2002, p. 306, in cui si afferma che solo quando il ladro riesce a sfuggire dalla cerchia di vigilanza del possessore, nel suo fatto è consentito ravvisare un furto consumato. Prima di tale momento, la semplice sottrazione della cosa – *amotio* – non può essere punita che a titolo di tentativo) e si ritrova anche al § 5.2 della sentenza delle Sezioni Unite (Cass., S.U., 17 aprile 2014, n. 52117, p. 9).

<sup>16</sup> Si veda, tra gli altri, il chiaro insegnamento del Manzini: "*la sottrazione della cosa mobile altrui non è sufficiente a consumare il delitto di furto, se non sia seguita dall'effettivo impossessamento della cosa medesima e dal correlativo spossessamento del detentore. Una sottrazione senza impossessamento potrà costituire tentativo di furto (...)*" (v. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Dei delitti contro il patrimonio*, V ed., 1984, p. 168).

<sup>17</sup> In questo senso: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. cit.*, p. 287 (ove l'Autore sottolinea altresì che si tratta di una definizione sostanzialmente condivisa anche dal PETROCELLI in "*L'appropriazione indebita*", p. 196 ss., il quale fa invero riferimento ad un potere svolgentesi al di fuori della sfera di custodia o di attività del proprietario o altro avente diritto). Nello stesso senso: MANZINI, *Trattato, cit.*, p. 168, sosteneva che "*per impossessamento si intende il fatto di aver determinato una situazione, anche non definitiva, per la quale la cosa sottratta, di cui l'agente voleva impadronirsi, sia passata con o senza mutazione di luogo dalla detenzione del derubato in quella del ladro, in modo che questi abbia in suo potere la cosa stessa*". Cfr. F. MANTOVANI, *Delitti contro il patrimonio*, IV ed., 2012, p. 67 ss., secondo cui, l'*impossessamento* è l'acquisizione della piena ed autonoma disponibilità materiale della cosa sottratta.



Tuttavia, non ci parrebbe censurabile neppure una soluzione parzialmente differente, la quale – facendo leva su di una più rigorosa interpretazione del concetto di *sottrazione* – intendesse sostenere che a difettare, ancor prima dell’impossessamento, sia già il ‘momento sottrattivo’. Invero – qualora si faccia coincidere quest’ultimo con la totale privazione della disponibilità materiale della cosa e come momento in cui si opera lo spossessamento e si realizza il presupposto materiale per il verificarsi dell’evento dell’impossessamento<sup>18</sup> – si dovrebbe infatti concludere che la merce non possa nemmeno dirsi “sottratta” al titolare del supermercato finché questi (o i suoi addetti), vigilando l’azione, siano in grado di reintegrare immediatamente il potere sulla cosa. In tal caso il reato non sarebbe senz’altro consumato, e il tentativo potrebbe addirittura dirsi *incompiuto*<sup>19</sup>.

Un’ultima precisazione: per ritenere integrato il tentativo di furto è naturalmente necessario considerare la condotta di Tizio come *inequivocabilmente diretta* alla consumazione del delitto, nonché *idonea* a tale scopo. Sotto il primo profilo, da intendersi in senso oggettivo<sup>20</sup>, l’occultamento della cosa nel proprio giubbotto può certamente dirsi atto riconducibile ad una tipica forma in cui si può sottrarre (o almeno iniziare a sottrarre) una cosa mobile altrui a chi la detiene: è perciò senza dubbio un atto “esecutivo” in grado di denotare il proposito furtivo dell’agente. Sotto il secondo profilo, quello dell’idoneità, ci si potrebbe chiedere se la predisposizione dei mezzi di sorveglianza da parte del titolare del supermercato abbia impedito al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice del furto di correre il pericolo di essere lesa. Una risposta affermativa ci pare richiedere che – secondo un giudizio *ex ante* in concreto (c.d. prognosi postuma) – la condotta di Tizio non fosse in grado di sfociare nella commissione del reato e fosse, in tal senso, inoffensiva. Il che sarebbe sostenibile solamente supponendo che la predisposizione dei mezzi di sorveglianza fosse tale da

---

<sup>18</sup> In dottrina, tale rigorosa interpretazione del concetto di “sottrazione” è sostenuta da F. MANTOVANI, *cit.*, IV ed., 2012, p. 68 ss. secondo cui la *sottrazione* è – dalla parte del soggetto passivo – la privazione della disponibilità materiale della cosa (la vittima è privata della possibilità di stabilire, quando vuole, il contatto con la cosa e – dalla parte del soggetto attivo – il porre la cosa in una posizione tale da consentirgli di instaurare la propria disponibilità materiale sulla stessa, senza cioè urtare contro la volontà impediante della vittima (cfr. F. MANTOVANI, *cit.*, IV ed., 2012, p. 68 ss.; cfr. F. MANTOVANI, *Furto*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 706; cfr. F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, p. 103 ss.).

<sup>19</sup> Ciò in quanto, secondo l’impostazione da ultimo indicata, oltre a non essersi verificato l’evento, non è stata neppure condotta a termine l’attività esecutiva (cfr. F. MANTOVANI, *Furto*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 706; cfr. F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, p. 103 ss.). Tuttavia, la rilevanza pratica di tale distinzione sembra ormai vanificata dal fatto che, a differenza del codice previgente, il codice Rocco sottopone le due forme di tentativo al medesimo trattamento sanzionatorio (cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2015, p. 484).

<sup>20</sup> Cioè nel senso di “univocità” quale caratteristica oggettiva della condotta (che deve essere tale da dissipare ogni dubbio circa la sua direzione a commettere il delitto) e non quale requisito soggettivo corrispondente alla volontà criminosa (la quale attiene invece all’elemento soggettivo del dolo, anch’esso necessariamente da provare).

far ritenere impossibile<sup>21</sup> – con certezza o con probabilità confinante alla certezza<sup>22</sup> – che il reato si realizzasse<sup>23</sup>. Non essendo tuttavia forniti nella traccia dati sufficienti a dimostrare la sussistenza di quest’ultimo presupposto, non ci sembra di poter ritenere “impossibile”, nel senso anzidetto, la consumazione del reato e, quindi, “inidonea” l’azione<sup>24</sup>.

### 3. Le circostanze aggravanti.

Un ulteriore profilo che occorre analizzare attiene alla configurabilità, o meno, delle contestate aggravanti di cui ai nn. 2 e 7 dell’art. 625, comma 1 c.p.; un passaggio invero determinante, giacché – essendo l’ipotesi semplice di furto punibile a querela della persona offesa<sup>25</sup>, e specificando la traccia che nessuna querela è stata proposta – un’eventuale esclusione di entrambe le circostanze determinerebbe l’improcedibilità per il reato<sup>26</sup>.

La questione, peraltro, rimane rilevante a prescindere dalla suesposta riqualificazione del fatto come furto *tentato*. Si tratta invero di circostanze certamente

---

<sup>21</sup> Non a caso, in sostegno della tesi a favore del giudizio prognostico ‘a base totale’, viene sovente indicata l’ipotesi di *reato impossibile* di cui all’art. 49 c.p.

<sup>22</sup> Questa, peraltro, è solamente uno dei possibili ‘gradi di sufficiente idoneità’ che possono ritenersi necessari: si è infatti talora anche parlato di mera ‘possibilità’ del verificarsi dell’evento, piuttosto che di ‘ragionevole possibilità’, ‘verosimiglianza’, ‘probabilità’ o, ancora, di ‘adeguatezza rispetto all’evento’ (cfr., per una rassegna di tali diverse posizioni dottrinali, FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2015, p. 487).

<sup>23</sup> L’assunto, in ipotesi, troverebbe terreno più fertile laddove si accogliesse la tesi secondo cui il giudizio prognostico debba avvenire tenendo conto di tutte le circostanze presenti al tempo dell’azione, anche se non conoscibili né conosciute dall’agente in quel momento (c.d. prognosi ‘a base totale’); tesi che – pur essendo autorevolmente sostenuta (Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., 2015, p. 440 ss.; cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2015, p. 484 ss. e 503 ss.; cfr. anche G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 35, nonché O. VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Arch pen.*, 1949, p. 194 ss. Per una ricostruzione storica, cfr. anche I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, 2000, p. 218 ss.) – rimane ad oggi minoritaria rispetto al diverso indirizzo secondo cui si deve tener conto solamente delle circostanze che, al momento dell’azione, erano conoscibili da un osservatore imparziale o in concreto conosciute dall’agente (c.d. prognosi ‘a base parziale’).

<sup>24</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’ipotesi che il soggetto iniziasse a sorseggiare il vino già dentro al supermercato, ancor prima che la sorveglianza potesse impedirglielo: il reato si sarebbe realizzato.

<sup>25</sup> L’art. 624, comma 3 c.p., come novellato dall’art. 12 l. 205/1999, richiede infatti la querela per la procedibilità del furto semplice.

<sup>26</sup> A ben vedere, questo ci pare l’esito maggiormente favorevole per Tizio. Pertanto, in un’ottica di prova d’esame, la richiesta da muovere in principalità alla Corte d’appello avrebbe potuto essere proprio questa. Va sottolineato, peraltro, che la richiesta di esclusione della configurabilità delle circostanze è senz’altro preliminare e funzionale alla questione relativa all’improcedibilità: infatti, a nulla rileva che – in sede di condanna – il giudice abbia ritenuto le *attenuanti generiche equivalenti alle aggravanti contestate* poiché il giudizio di comparazione delle circostanze è previsto solo *quoad poenam* e non vale a configurare giuridicamente il reato come ipotesi semplice ai fini della procedibilità (cfr. Cass., Sez. IV, 12 ottobre 1999, n. 14502, Cass., Sez. IV, 13 luglio 1999, n. 10212).

applicabili anche a tale forma di manifestazione del reato, giacché compiutamente realizzatesi ancor prima che il delitto giungesse a consumazione. Qualora riconosciute, potrebbe dunque aversi un “tentativo circostanziato di delitto”, tradizionalmente contrapposto alla meno pacifica ipotesi di “tentativo di delitto circostanziato”<sup>27</sup>.

### 3.1. Il mezzo fraudolento.

In modo pressoché diffuso, in dottrina come in giurisprudenza, la circostanza aggravante del “mezzo fraudolento” di cui all’art. 625, comma 1, n. 2 viene definita mediante formule quali: “stratagemma diretto ad aggirare, annullare, gli ostacoli che si frappongono tra l’agente e la cosa”<sup>28</sup>; “mezzo insidioso idoneo ad attenuare l’attenzione del detentore della cosa mobile o che consenta di eludere le cautele da costui poste a tutela del proprio patrimonio”<sup>29</sup>; o, ancora, “operazione straordinaria, improntata ad astuzia e scaltrezza; escogitazione che sorprenda o soverchi, con l’insidia, la contraria volontà del detentore, violando le difese apprestate dalla vittima; insidia che eluda, sovrasti o elimini la normale vigilanza e custodia delle cose”<sup>30</sup>.

Eppure, a fronte di tali formulazioni astratte – evidentemente volte a riempire di significato un lessico legislativo al quanto vago – si stagliano applicazioni concrete del concetto tutt’altro che univoche; ciò soprattutto in quei “casi dubbi che si rinvergono solitamente nell’area grigia posta ai margini di quasi tutte le figure giuridiche”<sup>31</sup>. In questa “area” si staglia(va) anche l’ipotesi del mero occultamento della refurtiva sulla propria persona – nel nostro caso, sotto il giubbotto.

Invero, secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, anche il semplice occultamento di merce sulla persona<sup>32</sup> o sotto l’abbigliamento<sup>33</sup> integrerebbe gli estremi di tale aggravante poiché – si argomenta – un simile comportamento è sufficiente a denotare una particolare astuzia e scaltrezza diretta ad eludere e vanificare le cautele e gli ordinari accorgimenti predisposti dal soggetto passivo a difesa dei propri beni.

---

<sup>27</sup> In dottrina si parla di “tentativo di delitto circostanziato” con riferimento al caso in cui un delitto, qualora fosse giunto a consumazione, sarebbe stato qualificato dalla presenza della circostanza (sul punto, vd. *infra*, in tema di compatibilità dell’attenuante del danno di speciale tenuità all’ipotesi di delitto tentato).

<sup>28</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *cit.*, IV ed., 2012, p. 74 ss., secondo cui può trattarsi tanto di “ostacoli materiali” (ossia: l’apertura di serratura con grimaldelli, scalata di un muro con corde o scale, introduzione di gettoni nei distributori automatici di benzina, ecc.) quanto di “ostacoli personali” (ossia: artifici e raggiri diretti ad ingannare il soggetto passivo in modo da agevolare l’aggressione diretta sulla cosa, senza passare attraverso il consenso del soggetto, il cui atto dispositivo riqualificherebbe il fatto in “truffa”).

<sup>29</sup> Cfr. S. LALOMIA, *sub art. 625, Cod. pen. comm.*, G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), 2015, p. 787 s.

<sup>30</sup> Queste formule si ritrovano nella giurisprudenza e vengono infatti ripetute nella sentenza Cass., S.U., 18 luglio 2013, n. 40354, su [questa Rivista](#) con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sull’aggravante del mezzo fraudolento nel furto in supermercato*, 3 ottobre 2013 (su cui vd. *infra*).

<sup>31</sup> L’espressione è testualmente utilizzata dalle Sezioni Unite al § 3 della sentenza appena citata.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 10997.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2009, n. 13871; Sez. II, 21 ottobre 1983, n. 1862.



Vi si contrappone *un diverso orientamento* in base al quale il semplice occultamento della refurtiva – rientrando nelle modalità ordinarie del furto – non sarebbe affatto sufficiente<sup>34</sup>, occorrendo che a ciò si aggiunga l'utilizzazione di un particolare strumento che consenta, oltre al semplice occultamento, l'elusione delle forme di controllo apprestate sui beni (ad es. una borsa con doppio fondo, indumenti realizzati appositamente per agevolare l'occultamento della merce rubata, attrezzi per rimuovere o schermare le targhe antitaccheggio o per rendere comunque seriamente difficoltoso l'accertamento della sottrazione)<sup>35</sup>.

Questo secondo orientamento è stato, nella sostanza, fatto proprio dalle *Sezioni Unite* le quali – dopo aver affermato che l'aggravante in questione richiede una condotta *“dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scaltrezza”*, posta in essere al fine di sorprendere e vanificare le difese apprestate dal difensore a difesa della cosa – hanno ritenuto insufficiente *“il mero occultamento sulla persona o nella borsa di merce esposta in un esercizio di vendita a self-service, trattandosi di banale, ordinario accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a difesa del bene”*.

Insomma, stando a questo secondo e prevalente orientamento, la circostanza deve necessariamente comportare un tratto specializzante della condotta rispetto all'ordinarietà, colorandola di una maggior gravità in ragione delle modalità con le quali vengono aggirati i mezzi di tutela apprestati dal possessore del bene sottratto. Dal che ci pare agevole concludere per *l'esclusione dell'aggravante* contestata a Tizio. Una conclusione che è senz'altro condivisibile, in quanto fondata su di un'interpretazione costituzionalmente orientata al *principio di offensività*<sup>36</sup>, utilizzato dalle *Sezioni Unite* per indicare all'interprete un criterio per discernere – tra le ipotesi *astrattamente* riconducibili alla suddetta nozione di *“mezzo fraudolento”* – quelle a cui l'aggravante debba *concretamente* essere applicata. Il principio di offensività, infatti, deve ispirare anche la configurazione delle circostanze aggravanti e non soltanto gli elementi costitutivi del reato<sup>37</sup>. Occorre pertanto un rigoroso vaglio di maggiore potenzialità lesiva del fatto dovuto all'eccezionalità delle modalità della condotta, che

---

<sup>34</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 27 settembre 2012, n. 40283 (relativa ad un caso in cui le scarpe sottratte erano state deposte nella borsa); Sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 10134; Sez. IV, 27 aprile 2006, n. 24232 (relativa ad un caso in cui la merce era stata occultata nella tasca del giaccone indossato); Sez. II, 8 marzo 1967, n. 291, in cui si affermava che l'occultamento è il mezzo necessario e non può quindi rappresentare il *quid pluris* del mezzo fraudolento.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 6 ottobre 2005, n. 11143 (relativa ad un caso in cui le cose sottratte erano state nascoste in un'apposita panciera); cfr. Cass., Sez. V, 23 marzo 2005, n. 15265 (in cui l'aggravante è stata ravvisata in un caso di utilizzo di pantaloni elasticizzati indossati sotto l'abito).

<sup>36</sup> Un principio la cui fonte normativa è solitamente rinvenuta – oltre che nell'art. 49 c.p. – nella Costituzione, all'art. 27, comma 1 (che impone il divieto di strumentalizzazione dell'uomo a fini di politica criminale), all'art. 27, comma 3 (che esige l'equilibrio tra le funzioni retributiva e rieducativa della pena) e all'art. 25, comma 2 (in cui la locuzione *“fatto”* esclude la visione dell'illecito come mera disobbedienza), così come da tempo ha riconosciuto la Corte costituzionale (Cfr. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265; 11 luglio 1991, n. 333; 24 luglio 1995, n. 360).

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249.

deve risultare tale da giustificare la speciale e maggiore gravità delle conseguenze sanzionatorie che ne derivano<sup>38</sup>.

### 3.2. *L'esposizione a pubblica fede.*

A differenza di quanto appena visto per l'aggravante del "mezzo fraudolento" – che ci siamo sentiti di escludere senza dubbi di sorta – la questione attinente alla configurabilità dell'aggravante della "esposizione a pubblica fede" di cui all'art. 625, comma 1, n. 7 c.p.<sup>39</sup> s'inserisce all'interno di un diritto vivente ancora molto incerto, soprattutto in merito alla compatibilità di tale aggravante rispetto alla predisposizione di cautele, come – ad esempio – la sorveglianza sulla cosa oggetto del furto.

Mentre una parte della giurisprudenza tende ad *escludere* espressamente l'aggravante in questione allorché il supermercato sia dotato di un preordinato sistema di vigilanza<sup>40</sup>, un diverso indirizzo opta per il *riconoscimento di tale aggravante* sul presupposto che nei supermercati con sistema *self service* la vigilanza praticata dagli addetti è priva di carattere continuativo e si connota come occasionale e/o a campione, mentre l'esclusione dell'aggravante in questione richiede che sulla cosa sia esercitata una custodia continua e diretta non essendo sufficiente, a tal fine, una vigilanza generica, saltuaria ed eventuale<sup>41</sup>. Vi è poi un vasto numero di pronunce che – pur riconoscendo l'aggravante nei casi concreti oggetto di decisione – contengono in motivazione argomenti che ci paiono militare decisamente a favore dell'inapplicabilità della circostanza nel caso descritto nella traccia. In alcune sentenze, ad esempio, la decisione si è fondata sulla considerazione per cui le placche antitaccheggio, consistendo nella mera rilevazione acustica della merce occultata al passaggio alle casse, non consentirebbero il controllo del percorso della merce dal banco di esposizione alla cassa e, quindi, non comporterebbero il controllo a distanza che esclude l'esposizione della merce alla pubblica fede<sup>42</sup>. In altri casi, si è sostenuta l'irrelevanza di una sorveglianza soltanto saltuaria da parte del detentore della *res* o di altri per conto di quest'ultimo, nella specie gli addetti alle vendite, precisando che, per escludere l'aggravante non basta che il controllo avvenga occasionalmente nel momento in cui la persona offesa ne abbia diretta percezione ma è necessario che la

---

<sup>38</sup> L'aggravante, avente effetto speciale, farebbe infatti 'schizzare' la pena base alla reclusione da 1 a 6 anni (e alla multa da 103 a 1032 euro); e – qualora poi si cumulasse anche all'altra aggravante contestata – diverrebbe addirittura quella della reclusione da 3 a 10 anni (e della multa da 206 a 1549 euro). Sanzioni *ictu oculi* spropositate rispetto a un fatto come quello commesso da Tizio.

<sup>39</sup> Trattasi naturalmente di un'aggravante speciale rispetto a quella dell'art. 61 n. 5 c.p.

<sup>40</sup> Cass., 16 gennaio 2004, n. 7297 (accogliendo *in toto* i rilievi del P.G.); cfr. Cass., Sez. II, 25 settembre 2009, n. 38716 (che esclude l'aggravante nel furto di beni asportati dai banchi di un supermercato e dotati di un apposito dispositivo "antitaccheggio", il quale assicurerebbe un controllo costante e diretto incompatibile con la situazione di affidamento alla pubblica fede di avventori e clienti).

<sup>41</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 14 novembre 2014, n. 6416; Sez. V, 20 settembre 2006, n. 34009.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10535; Sez. IV, 27 febbraio 2014, n. 11161; Sez. V, 2 ottobre 2013, n. 8390.

situazione sia tale per cui, salvo imprevisti, detta percezione sia pressoché inevitabile<sup>43</sup>. Ancora, è stata affermata l'irrelevanza dell'esistenza di un sistema di videoregistrazione, giacché esso non potrebbe considerarsi equivalente alla presenza di una diretta e continua custodia da parte del proprietario o di altra persona addetta alla vigilanza<sup>44</sup>.

Prescindendo dalle soluzioni dei casi di specie, pare dunque emergere un diritto vivente comunque incline ad *escludere la configurabilità dell'aggravante ogniqualvolta venga esplicito un controllo continuativo da parte di organi appositamente predisposti alla vigilanza*. E tale sembra dover essere la soluzione nel nostro caso, ove un addetto alla sorveglianza aveva seguito Tizio sin dal suo ingresso nell'esercizio commerciale e lo aveva visto mentre prelevava e occultava la bottiglia. Una soluzione, quest'ultima, che pare tra l'altro maggiormente conforme alla *ratio* dell'aggravante in questione, essenzialmente insita nella scelta di apprestare una più energica tutela a cose che si trovano in una situazione di minorata difesa, e che dunque trova una ragion d'essere rispetto a beni incustoditi, e non certo a quelli appositamente sorvegliati da personale specializzato.

Ad ogni modo, la riscontrata eterogeneità giurisprudenziale rende auspicabile – in un'ottica di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni – un intervento in funzione nomofilattica da parte delle Sezioni Unite.

#### 4. La non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Un'ulteriore questione che la traccia induce ad affrontare attiene all'eventuale applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ("*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*"). La disposizione, recentemente introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28<sup>45</sup>, rende non punibili fatti che, pur essendo *offensivi*, lo siano in maniera particolarmente lieve<sup>46</sup>, e – secondo l'interpretazione prevalente – ha *natura sostanziale*<sup>47</sup>, essendo qualificabile

---

<sup>43</sup> Cass., Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 8019.

<sup>44</sup> Cass., Sez. V, 20 maggio 2010, n. 35473; Cfr., con le identiche motivazioni, ma in relazione ad un caso di furto di un motociclo in un luogo sorvegliato con sistema di videoregistrazione: Cass., 24 ottobre 2013, n. 17407.

<sup>45</sup> È stato così introdotto nel processo penale un istituto la cui *ratio* di fondo ha molto in comune con gli istituti della "esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto" nel procedimento penale di fronte al giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28.8.2000, n. 274), e della "sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto" nel processo penale minorile (art. 27 d.P.R. 22.9.1988, n. 448).

<sup>46</sup> Non pare infatti condivisibile l'opinione, talora emersa in letteratura, secondo cui le condotte attualmente non punibili *ex art. 131-bis c.p.* già non lo sarebbero state in quanto concretamente inoffensive e riconducibili al reato impossibile (art. 49 c.p.). Le condotte *inoffensive* continuano a necessitare di un'assoluzione "perché il fatto non sussiste", mentre per quelle *particolarmente tenui* la formula sarà "perché la persona non è punibile". Il fatto, dunque, non è punibile ma continua a costituire reato. Per questo, anche parlare di una "depenalizzazione" pare inappropriato (cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 19).

<sup>47</sup> Com'è stato messo bene in luce da G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, su [questa Rivista](#), 16 dicembre 2010, p. 3, conducono a tale soluzione:

come *causa di esclusione della punibilità*<sup>48</sup>. La norma contiene un dichiarato *intento deflattivo* ma è altresì ispirata ad una logica di *sussidiarietà* e *proporzionalità* del diritto penale<sup>49</sup>: serve, insomma, ad evitare l’inflizione della pena ogniqualvolta essa suonerebbe ‘ingiusta’, in quanto sproporzionata e per nulla rieducativa, sebbene riferita ad un fatto offensivo, anti-giuridico e colpevole.

L’applicabilità di tale disposizione è sottoposta a tre condizioni<sup>50</sup>: a) il rispetto dei *limiti edittali* di pena; b) la *non abitudine* del comportamento; c) la *particolare tenuità* dell’offesa.

a) L’ambito applicativo dell’art. 131-*bis* c.p. è individuato con riferimento al massimo edittale<sup>51</sup>: deve trattarsi di un reato per il quale è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena.

Pertanto sarebbe *inapplicabile* in caso di qualificazione del fatto come *furto consumato monoaggravato* (il cui massimo edittale è pari a 6 anni) o *pluriaggravato* (il cui massimo edittale è pari a 10 anni). Infatti, per espressa previsione dell’art. 131-*bis*, comma 4 c.p., il giudice si troverebbe a dover tener conto di tali aggravanti ai fini del calcolo del massimo edittale, avendo esse effetto speciale, e a non poter tener conto delle eventuali attenuanti comuni o generiche, né del giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*<sup>52</sup>. Sarebbe invece *applicabile* nel caso di qualificazione del fatto come *furto semplice consumato* (punito nel massimo con la reclusione pari a 3 anni).

“a) il tenore letterale della norma ( «la punibilità è esclusa [...]» ) ; b) la rubrica dell’art. 131-*bis* c.p. – «esclusione della punibilità [...]» –; c) la collocazione all’interno del Titolo V, Libro I, del codice penale (Modificazione, applicazione ed esecuzione della pena), relativo a valutazioni che il giudice deve effettuare dopo aver accertato la sussistenza di un reato e la sua attribuibilità all’imputato; d) la Relazione allo schema di decreto legislativo, che sottolinea ripetutamente come l’applicazione del nuovo istituto presupponga l’esistenza di un reato, che tuttavia non viene punito; e) il nuovo art. 651-*bis* c.p.p., che ricollega alle sentenze di proscioglimento, pronunciate in applicazione dell’art. 131-*bis* c.p. all’esito del dibattimento, efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi di danno, quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso”.

<sup>48</sup> Ci sentiamo di condividere tale qualificazione, già autorevolmente sostenuta, tra gli altri, da: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 409; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449 in [questa Rivista](#), 22 aprile 2015, con nota di G.L. GATTA.

<sup>49</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, su [questa Rivista](#), 8 luglio 2015; cfr. C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 517.

<sup>50</sup> L’ultimo comma della disposizione precisa altresì che la causa di non punibilità si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante: ne discende che l’astratta applicabilità al caso in esame dell’attenuante di cui all’art. 62 n. 4 c.p.<sup>50</sup> non osta all’applicabilità dell’art. 131-*bis* c.p.

<sup>51</sup> Ci sentiamo tuttavia di condividere il pensiero di chi ha saggiamente notato che “trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto” sarebbe forse stato opportuno “aver riguardo non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria: al minimo edittale dunque”, il quale “esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all’offesa” (cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.* 2015, p. 20).

<sup>52</sup> La *ratio*, secondo quanto si legge nella relazione ministeriale al decreto legislativo n. 28/2015, è quella di attribuire rilevanza alle sole circostanze che, comportando una specie di pena diversa od essendo ad

Qualora, invece, il fatto venga più correttamente riqualificato come “tentativo”, la pena di riferimento andrebbe individuata applicando al massimo edittale previsto per il reato consumato la riduzione minima indicata dall’art. 56 c.p., ossia un terzo<sup>53</sup>. L’art. 131-bis c.p. sarebbe perciò *inapplicabile* nel caso di *furto tentato pluriaggravato* (poiché la pena sarebbe da individuare nella reclusione da 3 a 10 anni e, dunque, anche applicando su di essa le diminuzioni per il tentativo, si supererebbe il limite di 5 anni). Ma sarebbe *applicabile* nel caso di *furto tentato semplice* (il cui massimo edittale è pari a 2 anni) e di *furto tentato monoaggravato* (applicando la diminuzione per il tentativo alla pena della reclusione da 1 a 6 anni si perviene ad una cornice edittale, il cui massimo – 4 anni – rientra nel limite previsto dall’art. 131-bis c.p.).

b) Per quanto invece riguarda la *non abitualità del comportamento*<sup>54</sup>, nel caso in esame, *nulla quaestio*: a Tizio è contestata un’unica condotta, ed è privo di precedenti penali giudiziari.

c) Quanto poi alla *particolare tenuità dell’offesa*, l’art. 131-bis c.p. impone di valutare, ai sensi dell’art. 133, comma 1 c.p., sia le *modalità della condotta* sia l’*esiguità del danno e del pericolo*<sup>55</sup>. Mettendo in primo piano tali criteri, la norma sembra dare preferenza al piano “oggettivo” dell’offensività della condotta<sup>56</sup>, limitando la rilevanza delle componenti “soggettive” – attinenti, ad esempio, alla misura del dolo e della colpa – al solo riflesso che esse abbiano sulle concrete modalità esecutive del

effetto speciale, rivelano una particolare significatività, tale da essere in qualche modo accostabile – nelle valutazioni del legislatore – a sottospecie di fattispecie autonome.

<sup>53</sup> Nel silenzio dell’art. 131-bis c.p., questa ci sembra la soluzione più corretta, poiché, sul piano normativo, il delitto tentato costituisce un titolo autonomo di reato (cfr. Cass., Sez. I, 16 maggio 2001, n. 37562, secondo cui “il delitto tentato costituisce figura autonoma di reato, qualificato da una propria oggettività giuridica e da una propria struttura, delineate dalla combinazione della norma incriminatrice specifica e dalla disposizione contenuta nell’art. 56 cod. pen., che rende punibili, con una pena autonoma, fatti non altrimenti sanzionabili, perché arrestatisi al di qua della consumazione”; cfr. Cass., 23 dicembre 1998, in *Cass pen.* 2000; cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 4195 su [questa Rivista](#), 21 maggio 2015). Cfr., in questo senso R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in [questa Rivista](#), 13 settembre 2015, che afferma anche: “l’alternativa interpretativa di non considerare la riduzione per il tentativo, oltre a scontrarsi col dato ormai pacifico della sua piena autonomia rispetto alla fattispecie consumata, comporterebbe seri dubbi di costituzionalità perché si finirebbe col trattare irragionevolmente in modo uguale casi diversi”; Cfr. anche G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Voce per “Il libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, su [questa Rivista](#), 16 dicembre 2010; nonché le *Linee guida della Procura di Lanciano*, su [questa Rivista](#), 3 aprile 2015, p. 9.

<sup>54</sup> La norma precisa tra l’altro che “il comportamento è abituale nel caso in cui l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate”.

<sup>55</sup> La “particolare tenuità” è peraltro esclusa per espressa previsione legislativa “quando l’autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all’età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona” (art. 131-bis, comma 2 c.p.).

<sup>56</sup> Inseriscono tale istituto tra le “cause oggettive di esclusione della punibilità” G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 409. Ha sostenuto la natura “mista” soggettiva e oggettiva, nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 4195 su [questa Rivista](#), 21 maggio 2015.



comportamento illecito<sup>57</sup>. Alcuni argomenti che, nel caso di specie, militano a favore della riconoscibilità dell'art. 131-bis c.p. potrebbero essere quelli attinenti al modesto valore della cosa sottratta (una bottiglia di vino), alle 'goffe' modalità esecutive (essersi banalmente servito del proprio giubbotto) e alle circostanze di luogo e di tempo in cui il tutto si è verificato (sotto il costante monitoraggio del personale addetto alla vigilanza). Sulla base di queste stesse considerazioni le possibilità di riuscita del furto paiono seriamente remote, e – di conseguenza – risulta davvero minimo il pericolo corso nel caso specifico dal bene giuridico tutelato: il che depone a favore della sussistenza di una "offesa particolarmente lieve" e, quindi, della non punibilità di Tizio.

### 5. L'attenuante della speciale tenuità del danno (nel delitto tentato).

Qualora il fatto non sia considerato 'sufficientemente tenue' da rendere applicabile l'art. 131-bis c.p., potrebbe tuttavia rimanere configurabile l'attenuante della *speciale tenuità del danno* di cui all'art. 62 n. 4 c.p. Va però rilevato che, mentre la compatibilità di quest'ultima è ovviamente indiscussa rispetto alle ipotesi di delitto *consumato*, non lo è affatto rispetto al *tentativo*. Trattasi invero di circostanza che, per natura, si realizza solamente allorché il reato si consumi, in quanto relativa ad un elemento – il "danno patrimoniale" – che non viene normalmente ad esistenza finché il delitto rimanga allo stadio del tentativo. In breve: *quid* in caso di "tentativo di delitto circostanziato"<sup>58</sup>?

Una parte della giurisprudenza<sup>59</sup> e della dottrina<sup>60</sup> *esclude l'applicabilità di tale attenuante al tentativo*, ritenendo una diversa soluzione impedita dal principio di legalità: si fa invero notare come la lettera dell'art. 62 n. 4 c.p. (così come quella della corrispondente aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p.) richieda che il danno sia stato "cagionato", non lasciando così alcuno spazio per una valutazione dell'entità del danno "potenziale". Talora, si è aggiunto: a) che la norma fa riferimento ai soli "delitti", e non ai delitti "tentati"; b) che l'art. 59 c.p. ha prefigurato un meccanismo di imputazione delle circostanze fondato sul presupposto dell'*effettiva* esistenza delle

---

<sup>57</sup> Cfr. A GULLO, sub art. 131-bis, *Cod. pen. comm.*, G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), 2015, p. 1954, secondo cui "non potrà il giudice negare la particolare tenuta del fatto perché, pur in presenza di una offesa esigua, l'agente agisca ad esempio con un dolo particolarmente intenso. Il collegamento con il c. 1 dell'art. 133 potrà invece rilevare per la parte in cui si riferisce alle modalità dell'azione e alla gravità del danno o del pericolo".

<sup>58</sup> Che, come detto (vd. *supra*), va distinto dal *tentativo circostanziato di delitto* che, invece, è pacificamente configurabile.

<sup>59</sup> Cfr., ad esempio, Cass., Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7034; Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 11923 (relativa al tentato furto di una serranda); Sez. V, 6 ottobre 2005, n. 11142 (relativa al tentato furto di un ciclomotore); e, in passato, ad es.: Cass., Sez. II, 24 novembre 1975, n. 2177; Sez. II, 12 febbraio 1968, n. 313.

<sup>60</sup> Cfr. nella manualistica, ad esempio, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., 2015, p. 565; nonché G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2015, p. 497 e i relativi contributi ivi indicati in nota.



stesse; c) che l'assenza di danno è già valutata dal legislatore accordando al tentativo un più trattamento sanzionatorio più mite rispetto al delitto consumato; e d) che l'art. 61 c.p., n. 8 c.p. attribuisce espressamente rilievo alla condotta consistente, non solo nell'"aver aggravato", ma anche nell'aver "tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso" (e, dunque, *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*)<sup>61</sup>.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza<sup>62</sup> – recentemente consacrato dalle Sezioni Unite<sup>63</sup> – ritiene, al contrario, che *tale attenuante sia applicabile al tentativo* (e, più in generale, tende ad ammettere il *tentativo di delitto circostanziato*). Ma – si badi bene – non lo fa certo incondizionatamente. A tal fine è infatti costantemente richiesto che la speciale tenuità del danno 'potenziale' sia *desumibile con certezza dalle modalità del fatto*, in base a un *giudizio ipotetico* affidato al giudice, incaricato di stimare il danno patrimoniale che sarebbe stato causato alla persona offesa qualora il delitto si fosse consumato<sup>64</sup>. Ci pare inevitabile, dunque, che l'essenza di tale giudizio ipotetico finisca per ricadere sull'oggetto materiale preso di mira dall'agente: quando esso sia stato individuato con certezza sarà verosimilmente possibile appurare l'entità del nocimento patrimoniale che il reato – se portato a consumazione – avrebbe cagionato alla persona offesa.

Così delimitato l'ambito di operatività del *tentativo di delitto circostanziato*, ci pare di poterne ammettere la configurabilità, considerando altresì che: a) risulta superato ogni dubbio relativo all'accertamento probatorio<sup>65</sup> e, quindi, alla "determinatezza"<sup>66</sup> della fattispecie; b) considerare tale soluzione *contra legem* significherebbe attribuire al principio di legalità una funzione *in malam partem* che non è gli compete<sup>67</sup>; c) argomenti di tipo sistematico, tratti dalla stessa lettera della legge, conducono a tale interpretazione (cfr. art. 380 c.p.p.)<sup>68</sup>; d) tale soluzione pare

---

<sup>61</sup> Si tratta di argomenti presi in considerazione, confutandoli, nella sentenza Cass., S.U. 28 marzo 2013, n. 28243 (su cui vd. *infra*).

<sup>62</sup> Cfr., di recente, Cass., Sez. V, 19 giugno 2014, n. 42819; Sez. II, 4 aprile 2014, n. 22130; Sez. II, 22 maggio 2009, n. 39837; Sez. V, 30 settembre 2008, n. 44153; in passato, Cass., Sez. I, 5 marzo 1948, Manzi, in *Giust. pen.* 1948, II.

<sup>63</sup> Cfr. Cass., S.U. 28 marzo 2013, n. 28243, su [questa Rivista](#), 1 luglio 2013.

<sup>64</sup> Questo, in sintesi, il passaggio fondamentale nelle motivazioni della citata sentenza delle Sezioni Unite, nonché l'argomento ripetutamente usato dalla giurisprudenza per giustificare l'ammissibilità del tentativo di delitto circostanziato.

<sup>65</sup> Pur trattandosi di una valutazione *ipotetica*, non ci pare possa per ciò solo dirsi inibita al giudice, considerato, ad esempio, che gli viene riconosciuto un'analogia facoltà in sede di giudizio controfattuale in tema di reato omissivo. Un simile rilievo si trova anche nelle motivazioni della sent. delle S.U., *cit.*

<sup>66</sup> Utilizziamo questo termine nel peculiare significato che gli viene assegnato da una parte della dottrina (si veda, in particolare: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. I*, III ed., 2001, pp. 163 ss.), ossia come quel corollario del principio di legalità con cui si designa l'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo: un principio che la stessa Corte costituzionale ha desunto dall'art. 25, co. 2 Cost. (cfr. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172).

<sup>67</sup> L'argomento non sarebbe dunque spendibile in relazione alla speculare *aggravante* di cui all'art. 61 n. 7 c.p. Le stesse Sezioni Unite, in un passaggio della sentenza citata, affermano: "il principio di legalità-tipicità nel nostro ordinamento al più può escludere il tentativo aggravato ma non quello attenuato".

<sup>68</sup> L'art. 380 c.p.p. – ai fini dell'arresto in flagranza – prevede la circostanza vada valutata anche in riferimento ai delitti *tentati*. La norma, infatti, (al comma 1) obbliga gli ufficiali e gli agenti di polizia

maggiormente coerente rispetto ai principi costituzionali di *offensività* (permettendo di meglio rapportare la risposta sanzionatoria alla specifica configurazione del fatto e all'effettivo pericolo corso dal bene giuridico patrimoniale tutelato dalla norma) e di *eguaglianza* (evitando ingiustificate disparità di trattamento<sup>69</sup>).

Una volta sposata la tesi che – nei termini anzidetti – ritiene astrattamente configurabile il “tentativo di delitto circostanziato”, davvero difficile sarebbe negarne l'applicabilità all'ipotesi *de qua*. Ci sembra infatti possibile affermare con certezza che il danno che si sarebbe verificato in caso di consumazione del reato sarebbe stato corrispondente al valore della bottiglia di vino che Tizio aveva asportato dagli scaffali del supermercato. Invero, essendo l'azione furtiva stata interrotta dal vigilante quando questi aveva già lasciato il supermercato, qualora il furto fosse andato a buon fine (ad es. Tizio fosse riuscito a scappare con la refurtiva), la cosa oggetto materiale del fatto illecito sarebbe stata comunque quell'unica bottiglia. Certo, il prezzo di un buon vino può tranquillamente raggiungere valori notevoli (ormai anche al supermercato...), ma – lasciandoci la traccia nel ‘beneficio del dubbio’ – ci pare preferibile (secondo un'interpretazione *pro reo*) immaginarla di scarso valore, cosicché già su un piano “oggettivo”<sup>70</sup> – e senza neppure scomodare il residuale criterio “soggettivo”<sup>71</sup> – si possa giungere a concludere che *dalle modalità del fatto è perfettamente desumibile la tenuità del danno patrimoniale*.

---

giudiziaria a procedere all'arresto di chiunque sia colto in flagranza di una serie di delitti non colposi – consumati o *tentati* – individuati in base alle pene edittali, ovvero specificamente elencati; e (al co. 2, modificato ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94) prevede: “anche fuori dei casi previsti dal co. 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti delitti non colposi, consumati o tentati: (...) e) delitto di furto, quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'art. 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533, o quella prevista dall'art. 625 c.p., co. 1, n. 2, prima ipotesi, salvo che, in quest'ultimo caso, ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62 c.p., co. 1, n. 4; e-bis) delitti di furto previsti dall'art. 624-bis del codice penale, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62 c.p., co. 1, n. 4”.

<sup>69</sup> Ad esempio, escludendo l'applicabilità di tale attenuante al furto tentato esso potrebbe ipoteticamente essere punito più gravemente di un furto consumato cui venga riconosciuta la speciale tenuità del danno e, eventualmente, altre attenuanti (cfr. Cass., S.U. 28 marzo 2013, n. 28243, § 11.4).

<sup>70</sup> Come noto, la speciale tenuità dev'essere anzitutto vagliata in relazione al valore *oggettivo* della cosa e degli ulteriori danni patrimoniali cagionati alla persona offesa come conseguenza diretta del reato (cfr. Cass., S.U. 12 luglio 2007, n. 35535; cfr., ad es., Cass., Sez. V, 14 gennaio 2014, n. 24003).

<sup>71</sup> Solamente in via *sussidiaria* sembra potersi valutare la tenuità del danno anche in termini relativi alle *soggettive* condizioni economiche della vittima. Un criterio, questo, che viene spesso utilizzato per escludere l'attenuante allorché il danno, *oggettivamente* lieve, non risulti tale nel caso concreto a causa delle condizioni disagiate della vittima (cfr. Cass., Sez. V, 13 ottobre 2014, n. 49592) e che – dunque – ci pare possa essere eventualmente utilizzato anche per ritenere “tenue” il danno arrecato dal furto di una bottiglia di vino, anche di medio valore, qualora confrontato al patrimonio della persona offesa (in questo senso, la sottrazione di un buon chianti in un enorme ipermercato potrebbe meritare un trattamento diverso rispetto ad un analogo fatto commesso in un piccolo negozietto di gastronomia).